

T CRS 2024 NUMERO SPECIALE

**Teoria e Critica
della Regolazione Sociale**

**DALL'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO
AL DIRITTO VIVENTE
CATANIA 1973-2023
ATTI**

A cura di/Edited by
Nicola Dimitri e Anna Maria Maugeri

Publicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania - Quota premiale PIACERI 2020-2022

Direttori:

Bruno Montanari (Università di Catania e Cattolica, responsabile), *Alberto Andronico* (Università di Catania), *Paolo Heritier* (Università del Piemonte Orientale)

Comitato di direzione:

Salvatore Amato (Università di Catania), *Francisco Ansuátegui Roig* (Universidad Carlos III, Madrid), *Giovanni Bombelli* (Università Cattolica di Milano), *Fabio Ciaramelli* (Università di Napoli Federico II), *Stefano Fuselli* (Università di Padova), *Jacques Gilbert* (Université de Nantes), *Tommaso Greco* (Università di Pisa), *Antonio Incampo* (Università di Bari), *Pierre-Etienne Kenfack* (Université de Yaounde II), *Alessio Lo Giudice* (Università di Messina), *Fabio Macioce* (LUMSA, Roma), *Maurizio Manzin* (Università di Trento), *Maria Paola Mittica* (Università di Urbino), *Flavia Monceri* (Università del Molise), *Yosuke Morimoto* (Università di Tokyo), *Antonio Punzi* (LUISS), *Alberto Scerbo* (Università di Catanzaro), *Richard Sherwin* (New York Law School), *Barbara Troncarelli* (Università del Molise)

Comitato di redazione:

Giuseppe Auletta (Università di Catania), *Giorgio Lorenzo Beltramo* (Università di Torino), *Virginia Bilotta* (Università del Piemonte Orientale), *Paolo Biondi* (Università del Molise), *Alessandro Campo* (Università del Piemonte Orientale), *Paola Chiarella* (Università Magna Graecia di Catanzaro), *Valentina Chiesi* (Università Cattolica di Milano), *Angela Condello* (Università di Messina), *Flora Di Donato* (Università di Napoli Federico II), *Ako Katagiri* (Università di Kyoto), *Olimpia Loddo* (Università di Cagliari), *Roberto Luppi* (LUMSA, Roma), *Giovanni Magri* (Università di Catania), *Piero Marino* (Università di Napoli Federico II), *Piero Marra* (Università La Sapienza, Roma), *Andrea Raciti* (Università di Pisa), *Salvo Raciti* (Università di Catania), *David Roccaro* (Università di Catania), *Paolo Silvestri* (Università di Torino), *Serena Tomasi* (Università di Trento), *Daphné Vignon* (Université de Nantes)

Comitato scientifico:

Francesco Cavalla (Università di Padova), *Vincenzo Ferrari* (Università di Milano), *Peter Goodrich* (Cardozo Law School), *Jacques Lenoble* (UC Louvain), *Hans Lindahl* (Tilburg University), *Sebastiano Maffettone* (LUISS), *Atsushi Okada* (Università di Kyoto), *Eligio Resta* (Università di Roma tre), *Eugenio Ripepe* (Università di Pisa), *Herbert Schambeck* (Linz Universität), *Gunther Teubner* (Frankfurt Universität), *Bert van Roermund* (Tilburg University)

Gli articoli del numero sono sottoposti a doppio referaggio cieco

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)

www.mimesisedizioni.it

mimesis@mimesisedizioni.it

Issn cartaceo: 2612-6850

Issn digitale: 1970-5476

Isbn (Print): 9791222319704

Isbn (Online): 9791222319582

This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (CC-BY-4.0).

© 2024 – MIM EDIZIONI SRL

Piazza Don Enrico Mapelli, 75

20099 Sesto San Giovanni (MI)

Phone: +39 02 24861657 / 21100089

Registrazione presso il Tribunale di Milano n. 299 del 23-10-15

Indice

PRESENTAZIONE

Nicola Dimitri

Ritornare all'oggetto: il sapere giuridico alla prova dei nuovi poteri 9

SALUTI DI APERTURA

Salvatore Zappalà

Sull'importanza di un convegno sull'uso alternativo del diritto oggi:
progettare il futuro con consapevolezza delle radici e del passato 25

RELAZIONI INTRODUTTIVE

Bruno Montanari

Dall'uso alternativo del diritto al diritto "alternativo" 29

Mario Barcellona

Uso alternativo e diritto vivente: gli snodi di un confronto e i tempi cambiati 51

SAGGI

Salvatore Amato

Uso alternativo (del diritto) o potere alternativo (attraverso il diritto)? 71

Francesco Astone

Interpretazione della legge e attuazione costituzionale 81

Fabio Ciaramelli

L'allargamento dell'analisi marxista dall'economia alla critica delle relazioni
di potere esistenti 95

Angelo Costanzo

Sulla razionalizzazione dei significati normativi 105

<i>Ombretta Di Giovine</i> Prevedibilità dell'esito giudiziario in materia penale e ruolo della Corte di cassazione	117
<i>Tomaso Epidendio</i> Potere del diritto e potenza del fatto	133
<i>Pasquale Femia</i> Sperare dopo la speranza. Cosa abbiamo imparato a sperare dopo la fine delle speranze	143
<i>Giovanni Fiandaca</i> Uso "alternativo" del diritto, principio di legalità e poteri della giurisdizione nell'ambito della giustizia penale	159
<i>Geminello Preterossi</i> Contro l'ideologia della neutralità. Dall'uso alternativo del diritto alla critica del "diritto vivente"	171
<i>Eligio Resta</i> L'inquietudine del giurista	181
<i>Salvatore Spagano</i> L'uso alternativo dell'economia – l'ingiustizia del teorema di Coase	189
<i>Giuseppe Zaccaria</i> Indipendenza della magistratura, equilibrio e reciprocità tra i poteri	195
<i>Gaetano Insolera</i> Il percorso nella giustizia penale	213
<i>Delia La Rocca</i> Ripensare l'eredità degli anni Settanta: diritto, politica e società nelle fasi di transizione	225
<i>Anna Maria Maugeri</i> L'"uso alternativo del diritto"	241

Presentazione

Nicola Dimitri*

Ritornare all'oggetto: *il sapere giuridico alla prova dei nuovi poteri*

1. Strategie di avvicinamento

Misurarsi con il tentativo di descrivere in modo esaustivo ciò che ha rappresentato la stagione avviata nel 1972 con il convegno sull'*uso alternativo del diritto* è senza dubbio un'impresa ardua – a meno di ricorrere a improvvise e arbitrarie generalizzazioni. Questa difficoltà, inoltre, rischia di trasformarsi in un mero esercizio di pensiero illusorio se chi si confronta con questo tentativo non ha vissuto direttamente quel periodo.

Eppure, per chi coltiva l'impegno della ricerca e della comprensione critica, la consapevolezza della difficoltà non dovrebbe tradursi in ostacolo, quanto piuttosto in opportunità. In questo senso, la stagione inaugurata a Catania cinquant'anni fa, pur essendo cronologicamente lontana, non solo continua a vivere nelle voci di chi quell'esperienza l'ha vissuta, ma rappresenta, con le necessarie strategie di avvicinamento, un'eredità intellettuale preziosa anche per lo studioso in cerca di un fecondo patrimonio cui attingere. Ora per comprendere in profondità alcune delle questioni cruciali che segnarono quegli anni; ora per decifrare, con maggiore proprietà, la complessità del presente a partire da quelle intuizioni.

È in effetti, ne è testimonianza questa iniziativa editoriale, nata dal convegno organizzato nel 2023 dai Professori Mario Barcellona e Bruno Montanari, e fortemente sostenuto dalla Professoressa Anna Maria Maugeri. La stagione che diede avvio all'*uso alternativo del diritto*, insieme alle molte opere e riflessioni decisive che in quel periodo fiorirono, come si può cogliere da questo volume, non si presta (solo) a essere una tessera – significativa – del più ampio mosaico del 'nostro' recente pensiero giuridico. Ma si configura, piuttosto, e a patto di non inciampare in acritiche attualizzazioni, alla stregua di un'arteria pulsante e vitale della riflessione critica e intellettuale contemporanea. Una corrente carsica che, pur scorrendo prevalentemente sotterranea, riemerge in superficie. Traboccando, con rinnovata forza, nella temperie odierna per lasciare la sua impronta.

Non c'è da stupirsi: chi ha avuto l'opportunità di ripercorrere quel periodo, sia pure da lontano e con lo sguardo attento dell'esploratore neofita, comprende presto che l'operazione intellettuale che inaugurerò la nascita della linea di pensiero

* nicola.dimitri@unime.it, Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Messina.

dell'*uso alternativo del diritto* coincise con un momento di straordinaria vitalità per il diritto e per il pensiero giuridico. Una vitalità che, a guardar al passato con le lenti del presente, si manifesta, anzitutto, nella tensione intellettuale dei promotori di quella linea di pensiero. Un gruppo di intellettuali e giuristi che anziché rinchiudersi nell'*hortus conclusus* del dogma, o lasciarsi trascinare (o convocare) nelle stanze della passiva compiacenza culturale, consapevoli del proprio ruolo nella società, scelse di adottare una postura del pensiero *alternativa* attorno alla funzione del diritto. Una postura capace di contemplare, al tempo stesso, resistenza e trasformazione, ricerca e critica, attorno al ruolo del giurista e del ceto dei giuristi nella società, attorno al rapporto tra diritto e dottrina, diritto e potere, diritto e politica.

A chi osserva quel periodo dall'esterno, pertanto, esso appare denso di tensioni intellettuali e politiche fertili e generative. Meglio ancora: trasformative – e come tali, non rimaste esenti da contestazioni e critiche¹.

In quegli anni, con un'intensità per certi versi inedita, al giurista – in quanto detentore di un sapere, in quanto espressione di un ceto, in quanto parte di un potere – si chiedeva di confrontarsi non più (non solo) con la 'rassicurante complessità' del codice, ma anche con la 'mutevole complessità' della società.

Senza mettere in discussione l'approccio positivista, l'esortazione che i promotori dell'*uso alternativo del diritto* rivolgevano ai giuristi, agli operatori del diritto, ai magistrati², all'accademia, era di rifuggire dall'asserita neutralità della tecnica e iniziare a guardare al diritto (o tornare a guardare al diritto) non solo come un sistema chiuso, ma anche come uno strumento trasformativo. Una leva attraverso cui – per un verso – fosse possibile in chiave emancipatoria promuovere una proficua regolamentazione dei conflitti, a favore delle classi subalterne; – per un altro – riscoprire i benefici delle contaminazioni dogmatiche e culturali, dell'impegno civile e sociale. Meglio ancora intellettuale e politico.

Non a caso, l'idea (tra le altre) fortemente sostenuta da Pietro Barcellona era di costruire una scienza del diritto che non si limitasse all'elaborazione di strumenti tecnici, ma che fosse capace di compiere scelte politiche coraggiose, riscoprendo nel diritto la sua funzione trasformativa. Il diritto, anziché rimanere confinato nelle

1 Si rimanda sul punto a M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, in part. Cap. II, *La reazione all'uso alternativo del diritto*, EUT, Trieste, 2011.

2 Sul punto la letteratura è certamente sconfinata e in particolare il dibattito del tempo sorto attorno alla posizione anche 'militante' o politicamente attiva del giudice è senz'altro denso di riferimenti. Tuttavia, per mettere in luce come, anche in tempi diversi, la questione sia rimasta al centro del dibattito giusfilosofico si rinvia qui a N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Questione giustizia*, fascicolo 1, 2004, p. 7. La tematica viene in modo sistematico trattata, inoltre, in un recentissimo lavoro di Mario Barcellona. L'autore ripercorre le tappe della «giurisprudenza alternativa» problematizzandone le questioni a partire dal convegno catanese del 1972 ai dibattiti più recenti. Si veda M. Barcellona, *Giudici, politica, democrazia. Uso alternativo o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo cambiato*, Castelvecchi, Roma, 2023.

categorie (o cattedrali) ideologiche del passato avrebbe dovuto ricucire i tessuti ormai lisi che lo legavano con il suo oggetto, dunque il contesto, la realtà sociale.

E invero, ora chiarito – per quanto brevemente – con quale vitale vigore il lascito intellettuale maturato attorno alla linea di pensiero sull'*uso alternativo del diritto* trascenda il suo tempo, manifestandosi ancora oggi in tutta la sua forza – anche negli occhi vi si accosta dall'esterno –, resta da compiere un passo ulteriore. Forse il più complesso.

Come restituire in argomentazione un'esperienza così intensa e al tempo stesso distante? Come scriverne senza soccombere alla sensazione di impotenza che può nascere di fronte a un orizzonte tanto vasto da offrire una molteplicità di spunti e, al contempo, far smarrire l'orientamento?

Si diceva sopra: chi intende misurarsi con il denso continente intellettuale di quella stagione senza vantare un'esperienza diretta, necessita di una strategia di avvicinamento.

In questo senso, almeno nell'ordine delle probabilità, la più efficace – o quantomeno la più rassicurante – potrebbe rivelarsi quella della *pars pro toto*. Esplorare l'armamentario teorico e critico sorto a partire dal convegno del '72 a Catania attraverso alcuni suoi frammenti può risultare utile per orientarsi nella più ampia e complessa *cadre* giuridica, politica e culturale dell'*uso alternativo del diritto*.

È con questo proposito, dunque, che nelle pagine che seguono si intende sviluppare una riflessione. In particolare, l'intento è quello di centrare l'attenzione su *due insieme* di parole chiave. Da un lato: "*autonomia, sapere, potere*". Dall'altro: "*diritto, trasformazione, contesto*".

Si tratta di concetti, distinti ma non per questo irrelati, che, per certi versi, sintetizzano in modo efficace alcune questioni che al tempo sottolinearono la necessità di riscoprire la politicità insita nel sapere giuridico (inteso anche come fenomeno culturale) e l'opportunità di tornare a interrogarsi sul ruolo del giurista nella società. Sulla funzione del diritto e sullo statuto dell'autonomia del sapere giuridico.

2. Autonomia, sapere, potere

La parola "autonomia", quando accostata al campo del sapere giuridico, sintetizza le caratteristiche di una contraddizione: non è possibile, infatti, costruire autonomamente la dimensione dell'autonomia senza tener conto della pluralità degli altri saperi (tradizionali e nuovi) con cui il sapere giuridico, pur marcando una differenza, si ritrova contiguo³. Questo assunto trova ulteriore conferma

3 Si rinvia all'interessante studio attorno al paradigma dell'autonomia del sapere giuridico reso da G. Cazzetta, *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2014. Si rimanda anche a F. Cortese, *Pluralità o unità del sapere giuridico? Una questione di metodo*, Ricerche giuridiche, Vol. 5 – Num. 2 – Dicembre 2016. Si rinvia altresì a M. Manzin, *La rivincita del tafano, ovvero: il sapere giuridico tra verità e narrazioni*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza, Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale*, U. Izzo (a cura di), 2022, p. 171 ss.

nel paradigma ormai invalso dell'interdisciplinarietà, che incorpora l'idea secondo cui il sapere non può ontologicamente ed epistemologicamente dirsi autonomo, poiché condivide con gli altri saperi quei punti di confine da cui si diramano le rispettive differenze.

Tuttavia, ora per via dei mai sopiti tentativi di erigere steccati tra discipline, ora per effetto della tendenza a promuovere continui allargamenti di orizzonti, la questione che ruota attorno allo 'stato di salute' dell'autonomia del sapere giuridico si ritrova ciclicamente al centro del dibattito accademico. Non è un caso se tale questione risulterà centrale – per contesti e ragioni differenti da quelle attuali – già nella riflessione proposta dalla corrente culturale per l'*uso alternativo del diritto*.

Tra le sollecitazioni avviate in quel periodo – anche attraverso la voce di Pietro Barcellona – vi era la necessità di valutare se il sapere giuridico, chiamato in modo crescente a riorganizzare il *proprium* del suo discorso per accogliere altri saperi (uno su tutti, la scienza economica), fosse ancora in grado di interpretare criticamente la propria identità e la realtà sociale. Fosse ancora in grado di individuare la propria dimensione politica e, conseguentemente, riconoscere la funzione 'sociale' del diritto, il suo legame con la società.

Già all'epoca si percepiva che solo a partire da una profonda cognizione dello statuto della propria autonomia, una disciplina, una scienza e, infine, un sapere (in questo caso giuridico), avrebbe potuto promuovere aperture realmente consapevoli. Affrancandosi dal rischio di ridursi a mero epifenomeno di altre scienze: spesso affacciate alla porta del diritto con proposte di contaminazione che si rivelavano, in ultima istanza, non necessariamente di mutuo vantaggio.

Secondo gli esponenti dell'*uso alternativo del diritto*, per riflettere attorno alla funzione del diritto nella società, e attorno al ruolo del giurista, occorre, tra le altre cose, centrare l'attenzione sul rapporto tra sapere (giuridico) e potere.

Non si trattava tanto di valutare l'opportunità di fuoriuscire dall'auto-riflessività del sapere giuridico per intrecciare dialoghi interdisciplinari con altri, o nuovi, saperi. Il punto era comprendere se le tensioni – i poteri, gli interessi politicamente non neutri – che dalla dottrina giuridica e da altre discipline irrompevano nella letteratura, nella prassi e nella giurisprudenza, potessero in qualche modo minare lo statuto dell'autonomia del sapere giuridico, a scapito della funzione 'sociale' del diritto.

Quale autonomia si può autenticamente rivendicare e quale apertura si può poi consapevolmente concedere, se non è chiaro il rapporto che corre tra il proprio sapere e il potere che lo amministra?

Essere in grado di valutare la propria autonomia e orientare le conseguenti aperture significava (anche) prendere una decisione sul ruolo politico da attribuire al sapere giuridico e, di riflesso, sulla funzione che si intendeva riconoscere alle università, alla ricerca e all'insegnamento⁴. Parlare di autonomia del sapere giuridico significava, in ultima analisi, parlare del giurista e della sua capacità di assumere un atteggiamento critico e culturalmente consapevole nella lettura della realtà sociale, del sistema normativo, e dei punti di contatto tra norma e società.

4 N. Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari, 1974.

In tal senso, Barcellona, già in quegli anni, osservava che più il sistema giuridico perde la sua autonomia o, al contrario, si chiude in un'autonomia ottusa, più il giurista arretra in una posizione servente nei confronti di altri saperi. Più il sapere giuridico perde la propria capacità di autodeterminazione, più si fa strada il rischio di una sua subordinazione alle competenze di altre scienze, di altri interessi, di altri obiettivi: ad esempio, già in quegli anni si osservava che “nelle condizioni del capitalismo monopolistico, la generalità astratta della legge viene soppressa dal diritto proprio dell'economia”, e per un verso le funzioni regolative “del diritto privato divengono in larga parte soppiantate”, per un altro “le controversie vengono in gran parte affidate a procedimenti arbitrari sottratti alla conoscenza pubblica”⁵.

Nella lettura proposta dai promotori dell'*uso alternativo del diritto*, le modalità tradizionali di trasmissione del sapere giuridico, per come erano impostate, non miravano a trasformare in chiave emancipatoria i rapporti di potere. Piuttosto, e al contrario, erano funzionali alla legittimazione dei “rapporti di potere esistenti nella realtà”⁶. Nelle facoltà di giurisprudenza gli insegnamenti resi attorno alle categorie, agli istituti e agli strumenti giuridici venivano impartiti agli studenti – destinati a diventare gli “addetti” alle norme e all'amministrazione della giustizia⁷ – attraverso la trasmissione di formule tanto ‘vuote’ quanto ‘magiche’, osservava Barcellona. Formule non solo acriticamente sganciate dalla realtà, ma anche frutto di un piano ideologico preciso e antecedente, maturato nei rapporti storico-materiali che le avevano generate.

Il giurista – era questo ciò che si denunciava – impegnato a maneggiare un diritto orfano del suo legame con la realtà, si occupava di un “oggetto leggendario”, irreali. E così facendo, contribuiva, più o meno consciamente, ad accentuare il deperimento della funzione del diritto e della mediazione giuridica. Nei manuali, osservava Barcellona, viene insegnato che i contraenti, attraverso il contratto, si pongono in una posizione di parità e che tramite di esso i loro interessi si trovano in equilibrio. Ma questa considerazione “non corrisponde affatto alla realtà”⁸. Dietro la maschera della neutralità delle formule, infatti, si cela il ‘volto’ del potere, e aver perso cognizione di ciò conduce verso una lenta ma pervicace perdita di significato del diritto⁹.

In assenza di un discorso critico attorno alla “distribuzione dei poteri nella società”, attorno “ai rapporti tra diritto e strutture sociali”¹⁰, le categorie continuamente utilizzate dai giuristi (e dagli interpreti, in particolare) finiscono per perdere contatto con le esigenze sociali. E, in senso più ampio, il diritto finisce per perdere il suo potere trasformativo.

5 P. Barcellona, D. Hart, U. Mückenberger, *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, De Donato, Bari, 1973.

6 Ivi, p. 6.

7 Ivi, p. 5.

8 Ivi, p. 26.

9 Ivi, p. 12.

10 Ivi, p. 27.

Gli esponenti dell'*uso alternativo del diritto*, raccogliendo per certi versi anche delle precedenti e illuminate intuizioni¹¹, auspicavano dunque alla rimozione dell'immagine del giurista neutrale e calcolatore per un giurista più eticamente e politicamente impegnato.

Denunciavano la presenza di un vuoto tra testo e contesto. Un vuoto sordo, inavvertito, e spesso solo apparentemente asintomatico, che invero generava frustrazione, disagio e inquietudine nel giurista. I testi formativi raccontavano le *forme*, ma non la *vita* nella sua complessità. Il ceto dei giuristi risultava preparato sulle *formule*, ma incapace di leggere i *bisogni* sociali.

Oggi, avvertiva ancora Barcellona, l'essenza del giurista e del diritto non è più la capacità di *volere*, ma quella di *accogliere una volontà* a lui precedente ed estranea. Le modalità con cui viene trasmesso il sapere giuridico e con cui si articola l'educazione giuridica non rafforzano la personalità e lo spirito critico del giurista, ma lo rendono compiacente alle richieste del potere.

Il giurista, appagato dalla pretesa scientificità delle proprie costruzioni dogmatiche, aveva dunque perso il contatto con i 'fatti', dimenticando che i concetti giuridici non sono mere costruzioni logiche, ma frutto di una volontà politica più ampia, promossa da chi, in un certo contesto storico, detiene il potere economico e politico¹²: "le categorie giuridiche presentate come elaborazioni concettuali indipendenti finiscono con l'essere strumenti per valorizzare i rapporti di potere esistenti", e, spolitizzandosi, cancellano le tracce del percorso storico che le ha rese tali, a beneficio di alcuni gruppi di dominio¹³.

Di fronte a questa condizione, l'esortazione degli esponenti della linea di pensiero per l'*uso alternativo del diritto* si traduceva nella necessità di recuperare un ruolo attivo del giurista nella trasmissione del sapere giuridico. Non si voleva minare la concezione positivista del diritto, ma si sosteneva l'idea che questa andasse integrata con la sua imprescindibile dimensione politica. In particolare, il diritto privato, il suo patrimonio giuridico tradizionale insegnato nelle aule delle università, avrebbe dovuto tenere conto anche dell'"urto dei tempi"¹⁴, dei mutati rapporti tra individui e poteri.

11 Già Giorgianni nel 1961 a proposito dello iato tra diritto privato e società, sottolineava che nonostante le modificazioni intervenute nell'ambiente socio-economico la dottrina privatistica presentava un diritto ancora confinato entro formule tradizionali, scarsamente penetranti nella realtà sociale. M. Giorgianni, "Il diritto privato e i suoi attuali confini", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 399. Si pensi inoltre al dibattito culturale attorno alla distinzione tra diritto privato e pubblico, di U. Cerroni, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, resa al IV Congresso nazionale di filosofia del diritto, Milano, 1960, p. 355 ss, e poi in *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, 1960.

12 Diritto e politica sono due facce della stessa medaglia. Ogni argomentazione giuridica esprime una linea politica. Cfr. *L'educazione del giurista*, cit., p. 28.

13 P. Barcellona, *Introduzione*, in P. Barcellona (cur.), *L'uso alternativo del diritto*. Vol. I - Scienza giuridica e analisi marxista. Vol. II - Ortodossia giuridica e pratica politica, Laterza, Bari, 1973, XVI.

14 Così G. Cotturri, *Diritto uguale e società di classi*, De Donato, Bari, 1972, p. 10.

Evocative e consistenti in questo senso le parole di Pietro Barcellona, Dieter Hart e Ulrich Mückenberger, contenute nel volume *L'educazione del giurista*. Libro non a caso proiettato a riflettere sui 'monopoli' della cultura giuridica. Dice Barcellona: spesso "l'appello alla realtà sociale è una formula vuota" che serve "soltanto a introdurre in modo surrettizio, nell'argomentazione, i valori soggettivi e i pregiudizi dell'interprete", senza farsi carico di offrire al giurista "una dimostrazione fondata sull'analisi della realtà". Una dimostrazione, dunque, capace di mettere "a nudo, nel contesto di una formazione sociale determinata, quali sono i conflitti e qual è l'effettiva distribuzione dei poteri". Per realmente recuperare il rapporto tra "diritto e società, bisogna chiarire preliminarmente in qual modo vengono utilizzate queste formule vuote e assolutamente prive di contenuto", sovente utilizzate "per tutelare gli interessi già realizzati e non già per promuovere la protezione dell'interesse all'emancipazione"¹⁵.

"Chi dice dove comincia e dove finisce l'esperienza giuridica? E perché si studia questo diritto e in questo modo?"¹⁶. Sono questi gli interrogativi, tra gli altri, con cui il giurista e l'operatore del diritto avrebbe dovuto confrontarsi quando chiamato, ad esempio, a ragionare attorno al concetto di 'bene sociale' o alla categoria della 'proprietà privata'.

Senza uno studio critico sul contesto delle funzioni sociali delle categorie giuridiche, la realtà appare come irrilevante per il diritto. Come metteva in chiaro Cotturri in un altro fondamentale libro di quegli anni, lo studente che assorbe acriticamente le nozioni su cui si erge l'architettura del diritto finisce per presupporre "una società senza classi e sperequazioni". Una società priva (al contrario di come invece è) di "centri di potere economici"¹⁷.

Se si spezza il ponte tra sapere e potere, tra scienza giuridica e base empirica, gli istituti, che sono il prodotto di un certo e contestualizzato processo evolutivo socio-economico, vengono privati della loro storicità, 'bonificati' da ogni matrice ideologica. Al punto che le loro condizioni di esistenza finiscono per essere considerate immutabili. A detrimento della funzione trasformativa del diritto, e a favore della subordinazione di quest'ultimo alle altre scienze, che, nel frattempo, intrecciandosi con esso operano sostituzioni di *non* mutuo vantaggio. Si pensi ai processi economici: sempre più spesso questi processi – denunciavano gli esponenti dell'*uso alternativo del diritto* – non sono descritti o presentati come 'economici' ma come processi giuridici. "Il privatista, cieco rispetto alla storia" delle categorie e degli istituti che maneggia, "si riallaccia ad una fattispecie (l'autonomia privata)", ad esempio, senza "cogliere quel che c'è di essenziale in questa (il rapporto immediato con la produzione della merce e con lo scambio della merce)". E tuttavia, se il giurista acriticamente "fa astrazione" degli elementi essenziali degli istituti che maneggia, e non si accorge di come questi istituti hanno nel tempo cambiato funzione sotto la spinta di altre discipline o interessi, finisce per ritrovarsi con in mano

15 *L'educazione del giurista*, cit., pp. 27-28.

16 G. Cotturri, *Diritto uguale e società di classi*, cit., p. 24.

17 Ivi, p. 43.

solo “un involucro formale”. Ed è questo il punto: se il giurista “scambia l’involucro per la sua cosa” dimentica che il diritto ha anzitutto un potere trasformativo e arriva alla conclusione che “se le cose stanno così, sono state così da sempre e dovunque (e saranno probabilmente sempre così)”¹⁸.

Ciò che si segnalava in quel periodo, dunque, era che la realtà non poteva essere più costruita (solo) a partire dalla norma, dall’istituto, dalla categoria. Perché i modelli di realtà che i codici rappresentavano con le loro formule, apparentemente neutre, si rivelavano invece legati a doppio filo (per quanto trasparente) con il potere, e dunque reificavano nella società un certo tipo di progetto sociale, che non comportava sempre il ‘bene’ di tutti. “Quando, come nel caso del diritto privato, il modello è estraneo ai tempi” si opera una separazione dei “ceti intellettuali dai processi reali”¹⁹. Se la realtà si costruisce a partire dalla norma, interrompendo i percorsi di mutua contaminazione, il rischio è che la norma, affermi e continuamente confermi nella società, interessi che nulla hanno a che vedere con i bisogni sociali. La teoria giuridica deve, invece, accogliere l’*irruzione della realtà* nel testo: il sapere giuridico non deve risultare autarchico nei confronti del substrato empirico, né subordinato alle altre scienze. Deve *inventare*, anche attraverso un’educazione incline a non considerare estranee materie non direttamente riconducibili al diritto positivo, un nuovo (*alternativo*) rapporto con la società²⁰.

Il compito che si proponevano gli esponenti di quella linea di pensiero era dunque di restituire all’operatore del diritto, a qualunque livello, dalle aule dei tribunali a quelle dell’accademia, la possibilità di autenticamente *fare* diritto. Dunque, di agire in condizione di consapevolezza culturale e non di passiva accondiscendenza verso situazioni di potere che ambiscono a rendere i giuristi – riprendendo le parole, in altri contesti rese, da Montesquieu – solo *êtres inanimés*²¹.

3. Diritto, trasformazione, contesto

Gli esponenti dell’*uso alternativo del diritto*, come finora messo in evidenza, esortavano a mettere in discussione i tradizionali meccanismi di trasmissione del sapere giuridico. In particolare, l’accento era posto (ma invero non solo) sul diritto privato, per via del modo “mistificante e irrealista” con cui questo si affermava. Invece di proporre una lettura del rapporto che intercorre tra forme giuridiche e contenuti politici, economici e sociali, l’insegnamento del diritto privato propone-

18 *L’educazione del giurista*, p. 107.

19 G. Cotturri, *Diritto uguale e società di classi*, cit., p. 37.

20 È anche per questo che occorre una cognizione consapevole della propria autonomia del proprio sapere, da un lato, superando la convinzione che la scienza giuridica sia una ‘scienza autonoma’ priva di nessi con l’economia politica, con la sociologia e le altre scienze dell’uomo, e dall’altro uscendo dal cerchio magico delle formule astratte, che non tengono conto dei ‘contenuti materiali della giustizia’. *L’educazione del giurista*, cit., p. 45.

21 Montesquieu, *De l’Esprit des Lois*, Libro XI, cap. VI.

va l'“immagine di un ambiente sociale indifferenziato, non sconvolto da tensioni”, e dunque composto da individui asseritamente “liberi e uguali”²².

Siffatto modo acritico di trasmettere il diritto, rendeva il diritto stesso “un alibi” – si osservava in quegli anni.

Declamando un non precisato interesse generale, un ‘certo modo’ di insegnare (e affermare) il diritto consentiva a certi poteri effettivi di ‘privilegiare’ alcuni settori e mantenere inalterati i rapporti di ‘dominio’. Per dirla – e non a caso – con Marx: l'interesse generale spesso “non è che la generalità degli interessi egoistici”²³.

E tuttavia, se la scienza giuridica si risolve solo in generalizzanti astrazioni²⁴, e non si occupa della funzione finale dei concetti che implica, né si cura dei condizionamenti continui che provoca nel tessuto sociale, essa resta una “forma” “priva di nesso con il contenuto”²⁵.

Per recuperare la funzione del diritto e dare abbrivio a un nuovo modo di intendere il ruolo il giurista nella società, occorre ritrovare il collegamento con la realtà sociale, con il contesto, con la politicità dei contesti. Non è un caso se più di recente Lipari, che certamente è stata figura centrale di quegli anni, ha avuto modo di scrivere: considerare come apolitica l'operazione interpretativa del giurista significa solo riconoscere che essa è invece assolutamente politica. La pretesa di apoliticità è sempre una presa di posizione politica, e solitamente ha a che vedere con una politica conforme all'ordinamento in un certo momento storico dominante²⁶.

La pretesa degli esponenti dell'*uso alternativo del diritto* era di promuovere una rottura con i metodi tradizionali di insegnamento del diritto privato, a partire dalle formule, dai modelli, e dal monopolio culturale che induceva a insegnare ‘così’ e ‘non così’, il diritto soggettivo, l'autonomia del volere, i rapporti giuridici.

Quel che chiamate spirito dei tempi è in sostanza lo spirito degli uomini nei quali i tempi si rispecchiano, fa pronunciare Goethe a Faust, per mettere in evidenza che

22 G. Cotturri, *Diritto uguale e società di classi*, cit., p. 39. Si rinvia inoltre a A. Schiavone, F. Lorenzoni, *Democrazia e diritto: i compiti attuali della cultura giuridica marxista*, De Donato, Bari, 1975.

23 K. Marx, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, Einaudi, Torino, 1976.

24 Denunciando la perdita di aderenza delle categorie centrali del diritto privato (sorte in certi contesti economico-sociali) con la società, Ulrich Mückenberger e Dieter Hart denunciavano come nelle condizioni del capitalismo monopolistico le categorie avessero cambiato profondamente funzione e sostanza. Ad esempio, la proprietà (borghese) che implicava il disporre e poter escludere l'influenza altrui su un certo bene, e che nella sulla originaria concezione aveva ancora un nesso con il lavoro proprio, si era trasformata (con lo sviluppo della produzione capitalistica della merce) in diritto di appropriazione. Un diritto ad accumulare il valore prodotto dal lavoro altrui, servendo così da titolo giuridico per la concentrazione e la centralizzazione del capitale. Evocativa l'espressione per la quale, seguendo il senso di quanto ora detto, “insieme al contratto l'autonomia privata ha creato il mezzo per la propria negazione”. *L'educazione del giurista*, cit., p. 65 ss., in part. p. 77.

25 Ivi, p. 42.

26 N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Iustitia*, 2019, 49 ss.; Id., *Vivere il diritto*, Esi, 2023, 93.

lo *Zeitgeist*, lo spirito culturale che informa una certa epoca, non è che il riflesso delle scelte e delle ideologie di ‘alcune’ classi dominanti.

Da un testo cruciale di quel periodo, vale a dire *Le formule magiche della scienza giuridica* di Rudolf Wiethölter (non a caso accolto per l’edizione italiana nella collana di Laterza *Critica giuridica e analisi sociale* diretta da Pietro Barcellona e Nicolò Lipari), si comprende che l’approccio degli esponenti dell’*Uso alternativo del diritto* promanava da una posizione intellettuale che ricadeva sotto l’orientamento del *negativismo giuridico*. Vale a dire una posizione intellettuale che a partire da un’operazione di critica dell’ideologia giuridica dominante nell’università e nei tribunali, promuoveva operazioni di disincantamento dalle elaborazioni concettuali e dai dogmi della scienza giuridica. Al fine di interrompere quel ‘processo di alienazione’ dal ‘presente politico’ in cui (si denunciava) erano incorsi i giuristi.

Nell’insegnamento, nella pratica, nei tribunali, l’obiettivo consisteva nel far penetrare nel mondo del diritto il mondo del contesto, e dunque la cognizione dei conflitti. L’invito era a fuoriuscire dai corsetti asfittici della neutralità, che permeava anche l’amministrazione della giustizia. Così, ad esempio, Eligio Resta, in un volume del 1977, *Conflitti sociali e giustizia*, pubblicato nella collana *Riforme e Potere*, diretta da Pietro Barcellona e Giovanni Berlinguer: “il tentativo che vediamo riproporre dal trasformismo delle classi al potere è quello di fornire una ‘maggiore razionalità’ nella gestione del servizio sociale (giustizia), evitando su di esso il dibattito politico e lo scontro di classe”²⁷.

Colmando lo scarto tra idea e realtà, tra norma e società, si poteva riuscire a “rendere palese la contraddizione fra una società” che, mentre cerca nuove “chances di democratizzazione”, è immersa in “un insieme di istituti e di dogmi che esprimono ancora i principi dello Stato di diritto liberale del diciannovesimo secolo”²⁸.

La società cercava nuovi orientamenti con cui realizzare la sintonia tra interesse capitalistico, sviluppo economico e formazione dei bisogni sociali, mentre il contesto della vita si sviluppava sotto l’influenza di valori e istituti obsoleti, passivamente accettati attraverso modelli di comportamento arretrati. Irrigiditi da norme che conservavano credenze, ideologie, opinioni appartenenti a un *habitat* istituzionale ormai superato (lo sguardo critico era rivolto alla ‘vittoria’ della scuola storica di Savigny e Puchta). In questo senso, occorre “il recupero di un ruolo attivo” di “tutta la sfera statuale pubblica, del diritto e dei giuristi”.

È per questa via che Barcellona intendeva sollecitare una razionalizzazione del ‘quadro istituzionale’ e favorire la nascita di un collegamento autentico tra diritto e il suo presente politico-sociale.

In modo evocativo, le prime pagine del libro di Wiethölter si aprono con queste parole:

27 E. Resta, *Conflitti sociali e giustizia*, De Donato, Bari, 1977, p. 14.

28 R. Wiethölter, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Laterza, Bari, 1975, p. XI, introduzione di Pietro Barcellona.

Il diritto è caduto dai cieli più alti sulla terra. Esso è morto come fenomeno culturale dominante. I grandi problemi della nostra epoca hanno un 'livello' giuridico diverso da quello dei problemi del passato. Per una società politica moderna il diritto è tutto da creare; non esiste ancora. Per il momento [i giuristi si muovono] tra circoli viziosi, formule vuote, alibi, tabù. Senza una teoria politica del diritto per l'attuale società politica, non riusciremo ad essere all'altezza dei nostri tempi, ma resteremo congelati negli abissi della preistoria (R. Wiethölter, *Le formule magiche della scienza giuridica*, pp. 3-4).

E invero, se volessimo tirare le somme, potremmo dire che la linea di pensiero sull'*uso alternativo del diritto* aveva avuto la forza, tra le altre cose, di instillare nella riflessione di quel tempo domande cruciali e affatto scontate: il sapere giuridico e con esso il diritto, la scienza giuridica, ha ancora un rapporto concreto con il suo oggetto? Ha ancora un rapporto concreto con i fatti reali?

O piuttosto la scienza giuridica, mantenendo in vita acriticamente le sue formule tradizionali, ha finito per perdere ogni concreta presa sulla realtà?

Il giurista non poteva più farsi (talvolta inconsciamente) garante di un monopolio culturale che di fatto lo allontanava dalla realtà, e non permetteva al testo, protetto dai suoi schemi, modelli e dogmi, di penetrare (e a sua volta farsi attraversare) nel contesto, nel *suo* presente politico.

4. Conclusioni

L'esperienza avviata in quegli anni appartiene ormai al passato e non può semplicemente scivolare lungo il piano inclinato della storia per giungere intatta ai giorni nostri, pronta a essere riattivata²⁹. Troppi sconvolgimenti hanno attraversato quel percorso, modificandone i presupposti. Eppure, l'eco di quegli interrogativi continua a risuonare attuale: il diritto può ancora essere uno strumento di emancipazione sociale? Ha mantenuto la sua funzione e il suo ruolo nel promuovere solidarietà e coesione? Oppure l'attuale proliferazione normativa è solo una sovrastruttura che non incide realmente sulla giustizia sociale?

Solo un diritto capace di riconoscere la propria natura conflittuale e trasformativa, si sosteneva in quegli anni, può rispondere alle sfide di una società in continuo mutamento, superando la contrapposizione tra neutralità e politicità.

Bruno Montanari e Mario Barcellona, in un recente saggio, riflettono sulle condizioni di possibilità di una teoria generale dell'esperienza giuridica contemporanea. Nel recente volume *Potere e negoziazione*, il diritto viene descritto come piegato alla logica dell'utile e della razionalità economica, ridotto a mera formalizzazione normativa di equilibri negoziati tra poteri di fatto. Non è più uno strumen-

29 Ne riflette in modo particolarmente interessante e denso di riferimenti C. Salvi, *Usi alternativi del diritto, il marxismo (e il PCI)*, in *Cinquant'anni di scritti giuridici*, G. Grisi (a cura di), in *L'Unità del diritto*, RomaTrePress, 2024., p. 27 ss. si rimanda anche a G. Azzariti, A. Di Martino, A. Somma (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Editoriale scientifica, 2024.

to autonomo di regolazione sociale, ma si limita a lambire i confini dello spazio in cui si esercita il potere economico, senza realmente limitarlo, disciplinarlo, intaccarlo. In questa prospettiva, la marginalizzazione del diritto appare come il riflesso di una società e di una classe di giuristi che ha ‘dimenticato’ che il diritto è una leva capace di rispondere alle richieste di nuove forme di giustizia.

Come avverte Montanari, siamo passati da un approccio conoscitivo-cognitivo, basato sulla ricerca di nessi causali, a un approccio descrittivo-fattuale, che registra gli accadimenti nella loro pura effettività, rinunciando per certi versi alla profondità e alla densità prismatica del pensiero. Non a caso, Montanari parla di post-pensiero³⁰. Il giurista, ormai incapace di un’analisi epistemologica della realtà materiale attraverso categorie razionali, vive nell’atemporalità dell’osservazione, nell’impatto immediato del fatto giuridico, senza riuscire a trascendere la pura fattualità.

Il pragmatismo dominante, radicato nell’assolutizzazione della fattualità, si configura come un paradigma operativo che esclude qualsiasi trascendimento del dato di fatto, riducendosi all’affermazione intrascendibile della realtà nella sua pura *immediatezza evenemenziale*. Svuotando così il portato giuridico categoriale delle sue basi razionalistiche³¹.

È in questo senso che, inoltre, Mario Barcellona sottolinea che la perdita di significato del diritto, nei modi in cui si afferma e si trasmette, è una funzione necessaria del sistema. Per il suo mantenimento.

Un diritto che legittima modelli di sviluppo che, a loro volta, esigono che esso “tocchi solo i margini”, riducendosi a una funzione ancillare del potere economico, finisce per rendere possibili meccanismi di appropriazione, circolazione e distribuzione della ricchezza funzionali al rafforzamento di posizioni egemoniche sempre più solitarie e sganciate dalla società³².

Una società che vuole solo giuristi-ingegneri, tecnici, teste che esaltano la fattualità e il pragmatismo a scapito della razionalità e della causalità, costringe (forse) il giurista a *rientrare* in un cerchio magico di formule astratte, svincolate dal loro vero oggetto: la società.

Oggi, più che in passato, si avverte la sensazione di un diritto subalterno ai poteri tecnico-finanziari, i quali si presentano come sempre più capaci di regolamentare e tradurre la complessità di alcuni fenomeni sociali (quasi) facendo a meno dell’ausilio della scienza giuridica³³. I tradizionali meccanismi giuridici appaiono sempre meno elastici, trasparenti e razionali, incapaci di innescare processi di reale emancipazione. I ‘diritti’ (*lato sensu*) aumentano, ma aumenta anche la percezione e la realizzazione della giustizia sociale?

30 M. Barcellona, B. Montanari, *Potere e negoziazione, Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchi, 2023, p. 116.

31 Ivi, p. 125.

32 Ivi, p. 74.

33 Sul punto, A. Lo Giudice, *Dal contratto sociale alla negoziazione di interessi*, Carocci, Roma, 2015 e A. Lo Giudice, *Il soggetto plurale. Regolazione sociale e mediazione simbolica*, Giuffrè, Milano, 2006.

I conflitti in corso, le ideologie ad esse sottese, e il ruolo del diritto nelle dinamiche che li giustificano, contribuiscono a dare nuova forza agli interrogativi già posti dai promotori dell'*uso alternativo del diritto*. È in questo senso che gli strumenti critici di lettura della realtà e del 'disagio' del giurista elaborati in quel periodo sembrano trascinare nel presente e, come una corrente carsica, riemergono per lasciare la loro impronta sul nostro tempo.

Bibliografia

- Cazzetta, G., *Autonomia Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2014.
- Cortese, F., *Pluralità o unità del sapere giuridico? Una questione di metodo*, Ricerche giuridiche, Vol. 5 – Num. 2 – Dicembre 2016.
- Manzin, M., *La rivincita del tafano, ovvero: il sapere giuridico tra verità e narrazioni*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza, Il diritto fra prospettiva rimediabile e interpretazione funzionale*, U. Izzo (a cura di), 2022.
- Lipari, N., *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, 1974.
- Cossutta, M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, in part. Cap. II, *La reazione all'uso alternativo del diritto*, EUT, 2011.
- Barcellona, P., Hart, D., Mückenberger, U., *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, De Donato, 1973.
- Giorgianni, M., "Il diritto privato e i suoi attuali confini", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961.
- Bobbio, N., *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Questione giustizia*, fascicolo 1, 2004.
- Barcellona, M., *Giudici, politica, democrazia. Uso alternativo o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo cambiato*, Castelvechi, 2023.
- Cerroni, U., *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, 1960.
- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*. Vol. I - Scienza giuridica e analisi marxista. Vol. II - Ortodossia giuridica e pratica politica, Laterza, 1973, XVI.
- Cotturri, G., *Diritto uguale e società di classi*, De Donato, Bari, 1972, p. 10.
- Schiavone, A., Lorenzoni, F., *Democrazia e diritto: i compiti attuali della cultura giuridica marxista*, De Donato, 1975.
- Lipari, N., *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Iustitia*, 2019, 49 ss.; Id., *Vivere il diritto*, Esi, 2023, 93.
- Resta, E., *Conflitti sociali e giustizia*, De Donato, 1977, p. 14.
- Wiethölter, R., *Le formule magiche della scienza giuridica*, Laterza, 1975.
- Salvi, C., *Uso alternativo del diritto, il marxismo (e il PCI)*, in *Cinquant'anni di scritti giuridici*, G. Grisi (a cura di), in *L'Unità del diritto*, RomaTrePress, 2024.
- Azzariti, G., Di Martino, A., Somma, A. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Editoriale scientifica, 2024.
- Barcellona, M., Montanari, B., *Potere e negoziazione, Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvechi, 2023.
- Lo Giudice, A., *Dal contratto sociale alla negoziazione di interessi*, Carocci, 2015.
- Lo Giudice, A., *Il soggetto plurale. Regolazione sociale e mediazione simbolica*, Giuffrè, 2006.

Saluti di apertura

Salvatore Zappalà*

Sull'importanza di un convegno sull'uso alternativo del diritto oggi: progettare il futuro con consapevolezza delle radici e del passato

Quando Bruno Montanari e Mario Barcellona, con Alberto Andronico e Marisa Meli, hanno suggerito l'organizzazione, insieme al Dipartimento di Scienze Politiche (con la Direttrice prof.ssa Di Gregorio e la prof.ssa La Rocca), di un convegno per ricordare i 50 anni dalla pubblicazione, nel 1973, di un'opera in due volumi, che a sua volta conteneva gli atti di un importante convegno svoltosi a Catania nel 1972, naturalmente non ho avuto alcun dubbio a prestare la mia disponibilità. E il Dipartimento di Giurisprudenza, del quale ho portato con molto piacere i saluti nella sessione introduttiva, è stato lieto di sostenere l'iniziativa.

Ciò non tanto per ragioni sentimentali (e pure potrebbero esservene) nei confronti degli organizzatori e nel ricordo della figura del professore Pietro Barcellona (della cui scomparsa nel 2023 ricorreva il decennale), ideatore e organizzatore di quel celebre convegno, ma soprattutto perché nell'attuale iniziativa si può vedere un invito concreto a mettere in pratica quello che è uno dei principi ispiratori del nostro Dipartimento, nel senso della promozione di un rinnovamento continuo della cultura giuridica nel rapporto simbiotico tra "tradizione e innovazione". In altri termini, si tratta di un invito a tutti gli studiosi delle "nuove" generazioni affinché, salendo sulle spalle dei "maestri", possano raddoppiare gli sforzi per mantenere il nostro Dipartimento (Dipartimento di Eccellenza nel 2018-2022 e riconfermato per il 2023-2027) al centro del dibattito sul ruolo del giurista e del diritto nella società contemporanea.

Il Convegno del novembre 2023 (e la pubblicazione che segue) partendo da un momento di confronto a più voci, con il coinvolgimento di accademici e operatori del diritto di grande valore, con l'obiettivo di cogliere le aggiornate dinamiche del rapporto tra normazione (e legislatore, o quel che ne resta) e funzione (e potere) giudiziaria(o), costituisce un solido contributo alla riflessione collettiva. Non v'è dubbio che oggi prevale, anche nell'osservazione generale, un certo scetticismo circa la capacità del diritto di svolgere il ruolo che gli dovrebbe essere proprio: un sistema di organizzazione della complessità che introduca appropriati punti di equilibrio sociale e di bilanciamento tra valori e interessi contrapposti.

L'impressione che spesso si trae è quella di una certa schizofrenia del sistema (o addirittura di un'assenza di sistema), nella quale il legislatore e la giurisprudenza

* szappala@lex.unict.it, Professore ordinario di diritto internazionale e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

si muovono sulla scorta di ondate, difficilmente leggibili, scarsamente prevedibili, rese oggi più complesse da una ineludibile dimensione sovranazionale, che non sempre il solo meccanismo del “dialogo tra corti” (come lo si è spesso sintetizzato) riesce a cogliere con sufficiente precisione.

Il convegno del 1972 e i volumi del 1973 sull’Uso alternativo del diritto costituiscono un riferimento culturale molto significativo che da Catania aveva lanciato una riflessione tesa a sostenere le ragioni di una funzione giuridica in qualche misura “militante”. Per un certo tempo questo approccio ha avuto un ruolo nella cultura giuridica italiana, anche se vi possono essere pareri discordanti sulla sua effettiva influenza e sulla reale rispondenza ai principi ispiratori delle successive evoluzioni.

Lo sforzo attuale, che vuole ricordare quell’importante momento di riflessione, sarà di certo un pungolo per continuare ad operare, per costruire riferimenti culturali che guardino al futuro, nella consapevolezza di un complessivo e fondamentale mutamento del contesto rispetto agli anni ’70. Organizzato su tre sessioni, grazie alla partecipazione di relatori di assoluto rilievo, che ringrazio a nome del nostro Dipartimento, il Convegno pone al centro della sfida intellettuale la comprensione del ruolo che il giurista, prima ancora che il diritto, deve svolgere in una realtà in cui gli equilibri sociali sono sempre meno decifrabili in base a categorie storicamente significative.

Il contributo che viene dato da questa iniziativa alla riflessione giuridica è senz’altro un elemento di rilievo sulla scia dell’invito a guardare e a progettare il futuro con consapevolezza delle radici e del passato, ed è anche per questo che è stato un piacere che si sia tenuto nella nostra città e nel nostro Dipartimento.

Relazioni introduttive

Bruno Montanari*

Dall'uso alternativo del diritto al diritto "alternativo"

Introducendo il presente convegno, dedicato alla figura di Pietro Barcellona, desidero ricordare alcuni colleghi che hanno segnato la mia vita accademica (e non solo "accademica") nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

In primo luogo, proprio Pietro, cui appunto questo convegno è dedicato, con il quale ho condiviso, durante gli ultimi suoi anni, la cattedra di Filosofia del diritto. Anni a volte anche "impegnativi" (diciamo così), ma attraversati da una verace stima reciproca e da un affetto autentico, i quali restano per me consolidati nell'ultima telefonata che ci scambiammo alla vigilia di un incontro organizzato a Siracusa, dai colleghi civilisti e privatisti dell'Università di Messina, al quale eravamo stati invitati entrambi: "sostituiscimi tu, mi disse, nella tavola rotonda che dovrei dirigere, perché siamo intellettualmente consonanti; abbiamo la medesima visione delle questioni in gioco!" Fu l'ultima volta che ne sentii la voce.

Con Enzo Zappalà ho condiviso la conduzione della Facoltà; Enzo, in qualità di Preside, ed io, come Direttore del Seminario Giuridico. Un lavoro comune, durato anni, destinato alla valorizzazione della Facoltà; anni di dialoghi intensi, anni nei quali ci siamo conosciuti a fondo, anni nei quali è maturata una amicizia sincera e profonda. Lo vidi a Ragalna nel maggio del '23 e gli raccontai del Convegno che avevo programmato (insieme a Mario Barcellona) di lì a qualche mese (novembre) e prendemmo appuntamento per settembre. Non arrivai in tempo.

Voglio infine ricordare Cristoforo Cosentini e Luigi Arcidiacono: due presidi. Il primo mi accolse al mio arrivo in Facoltà, nel lontano novembre del 1986 con fare paterno; ricordo che regalò una finanziaria di pasticcini locali a mio figlio Andrea, allora bambino, quando andammo a trovarlo ad Acireale. Il secondo, con il quale ho sempre mantenuto un rapporto schietto e di reciproca comprensione, soprattutto riguardo alle difficoltà organizzative della vita accademica che talora si sono prospettate. Un uomo pieno di garbo e di stile; anche con lui il rapporto andò oltre la mera colleganza accademica.

Dopo la memoria, il presente. Questo incontro non avrebbe potuto essere realizzato senza la grande attenzione e generosità del Rettore dell'Università di Catania, Francesco Priolo, del Direttore del Dipartimento Giuridico, Salvatore Zappalà e del

* bruno.montanari@unicatt.it, Professore di Filosofia del diritto, ha insegnato nell'Università di Bari, Catania e Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Presidente della Associazione “I Diplomatici” Claudio Corbino. Non posso tralasciare di ringraziare, per la loro preziosa, perché indispensabile, collaborazione, Delia La Rocca, Anna Maria Maugeri, Marisa Meli, Alberto Andronico. Infine, intendo sottolineare la preziosa opera di revisione editoriale svolta da Nicola Dimitri, giovane studioso presso la cattedra di Filosofia del Diritto dell’Università di Messina, in virtù della quale la Mimesis edizioni ha potuto disporre dei testi già pronti per la stampa.

1. Alcune premesse

Innanzitutto, intendo dare spiegazione del titolo che ho dato a questo mio intervento introduttivo, che è in parte diverso dal titolo ufficiale del Convegno. Ho sostituito, infatti, la formula “diritto *vivente*”, che ormai è divenuta di uso corrente, con quella che a me è sempre parsa capace di cogliere il clima culturale del tempo che viviamo: “diritto *alternativo*” e che ho spiegato in un testo scritto da me e da Mario Barcellona, edito da Castelveccchi, sempre nel 2023, con il titolo *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*.

La spiegazione è sintetizzata appunto nel sottotitolo: il diritto al tempo di quello che ho definito più volte il *post-pensiero*. Qui aggiungo una ulteriore notazione, la quale accompagnerà sottotraccia questa mia attuale introduzione. In questo tempo, che ho qualificato del *post-pensiero*, esiste ancora un diritto? Interrogativo lecito dal momento che il diritto, nel suo concetto e nella sua elaborazione scientifica, è frutto di un “pensiero” congetturale, logico e sistematico, quale è stato quello che in vario modo ne ha attraversato la storia e che ha trovato compimento nella modernità europeo-continentale con la “scienza della legislazione”, prima, con la “scienza del diritto” incarnata dalla Scuola Storica tedesca, poi, e, infine, dalla “Teoria generale” e dalla “dogmatica”. Attualmente, invece, ciò che appare dominante è un sedicente “diritto” che altro non è che la formalizzazione normativa di una negoziazione di equilibri tra poteri di puro fatto; fattualità, rispetto alla quale il concetto di “legittimazione” funzionale è del tutto irrilevante. Ricostruire questo percorso che attraversa il ’900 e i primi venti anni del secolo successivo è il compito che mi sono dato in questa mia introduzione.

2. Per cominciare

Prendo le mosse da una felice espressione che ho trovato in uno scritto di Enrico Scoditti (Consigliere della Corte di Cassazione), dal titolo significativo *Questioni di diritto e filosofia*¹, destinato alla presentazione del libro di Robert Alexy *Concetto e validità del diritto*, nella nuova edizione italiana di Carocci, curata da Mario Ricciardi e Vito Velluzzi. In quel testo Scoditti scrive che occorre riformulare l’e-

1 Il riferimento originario è: E. Scoditti, “La pretesa di giustizia nel diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi”, in *Questione Giustizia*, 1, 2021.

spressione "filosofia del diritto" in "filosofia *nel* diritto"; espressione per me assai attraente in quanto familiare, poiché coincide con la formazione che ho ricevuto da Sergio Cotta: quella di leggere il diritto con gli *occhiali della filosofia teoretica*.

A conforto di tale intento mi viene incontro anche il titolo di un recente e impegnativo testo di Giorgio Agamben dal titolo *Filosofia prima filosofia ultima*², nel quale l'autore, ragionando attorno alle tre grandi aree del pensiero medioevale – Fisica, Matematica e Filosofia – mette in luce come la filosofia abbia costituito il fondamento degli altri due settori della conoscenza o in quanto alla origine o in quanto alla fine: o a partire da... o per arrivare a...

Seguendo questi due "viatici", intendo ora proporvi qualche riflessione.

Comincio da una lettura che costituisce il punto di partenza e di arrivo di questa mia presentazione.

L'autore del testo è un illustre professore del diritto civile, Nicolò Lipari, ed il titolo ne rappresenta compiutamente il contenuto: *Il diritto civile tra passato e futuro*³.

Scrivo Lipari:

Se una persona della mia generazione ripercorre a ritroso la propria esperienza di studio del diritto civile, constata il radicale sovvertimento, rispetto ai modelli che le sono stati insegnati, di qualsiasi paradigma classificatorio volto a definire l'oggetto o le modalità di svolgimento di un'analisi che tuttora intende caratterizzarsi in chiave di scienza. Ove si voglia oggi guardare al futuro del diritto civile, offrendo alle nuove generazioni qualche opportuno suggerimento per le sfide del domani, è possibile farlo solo liberandosi delle sedimentazioni culturali, delle categorie dogmatiche, dai modelli classificatori dei modelli sui quali siamo stati formati e dei quali abbiamo fatto raffinato esercizio.

Lipari, dopo aver sottolineato che un tale radicale mutamento non riguarda solo il diritto civile, ma la scienza del diritto in generale, prosegue:

Siamo chiamati a spostare l'asse dell'analisi da una entità linguistica individuabile secondo paradigmi lessicali ad una prassi sempre mutevole, entro la quale siamo, lo si voglia o no, necessariamente implicati. Ciò evidentemente incide sullo stesso procedimento argomentativo [...]. *Né si dica che in tal modo si finisce per determinare una sorta di collisione tra certezza e ragionevolezza perché il diritto, come regola dei rapporti intersoggettivi concretamente vissuti, deve essere 'accettabile' ed esso è tale non solo se è certo, ma anche se è ragionevole [...]*. In questa chiave è stato giustamente detto che la certezza della razionalità procedurale diviene certezza della ragionevolezza decisionale [...]. Ai civilisti della nuova generazione si aprono dunque prospettive nuove [...] dovranno abituarsi non a proporre soluzioni in funzione di presupposti normativamente definiti, ma ad indicare prospettive, linee evolutive, che sarà inevitabile percorrere [...] ripensando in radice il principio di legalità⁴.

2 G. Agamben, *Filosofia prima filosofia ultima. Il sapere dell'Occidente fra metafisica e scienze*, Einaudi, Torino, 2023.

3 N. Lipari, "Il diritto civile tra passato e futuro", *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2021, pp. 317-347. Quando scrivevo queste righe Nicolò Lipari non ci aveva ancora lasciato.

4 Ivi, pp. 332-333.

Alle parole di Lipari aggiungo quelle di un altro illustre giurista: Pietro Perlingieri, il quale in un suo testo-intervista, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, dopo aver sottolineato la forza immediatamente direttiva dei principi costituzionali soprattutto nel campo della giustizia economica, pone un interrogativo che a me pare consapevole del tempo culturale che stiamo vivendo: “[il superprincipio costituzionale] rischia di rimanere una enunciazione astratta in assenza di una classe di operatori del diritto adeguatamente alfabetizzati in tale direzione, disposti ad abbandonare categorie concettuali inadeguate – perché ispirate a valori diversi – e capaci ad un tempo di proporre in discontinuità una dogmatica giuridica ispirata alla legalità costituzionale”⁵. Perlingieri segue una strada nella quale il processo di concettualizzazione dogmatica non deve arrestarsi, ma l’interrogativo sulla adeguata alfabetizzazione delle attuali generazioni di giuristi non va sottovalutata, sicché appare poi coerente la seguente considerazione, che rinvia al primato, suggerito da una logica pragmatica, degli effetti: “gli effetti – piuttosto che configurarsi come conseguenze automatiche della qualificazione – si consolidano soltanto se sono ragionevoli e adeguati”⁶. Una mia postilla: gli “effetti”, per ragioni logico-semantiche, sono sempre e soltanto conseguenze di “cause”; se così non fosse, si tratterebbe, sempre per ragioni logico-semantiche, di meri “accadimenti”. Se si intende mantenere il termine “effetti”, allora occorre adeguare il paradigma logico, nel senso che la “causa” esiste ma è irrilevante, in quanto coincide con *il potere della decisione puntuale e pragmatica*.

3. Dal “pos moderno” al post-pensiero

Ecco la mia ipotesi interpretativa della mutazione di cui scrivono Lipari e, in parte con una qualche nostalgia per la forza della concettualizzazione, Perlingieri.

I giuristi, riprendendo una espressione di Paolo Grossi, sogliono definire il tempo attuale come “pos moderno”.

Non credo, però, che l’attuale condizione culturale ed intellettuale consenta ancora una tale definizione; e mi spiego.

Il pos moderno, infatti, ha segnato una stagione culturale nella quale il pensiero ha portato a compimento dissacrazione e dissoluzione in quella visione del mondo che la Ragione aveva allestito tra ’700 e ’800. La gran parte del ’900, nella sua esplicazione post-metafisica e post-sistematica, ne ha allestito la strada. Per fare solo un esempio, basti pensare alla torsione della teoresi intorno alla “verità” in quella della “utilità” propugnata da Jean-François Lyotard ne *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*⁷. Ma ancora prima, il pensiero novecentesco ha introdotto e costruito la post-modernità usando le medesime categorie filosofiche della modernità: Nietzsche non avrebbe mai potuto dissacrare Hegel senza la categoria

5 P. Perlingieri, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, ESI, Napoli, 2021, pp. 19 – 20.

6 Ivi, pp. 33-52. In particolare, la cit. è a p. 42.

7 J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 2014.

teoretica della "storia" hegeliana. O l'esistenzialismo non avrebbe potuto *ripensare la soggettività stessa* senza la "postilla" kierkegaardiana. E Kierkegaard stesso non vi sarebbe stato senza Hegel. E questo è stato solo l'inizio. Come potevano affermarsi una filosofia empiristica e linguistica senza mettere in radicale discussione la tradizione ontologico-metafisica? Come si sarebbero potuti affermare, in quel fatidico 1923 (e subito appresso vedremo perché "fatidico"), il Circolo di Vienna e il neo positivismo logico di Carnap, Schlick e Neurath; e, ancora, il primato del linguaggio in Wittgenstein o la falsificabilità in Popper e così via? Né avrebbero potuto esservi pensatori come Husserl e Heidegger e, più vicini a noi, Habermas e Apel senza Kant. E senza Kant non vi sarebbe stato neppure il corso invernale 1920-'21, tenuto da Ernst Cassirer presso l'Università di Amburgo, intorno ad una questione allora impellente e di rilievo epocale. Si trattava, infatti, della riflessione filosofica originata dalla teoria della relatività generale di Einstein.

E non vi sarebbe stata neppure la decostruzione della soggettività, strutturata dalla modernità razionalistica, da parte di Derrida e Foucault (sia pure un modo diverso).

In definitiva, la post-modernità, pur con la "liquidità" dei suoi concetti (Vattimo) e delle sue visioni umane, è stata, però, un "pensiero", cioè un apparato di ragionamenti capace di produrre una rappresentazione del mondo, intorno alla quale l'uomo era portato a riflettere e discutere.

E per venire all'"uso alternativo del diritto" (tema sul quale tornerò a conclusione di queste pagine), come sarebbe stato concepibile se la dialettica hegeliana non avesse costituito il fondamento del materialismo storico marxiano. E ancora, come si sarebbe affermato, sul piano teorico, il primato del prassismo, che dette vita alla tesi della "supplenza sindacale" degli anni '70 e lo Statuto dei lavoratori, senza il concetto di alienazione di Lukacs?

La questione, allora, per me decisiva, è ricostruire le linee di quella parte del '900, che va distinto dal pos moderno (o "neo moderno" come lo definiva Cotta) e che intraprende la strada che ha condotto il suo decennio finale e l'attuale secolo verso quello che ho definito il "post-pensiero".

Un tale passaggio, per essere *radicalmente anti-metafisico* (come era nell'intento di quella temperie culturale che si afferma a cavallo tra '800 e '900), deve giungere a dichiarare *puramente congetturale* e dunque *epistemologicamente indebito* il "nesso di causalità", lasciando il primato al *momento osservativo*, che porta con sé il primato della *a-temporalità* della situazione di equilibrio. L'equilibrio, infatti, è quello stato che di momento in momento è osservabile.

In questo senso può dirsi che la contemporaneità *non* è un pensiero, poiché sono venute meno le condizioni per le quali la mente umana possa "pensare". Mi spiego.

Il pensare, del quale il ragionare è la sua dimensione articolata in rappresentazioni ideali e concettuali espresse dal linguaggio, sia alfabetico che iconico, implica come premessa strutturante quella costituita dalla categoria della "temporalità". Il pensare consiste in una successione seriale di attività mentali, originate dalla esperienza materiale dell'incontro dell'uomo con il mondo. Il conoscere, che ne è un possibile esito, è poi la traduzione elaborata dall'attività della ragione dell'incontro con il mondo in rappresentazioni concettuali.

L'inizio è proprio in quella data che ho definito "fatidica" il 1923, quella in cui Werner Heisenberg chiuse la fisica classica e dette inizio alla epistemologia quantistica: "[...] la teoria descrive solo osservazioni e non quello che succede tra una osservazione e l'altra. [e si deve aggiungere l'idea] che la teoria predica solo la probabilità di osservare una cosa o l'altra": "solo osservazioni" e non quello che succede tra una osservazione e l'altra.

Bastano alcune righe di quel classico che è *La nuova alleanza*, di Isabelle Stengers e Ilya Prigogine⁸, per illuminare il peso teoretico della frattura contenuta nel passaggio epistemologico ora accennato.

"La scienza attuale non è più questa scienza 'classica'. La speranza di unificare tutti i processi naturali assoggettandoli ad un piccolo numero di leggi 'eterne' è fallita. Le scienze dalla natura ci descrivono un Universo frammentato [...] Abbiamo scoperto che il dialogo non significa più ricognizione disincantata di un deserto lunare dall'esterno, ma l'esplorazione attiva di una natura complessa e multiforme [...]. Il nostro libro tratta di questa metamorfosi concettuale della scienza [...]. Il concetto centrale di questo libro è il problema del tempo e delle sue relazioni con la complessità"⁹.

E più avanti, a proposito della distanza descrittiva tra soggetto-oggetto, che fonda l'idea di "legge", in quanto 'universalizzabilità' della conoscenza: "[In questo libro] ci accontentiamo di osservare che le leggi di Newton non supponevano invece che l'osservatore fosse un essere fisico; l'oggettività era, appunto, definita come assenza di riferimento all'osservatore come descrizione dell'oggetto. [al contrario] Questa fisica [quella che dà vita alla "Nuova alleanza", definita *fisica umana*] è soggetta a costrizioni intrinseche che ci identificano come parte del mondo fisico che stiamo descrivendo"¹⁰.

Questo è un passaggio epistemologico decisivo, poiché mette in luce come l'osservazione provenga da un soggetto *immerso* nel medesimo mondo fisico dell'oggetto osservato. Tale non-distanza tra soggetto e oggetto è ciò che determina l'assoluta *putisticità* e *a-temporalità* del dato osservato. Conseguenza: "Possiamo prevedere soltanto probabilità, non singoli eventi. Questo fu inaccettabile per chi – e tra gli altri Einstein – voleva arrivare ad una descrizione deterministica 'completa'¹¹.

Viene meno così il nesso di causalità o, meglio, diventa irrilevante (che si traduce in quel primato degli effetti di cui parlano Lipari e Perlingieri) e si afferma il principio della *a-temporalità* propria del momento osservativo.

Si determina così quel mutamento del paradigma epistemologico di fondo rappresentato dal passaggio nelle scienze sociali della fisica quantistica secondo il quale il *momento osservativo* diviene l'origine del processo conoscitivo, che resta tuttavia probabilistico, proprio perché si è ormai fuori del paradigma causalistico.

8 I. Stengers, I. Prigogine, *La Nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* [1991], Einaudi, Torino, 1999.

9 Ivi, pp. 11 – 12 *passim*.

10 Ivi, p. 218.

11 Ivi, p. 219.

Soprattutto, il primato assoluto dell'“osservativo” si collega ad una dimensione a-temporale, tipica dell'“osservatività” come *impatto*; mentre il processo causalistico, che innerva il formarsi di un pensiero, implica una dimensione temporale. Da qui trae origine il paradigma del post-pensiero. Vediamo meglio quest'ultimo passaggio.

Pensare, come premessa del conoscere, e la connessa espressione linguistica, corrispondono a specifiche attività cerebrali, come spiega Lamberto Maffei in un suo libro di qualche anno fa (*Elogio della lentezza*), nelle quali sono impegnate le aree di Broca e Wernicke, la prima legata alla formazione del pensiero, la seconda alla comprensione del linguaggio. Queste attività cerebrali hanno come determinante e, direi, strutturante per le loro operazioni, il fattore “tempo”.

Questo è il punto-chiave. È su questa proprietà, infatti, della parte sinistra del nostro cervello che si determina una diversità di risposta cerebrale che mette in forma un modo diverso di agire della persona. Si tratta della diversità tra gli effetti prodottisi a partire da eventi ricevuti in successione temporale, come avviene per la comunicazione linguistica, ed effetti derivati da stimoli visivi.

“La vera rivoluzione evolutiva nel lobo sinistro – scrive Maffei – non riguarda solo il linguaggio ma anche i meccanismi nervosi che generano le stringhe di eventi legati tra loro nel tempo in maniera tale che, nella maggior parte dei casi, solo la stringa assume significato. Per questa ragione propongo di chiamare l'emisfero linguistico ‘emisfero del tempo’. Le stringhe di eventi legati tra loro sono la base del ragionamento, e contrastano ad esempio con la comunicazione visiva, dove gli eventi nervosi concernenti un'immagine non sono in serie ma in parallelo, in quanto sono trasmessi contemporaneamente, tutti insieme. Si potrebbe dire che la comunicazione visiva, al contrario di quella linguistica, è atemporale”¹².

Il fattore “tempo”, dunque, non è solo un'idea della mente, ma appartiene allo stesso strutturarsi e svilupparsi della funzione cerebrale; la conseguenza è decisiva per il comportamento umano prodotto dalla forma dei modelli comunicativi e dalla loro frequenza e prevalenza nell'ambito dell'agire sociale. Se al modello *linguistico* si sostituisce, in modo prevalente e direi abitudinario, quello *visivo*, si avrà una sorta di riformattazione del cervello, il quale, come quello di qualsiasi altro muscolo, modifica lo sviluppo delle sue parti, rafforzando quelle più impegnate e riducendo le potenzialità di quelle meno impegnate.

4. Dalla epistemologia quantistica al funzionalismo luhmanniano

Il venire meno del *nesso di causalità* produce nelle scienze sociali il venire meno della qualificazione categoriale dei fatti, poiché la “atemporalità” empirica del momento osservativo sostituisce alla radice la “temporalità” della funzione congetturale. In particolare, poiché la qualificazione propria delle categorie dogmatiche è l'analogo giuridico dalla causalità, prende corpo quel contesto che fa saltare le

12 L. Maffei, *Elogio della lentezza*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp.54-55.

categorie cosiddette dogmatiche e concretizza il *primato degli effetti*. Il passaggio è rappresentato dal funzionalismo luhmanniano, nel quale l'idea di "complessità" sostituisce quella classica di "sistema" e l'"equilibrio" sostituisce l'"ordine".

Questo passaggio rende ragione di alcuni slittamenti terminologici di uso ormai comune.

Il più evidente di tutti: *Governance* al posto di *Ordinamento*. Ne seguono altri: *Effettività* al posto di *Legittimazione*, ovvero in altri termini, *effettività* al posto di *congettura*. *Complessità* al posto di *Ordine*. *Funzionalismo* al posto di *Causalità*

Utilizzo il termine *Governance*, come punto dal quale osservare il fenomeno, in quanto tale termine va inteso come simbolo semantico di un paradigma epistemologico diverso da quello maturato e affermatosi nella "modernità" europea, nel quale la tradizione empiristica anglosassone (la cui ragione strumentale e calcolante è anch'essa legata, nella "modernità", al più generale razionalismo europeo) assume ora la conformazione di quello che viene definito genericamente "pragmatismo".

Il centro della diversità è da ricercarsi proprio nella *evaporazione* (mi si conceda l'espressione, perché traduce esattamente il "fenomeno") del nesso "qualificazione categoriale" - "effetti giuridici", riflesso, come ho appena accennato, dell'analogo nesso, epistemologicamente fondativo sul piano "teoretico", *causa-effetto*.

A proposito della capacità individuante di tali categorie "dogmatiche" vale ancora la pena di rileggere quanto scriveva Franz Wieacker nel 1953, esprimendo un punto di vista allora indiscusso: "Non esiste un'idea fondamentale, portante della nostra cultura giuridica, neanche nelle nuove creazioni del diritto pubblico e sociale, i cui modelli fondamentali non siano stati pensati e plasmati in questa cultura giuridica della tradizione romano-giusnaturalistica, fin dai primi secoli, sia pure con altri nomi o in altri contesti. I concetti di diritto soggettivo, di contratto, [...] risalendo fino alla scoperta della persona giuridica [...] o fino alle imperiture determinazioni dell'idea stessa di diritto, sono stati ripensati in ogni momento di questa scienza giuridica, e spesso approfonditi e generalizzati"¹³.

E, in un altro saggio appartenente alla medesima raccolta, con il titolo nell'edizione italiana, *Diritto civile e mutamento sociale* (1960)¹⁴, aggiungeva: "L'unità dell'ordinamento non è affatto un semplice postulato formale, cioè un postulato della logica giuridica, o un postulato sistematico e pedagogico. Piuttosto questo ideale metodico e scientifico esprime anche l'unità e l'indivisibilità della giustizia stessa, che rientra fra le condizioni di vita elementari di ogni comunità di diritto"¹⁵.

13 F. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, raccolto poi in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Fischer-Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1974, tr. it., Napoli, 1983, p. 40.

14 F. Wieacker, *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Ernst von Caemmerer, Müller, Karlsruhe, 1960.

15 Ivi, p. 53.

Ma ancora negli anni '70, e in un orizzonte speculativo già profondamente diverso da quello dell'edizione originaria dei saggi di Wieacker, finanche un "materialista-empirista" come N. Luhmann riconosceva, come dirò di qui a poco, a quelle categorie "dogmatiche" una funzione di individuazione della sfera propria del giuridico, rispetto a quella del politico.

Una notazione, quest'ultima, che vuole ricordare l'ambiguità funzionale che spesso accompagna lo svolgersi pratico di alcuni e significativi processi teorici.

Tale svolgimento approda, nel tempo, a due esiti. Il primo, più generale, genera uno *svuotamento* dell'idea stessa di concetti basilari come quello, ad esempio, di "ordinamento giuridico" a livello della percezione sociale; il secondo, decisamente specialistico, si riflette sulla cultura delle più giovani generazioni di giuristi che, per formazione tecnico-teorica e pratica professionale, hanno gradualmente perduto una vera sensibilità per il diritto come "sistema scientifico".

In definitiva, ciò che si verifica è un passaggio tra due "sequenze". Un passaggio, che definirei epocale, segnato, appunto, dall'avvicinarsi di due "sequenze" concettuali: a quella "*ordine-sistema-ordinamento*" si sostituisce una sequenza formata da tre nozioni tra loro epistemologicamente conseguenti: "*complessità-equilibrio-governance*".

Delineato il contesto rappresentato dalla attualità giuridica, intendo ora sottoporre ad un approfondimento analitico, dal punto di vista teoretico ed epistemologico, quanto ho descritto per linee sintetiche nelle pagine precedenti: e, cioè, quel mutamento di fondo che permette di ricostruire le vicende contemporanee come una transizione epocale dal piano concettuale dell'"ordinamento" a quello della *governance*. Una transizione che non sembra fare i conti con la funzione cui quella struttura concettuale assolveva, modificando nel profondo il senso dell'attività normativa.

La profondità del passaggio consiste nella considerazione che non è in questione un mero aggiornamento nozionistico-semantic, nel quale il lessico sociologico contamina quello specificamente giuridico (esemplare è la prevalenza della nozione di "portatori di interessi" al posto di "legittimazione soggettiva"); si tratta invece dell'emergere di una sottesa modalità di diversa "conoscenza" della realtà, che poi trova specifico svolgimento nella forma "regolativa" della *governance*. La differenza, allora, è da considerarsi propriamente *epistemologica*. Vediamo perché.

Stabilendo il contrappunto non solo tra due termini, ma tra due sequenze concettuali, intendo ribadire quanto ho scritto nelle primissime pagine di questa *Introduzione*: che un determinato modello giuridico, oltre a quella costruzione che è il frutto di una sua teorica interna, consegue una sua costitutiva identità concettuale, in quanto "derivata" di un contesto speculativo che si situa in altri, ma contigui, ambiti del sapere, quali la filosofia e l'epistemologia¹⁶. E sottolineare il legame sequenziale è indispensabile proprio in quelle epoche di transizione, nelle

16 Cfr. quanto scrive Mengoni nella presentazione dell'edizione italiana del libro di Alexy: L. Mengoni, *Presentazione*, in R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

quali l'abitudine del ragionare, con l'utilità che deriva dalla possibilità di realizzare immediati adattamenti pratici, può non consentire di soffermarsi, con l'attenzione necessaria, sulla portata effettiva del cambiamento in atto, con il rischio di perderne il controllo e di ritrovarsi in un "nuovo mondo", senza aver capito né il "come" né il "perché". Torno al punto.

Ho sottolineato come la differenza tra le due sequenze prospettate abbia il suo centro contrappuntistico nei termini "ordine" e "complessità". La comprensione della loro struttura categoriale va situata a livello "epistemologico", nel senso che essi si presentano come il prodotto di due diversi modelli di lettura della realtà, che implicano, tuttavia, due diversi approcci filosofico-teoretici di fondo. Ma mi limito, qui, ai "modelli", cioè al profilo epistemologico.

Il termine "ordine" fa pensare immediatamente a qualcosa che si offre come un dato e che rinvia a qualcosa di *posto* e, in più, come ulteriore ed immediata domanda logica, "posto" *da qualcuno*. In altre parole, il "porre" apre, nella logica umana, la domanda circa il "*chi pone*". E su questo si affatica tutta la Ragione Moderna, e non vado oltre.

In altre parole, l'"ordine", pur trovando rappresentazione, anche, in una forma oggettuale, è, fondamentalmente, una categoria concettuale che, al tempo stesso, è presupposto e risultato di uno specifico modello di pensiero, per mezzo del quale la ragione umana ritiene di conoscere *come* "realtà" ciò che è fuori dell'"io". Termine, quello di "realtà", che, a sua volta, sottintende il riferimento, che questa volta è teoretico-filosofico, ad un concetto "forte" e problematico: "Verità".

È questo il modello teoretico-epistemologico seguito dal pensiero antico, che, per la nostra cultura, è quello incarnato dalla filosofia greca: il punto centrale è dato dalla ricerca intorno al "Principio" *ordinatore*, come origine del mondo che si dà all'uomo. È la tematica che ruota attorno a due termini filosoficamente complessi, *Logos* e *Demiurgo*, attraverso i quali l'uomo investiga il senso umano della "realtà" nella quale è immerso, ma, al tempo stesso, traccia una distanza tra la sua umanità empirica e la dimensione di quel "Principio", che è il Tutto comprendente¹⁷.

Al pensiero "moderno" si attaglia propriamente il termine "sistema", che connota quel meccanismo della ragione secondo il quale *conoscere la realtà*, vale a dire la *verità del mondo*, consiste nel formalizzarne le "leggi" che consentono di stabilire in modo costante il succedersi degli eventi. Tale operazione cognitiva conduce alla determinazione della realtà *come fenomeno*, che si fonda su di una *relazione causale*, razionalmente stabilita, tra due eventi, sia che si tratti di eventi naturali oppure di elaborazioni concettuali.

In definitiva, il termine "sistema", nel suo concetto, va posto in relazione al termine che lo precede: "ordine". Entrambi i termini esprimono una idea di "verità", nel senso che conoscerla significa capire che le cose *stanno proprio come devono stare* o perché (in un certo senso) sono state disposte così ("ordine"),

17 Cfr., su questa sconfinata tematica, il bel saggio di E. Berti, *In principio era la meraviglia*, Laterza, Roma-Bari, 2007; cfr., anche, F. Cavalla, *All'origine del diritto. Al tramonto della legge*, Jovene, Napoli, 2011.

o perché il pensiero umano ne coglie i nessi causali, sotto il profilo razionale e logico ("sistema").

Tuttavia, nella continuità tra pensiero "antico" e "moderno" una differenza non va sottaciuta.

Se il pensiero antico manteneva la distanza, sopra accennata, tra la mente umana e la "Verità" del mondo, lasciando quest'ultima nell'oscurità dell'"enigma", nella "modernità", invece, la "Verità" diviene l'approdo di un percorso metodico e sistematico della ragione. Essa è il prodotto di quell'operazione mentale che, a partire dalla esperienza empirica, elabora concetti, trasformando la mera successione di eventi in relazioni causali che *le si rappresentano* come "necessarie".

Si comprende, di conseguenza, come il concetto moderno di sistema svolga una funzione *euristica* ed *epistemica*: solo se si ricostruisce lo svolgersi degli eventi, o delle "cose umane" più in generale, secondo una forma sistematica, si può cogliere l'"ordine" che al fondo regge il "Tutto". La "Verità" dei moderni si realizza nel colmare, tramite la Ragione, la distanza che l'antichità aveva posto tra la mente umana, e la sua "meraviglia", di fronte al "Principio".

"Ordinamento" giuridico è il terzo termine, quello cui giunge, nell'ambito giuridico, la sequenza "moderna".

Nella sua specificità concettuale, esso individua la compattezza e organicità razionali dell'attività normativa, posta in essere dallo Stato o da altri soggetti dotati legittimamente o legalmente di tale potere. Nella sua idea di fondo, esso si pone in continuità con due possibili direzioni speculative: da un lato con una idea di diritto, secondo la quale il giuridico è la traduzione normativa dell'"ordine" che cognitivamente costituisce il mondo umano (la tradizione della *scientia juris* sia nella sua versione giusnaturalistica, sia in quella "storica"), dall'altro con una prescrittività squisitamente "positiva", che si realizza, tuttavia, secondo una sistematicità razionale della volontà normativa (la *teoria generale del diritto*, nel suo insieme e nelle sue diverse e specifiche articolazioni).

5. La costitutività temporale del diritto

Vi è un elemento che contraddistingue la sequenza *ordine-sistema-ordinamento*, e che occorre mettere in luce al termine della sua spiegazione. Tale elemento è costituito proprio dalla categoria "tempo"¹⁸ precedentemente ricordata, poiché è proprio sul rilievo che assume tale categoria che può tracciarsi la differenza più evidente con la seconda sequenza: *complessità-equilibrio-governance*.

La chiave della temporalità risulta evidente negli elementi strutturali del diritto concepito secondo una prospettiva ordinamentale. Basti pensare al concetto di

18 Su questa categoria, nella sua ampiezza ermeneutica, cfr. il bel testo di J. T. Fraser, *Time. The Familiar Stranger*, The University of Massachusetts Press, Amherst, 1987, trad. it. Milano 1992.

“norma” che sintetizza semanticamente un nesso razional-causale, e quindi *temporalmente dislocato*, tra prescrizione, dovere e responsabilità.

L'esempio più facile e scontato è proprio nella struttura di quell'atto normativo denominato “legge”. Essa è un atto il cui fine è *durare nel tempo*: il “durare nel tempo” è il fattore razionale, che consente di emancipare l'atto dai soggetti fisici che lo pongono in essere, di considerarlo, cioè, un *in sé*, indipendentemente da quelli. La legge non esprime un *equilibrio nell'istante*, ma il suo fine strutturale è un *dover essere nel tempo*.

È qui che la sequenza *ordine-sistema* salda l'idea di ordinamento giuridico con il modello di conoscenza proprio delle scienze della natura.

Mi spiego. La possibilità di leggere l'ambito del giuridico in termini di relazione causale presuppone, dal punto di vista cognitivo, una certa idea della realtà pensata come ciò che si manifesta attraverso relazioni causali dette “fenomeni”.

Il fenomeno è, letteralmente, qualcosa che appare, ma *ciò che appare* viene letto e compreso razionalmente, nel suo esserci e nel suo manifestarsi, attraverso la traduzione/formalizzazione della *legge*. Di conseguenza, attraverso la lettura degli eventi secondo la figura razionale del fenomeno, si mette in forma la semantica della “realtà”, come evocativa di qualcosa di stabile che si manifesta attraverso leggi esistenti *in sé*. Il fenomeno rinvia, così, sia al concetto di ordine, razionalmente tradotto nel “sistema”, che al nesso di causalità¹⁹.

Tale modello cognitivo, proprio perché non si costruisce sulla sola osservazione empirica e istantanea, ma è una elaborazione razionale che implica una *continuità temporale*, non si limita ad essere uno strumento meramente ricognitivo, ma è esso stesso una “messa in forma” di tipo *costitutivo* di ciò che si afferma come *conosciuto*.

Non si tratta, infatti, solo di constatare che “le cose stanno così”, ma di un *constituire-conoscere* il “perché” esse stiano così; tale passaggio, operato dalla ragione dei “moderni”, sposta l'asse epistemico dall'*enigma* al “calcolo” *causale*, aprendo l'opera della mente umana alla possibilità della *previsione* (induttiva) degli effetti²⁰.

6. L'epistemologia della complessità.

La nozione di complessità è una nozione epistemologica di tipo meramente osservativo, per la quale il fattore temporale coincide con l'“istante” nel quale si può *osservare* una disposizione di elementi, quali ad esempio le particelle di un gas, tra loro in stabile “equilibrio” (entropia). Tradotto sul piano delle scienze sociali, tale

19 Ritengo sufficiente qui far riferimento, per aver chiaro il passaggio epistemologico, ad alcuni punti emblematici della speculazione kantiana. Cfr. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft* [1781], trad.it., Bari, 1972, pp. 25-27 e *Die Metaphysik der Sitten* [1797], trad.it., Bari, 1983, pp. 11-32.

20 Cfr., ancora, per un quadro delle questioni epistemologiche in gioco K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, Basic Books, New York, 1959, trad. it., Torino, 1970, 3^a ed., p. 5 e ss., in part. p. 15 e ss.

modello cognitivo trasferisce l'osservazione dell'"equilibrio" a fattispecie "umane" rilette *empiricamente* come "eventi", costituendo così la premessa epistemologica per cogliere la "complessità" dell'ambiente sociale (tornerò di qui a poco su questo punto, ma fin da subito mi sembra importante aver presenti le parole di Lipari).

Ciò da cui si deve prendere le mosse, per cogliere il passaggio dalla prospettiva dell'"ordine" a quella dell'"equilibrio", tipica delle società "complesse", è costituito dalla svolta epistemologica novecentesca, per il fatto che essa mette gradualmente in discussione la onnicomprensiva valenza euristica del nesso di causalità e conseguentemente rende "impensabile" la categoria razionale di "sistema".

La categoria della "complessità" legata a quell'"equilibrio", che costituisce la condizione per l'osservabilità della complessità stessa, coincide con una situazione strutturalmente imprevedibile, che si può soltanto constatare nel suo darsi nella contingenza. Infatti, il fatto osservato nell'istante è imprevedibile, essendo una possibilità tra le tante; sarebbe un *fatto diverso*, se osservato in un istante diverso.

E qui entra in scena Luhmann.

Trasferendo tale modello sul piano del sociale, inteso come ambiente *stabile*, occorre svolgere, intellettualmente, un'opera di "riduzione" delle possibilità, al fine di contenere e gestire la complessità stessa entro i limiti della "contingenza", la quale rimane sempre aperta, tuttavia, all'interazione con l'ambiente. Di conseguenza, la complessità sociale, e l'equilibrio, che deriva dalle operazioni di riduzione della complessità, si presentano come punti di stabilità possibile, dando forma ad un apparato di interazioni dal profilo piatto e orizzontale, radicalmente diverso da quella gerarchia verticale (e chiusa) dell'ordine, che caratterizza l'ordine istituzionale proprio dello Stato "moderno".

È noto come si debba a Niklas Luhmann l'applicazione della epistemologia della "complessità" alla comprensione delle dinamiche sociali e alla definizione di "ambiente sociale". Ed è altrettanto noto che l'epistemologia luhmanniana viene definita sistemico-funzionalista.

Passaggio semantico significativo: "sistemico" al posto di "sistematico".

Ricordando qui quanto ho già detto nelle pagine precedenti, il termine classico "sistematico" svolge una funzione teoretico-epistemica fortemente radicata nella tradizione metafisica; la conoscenza, che, per questa via, la ragione raggiunge, coincide con l'*unità* di ciò che è "Vero".

L'aggettivo "sistemico" introduce, come ho segnalato, una variazione significativa, poiché essa è determinata dal radicale abbandono di un qualsiasi riferimento metafisico. Il termine veicola sempre, infatti, un'idea di comprensione unitaria, con la differenza, però, che qui non si realizza una forma di trascendimento del molteplice nell'unità del Tutto, ma, più empiricamente, una "riduzione" di complessità a beneficio della condizione di abbracciare con un *unico atto osservativo*, con un unico sguardo, dunque, la molteplicità degli eventi-forze materiali colti nel loro *contingente equilibrio*.

Senza lo stato di equilibrio, determinato dal bilanciamento reciproco delle forze, la complessità sociale non sarebbe osservabile in modo unitario *come* una realtà. È qui che l'aggettivo "sistemico" mostra tutta la sua valenza epistemologica: da un lato mette in luce come il concetto di "realtà" non sia razionalmente disgiun-

gibile da quello di “totalità-unità”; dall’altro mostra l’utilizzazione della categoria classica nella nuova chiave empirico-osservativa.

La conseguenza è la seguente: “sistemico” sta qui a significare la sostituzione del nesso logico-causale tra eventi, con una mera interazione di bilanciamento funzionale con finalità di equilibrio compensativo, che le scienze della natura denominano “entropia”.

La lettura luhmanniana, che viene normalmente classificata come “funzionalistico-sistemica”, ha un esito epistemologico che mi sembra importante, perché, pur essendo radicalmente empiristica, mostra però la sua differenza con l’attuale pragmatismo.

Il funzionalismo sistemico produce, infatti, come suo esito applicativo, la lettura dell’ambiente sociale come articolata in “sotto-sistemi”, dotati ancora delle forme categoriali classiche, sia pure rilette in chiave puramente semantico-autoreferenziale, che si situano in reciproca distanza. È proprio quest’ultima, tuttavia, che rende leggibile un legame interattivo tra i sotto-sistemi, che si svolge secondo una dialettica funzionale.

Un esempio significativo, proprio per il presente contesto, è dato dalla permanenza categoriale della “dogmatica giuridica”, riletta, ora, come “funzione” di confine semantico del sottosistema giuridico, rispetto, specificamente per Luhmann, a quello politico. In tal modo si realizza un’autosufficienza del sottosistema giuridico rispetto al politico, al fine di tener ferma la funzione di controllo critico propria del *giuridico* rispetto alla normatività di origine politica, appunto²¹.

L’empirismo pragmatico contemporaneo, al contrario, non dà luogo a modalità di comprensione unitaria della complessità, ma conduce lo sguardo verso una situazione composta da una molteplicità di intersezioni, che fanno somigliare l’ambiente sociale, più che ad un sistema unitariamente comprensibile, ad un tessuto reticolare²².

È in quest’ultimo contesto che ritengo vada collocata la attuale nozione di *governance*, nella quale la visione di un *ambiente sociale complesso in equilibrio* deve essere rimodulata secondo una immagine di tipo puntistico-reticolare.

21 Cfr. N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer W., Stuttgart, 1974, tr.it., Bologna, 1978.

22 Negli ultimi anni l’applicazione della metafora, o del paradigma, della rete allo studio delle relazioni sociali e in particolare giuridiche è divenuta corrente: tra i testi fondamentali anche per un approccio filosofico-giuridico v., a titolo esemplificativo, M. Castells, *The Rise of the Network Society (The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. I), Cambridge-Oxford, 1996, trad. it. *La nascita della società in rete*, Bocconi University Press, Milano, 2002; A. L. Barabási, *Linked: How Everything is Connected to Everything Else and What it Means for Business, Science, and Everyday Life*, New York 2002, trad. it. *Link. La scienza delle reti*, Einaudi, Torino, 2004; F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 2002; P. Heritier, *Urbe-Internet. La rete figurale del diritto. Materiali per un ipertesto didattico*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2003; U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità. Dalla ‘polis primitiva’ di Socrate ai ‘mondi piccoli’ dell’informatica: un approccio evolutivo*, Giappichelli, Torino, 2006 (spec. pp. 135-171); A. Calbucci (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Guida, Napoli, 2009. Molto in anticipo sull’emersione del fenomeno di Internet, Enrico di Robilant applicava al diritto il modello della rete già in E. di Robilant, *Il diritto nella società industriale*, “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, L, 1973, pp. 225-262.

La *governance* implica, quindi, una, ancora, diversa considerazione sia del riferimento al *funzionamento di fatto* di un certo complesso organizzativo-istituzionale, in generale, sia di quello, specifico, relativo ad un determinato ambito di regolazione normativa.

Il modello che si delinea, attraverso questa prospettiva "regolativa", infatti, non solo non è *verticale*, ma neppure "sistemico" à la Luhmann; esso è *orizzontale e aperto*, come orizzontale e aperta è l'immagine di una rete composta da una molteplicità, *a priori indeterminabile*, di intersezioni tra eventi fattuali che realizzano un equilibrio compensativo.

È in quest'ultimo contesto che ritengo vada collocata l'attuale nozione di *governance*, nella quale la visione luhmanniana di un *ambiente sociale complesso in equilibrio* deve essere rimodulata secondo un'immagine di tipo puntistico-reticolare.

Per cogliere una conseguenza epistemologica sul piano della configurazione "classica" delle istituzioni rappresentative elaborate dalla modernità – che Luhmann (è bene sottolineare) non aveva messo in discussione, pur se rilette in chiave funzionalistico-sistemica²³ – non si può fare a meno di mettere in luce, sul piano politico-istituzionale, la problematica tenuta concettuale dell'idea di Stato di diritto e di democrazia rappresentativa e, su quello giuridico, proprio della categoria razionale di "ordinamento", fondato sulla legge come fonte prevalente se non esclusiva.

In particolare, utilizzare, sul piano politico, i modelli di *governance* come equilibrio puntistico-reticolare, dà luogo ad un esito paradossale, quale è quello costituito dalla contemporanea presenza di due fenomeni strutturalmente antitetici, che non riescono a disporsi in continuità tra loro, e neppure a dialogare, sia pure secondo una modalità dialettica.

Da una parte avanzano e chiedono spazio le prassi di democrazia immediatamente partecipativa, attraverso il diretto coinvolgimento, nei processi decisionali, di coloro che alle decisioni pubbliche dovranno attenersi. Dall'altra, emergono, con sempre maggiore capacità performativa, istanze "tecnocratiche", espressione diretta degli "interessi" di soggetti che, per la loro struttura socio-economica e anche istituzionale, non hanno per proprio fine il perseguimento del "bene" pubblico²⁴.

23 V.N. Luhmann, *Politische Planung*, Westdeutscher, Opladen, 1978; trad. it., *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli 1990. Peculiari sviluppi della teoria di Luhmann si trovano, come è noto, nel pensiero di Günther Teubner. A tal proposito cfr. il suo *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, trad. it., Milano 1996.

24 Nel linguaggio comune si usa il termine "interesse" in modo promiscuo, in relazione, cioè, sia al "privato" che al "pubblico". Nelle righe del testo, invece, ho volutamente utilizzato il termine "interesse" per la sfera dei soggetti "privati", destinando il termine "bene" al fine "pubblico". Questo perché l'"interesse" è legato al concetto di "bisogno" e il criterio di valutazione è soggettivistico-utilitaristico, proprio della sfera "privata"; il "bene", invece, evoca un ambito valutativo di tipo "oggettivistico" (per quanto ambiguo ed epistemologicamente problematico siano sia la categoria dell'"oggettività" sia quella di "bene"), che mi appare più appropriato per soddisfare la sfera "pubblica". Per questa ragione, la *costituzione pubblica* del soggetto-attore è una garanzia indispensabile, sia pure solamente "formale" (ma non potrebbe esserlo diversamente), rispetto alla *plausibile* finalità sociale degli atti performativi.

Sul piano giuridico, la crisi della democrazia rappresentativa si traduce nella crisi della legge “democratica” come fonte privilegiata dell’ordinamento, e quindi nella crisi degli elementi strutturali della generalità, dell’astrattezza, della pubblicità. Ciò conduce all’esaltazione di modalità contrattuali e giudiziarie che, snaturate rispetto alla loro classica funzione ordinamentale, si presentano come le matrici del “nuovo” diritto.

Ciò trova riscontro, ad esempio, nel darsi di prassi di *governance* in cui soggetti, la cui originaria costituzione pubblica e privata diviene indifferente, entrano in una relazione contrattuale in quanto meri *portatori di interessi*, con il fine di produrre una “regolazione” idonea a comporre tali interessi, in maniera che si ritiene più rapida e soddisfacente di quanto non possano fare gli strumenti ordinamentali.

Il ricorso a tale rete orizzontale di scambio tra soggetti pubblici e soggetti privati è reso possibile grazie a quella che potrei definire malleabilità strutturale delle figure contrattuali; in particolare, nei casi in cui queste prassi vengono utilizzate, attraverso diversi strumenti contrattuali, per la regolazione di attività che hanno evidenti ricadute, o addirittura finalità, sociali, è razionalmente legittimo chiedersi in quale rapporto si ponga il soddisfacimento dell’interesse generale rispetto alla composizione delle istanze soggettive dei contraenti, nell’inedito contesto determinato dalla indifferenza della loro costituzione giuridica²⁵.

È plausibile che, in via ipotetica, un tale processo possa essere letto come un’evenienza non nuova nella storia dell’esperienza giuridica; come una sorta, cioè, di riproposizione, sia pure in termini diversi, di quella vocazione pluralista tipica dell’epoca “pre-moderna”²⁶. La “plausibilità” di tale lettura deve tuttavia fare i conti con una differenza, che non può ridursi ad una mera diversità di forme comunicative.

Ciò di cui dovrebbe tenersi nel dovuto conto, infatti, è il nesso teoretico-epistemologico che lega la transizione dal “pre-moderno” al “moderno” e che distingue tale processo dalla contemporaneità.

Il pluralismo giuridico pre-moderno si muoveva su quello sfondo, comune anche alla modernità, incentrato sulla categoria epistemica dell’“ordine”, la quale si iscriveva in una ben determinata categoria temporale (come ho messo in luce in precedenza). Quello contemporaneo, per essere effettivamente inteso nel suo significato teorico, va messo in relazione, invece, con il contesto epistemologico costituito dal binomio “complessità-equilibrio”, nel quale la categoria temporale è costituita dalla sequenza *contingenza-istante* (puntistico-performativo).

In definitiva, la *governance* come metodica gestionale, non mi sembra possa essere rappresentata come un rinnovato pluralismo di fonti normative, poiché in un contesto caratterizzato dall’equilibrio regolativo nell’istante, non è possibile concettualizzare il termine “fonte”, che implica invece quell’idea di continuità temporale che consente di separare l’atto del governare da quello dell’ordine giuridico.

25 Cfr. quanto considerato nella precedente nota 18.

26 Cfr., il recente A. Gentili, “La sovranità nei sistemi giuridici aperti”, in *Politica del diritto*, 2, 2011, pp. 181-205, in part. pp. 203-205.

7. Considerazioni mosse dalla lettura dell'attualità

La sostituzione del concetto di "ordinamento giuridico" con quello di *governance* ha determinato alcune perdite per il diritto come "pensiero" e come "scienza". Per un verso, è evaporata la figura del "giurista" quale si è venuta costituendo tra Otto e Novecento (almeno per la gran parte di quest'ultimo), per un altro divengono irrilevanti o comunque "fuori contesto" quelle categorie concettuali che costituiscono il Diritto, dal punto di vista di una epistemologia scientifica, quali quelle che rinviano ad una distinzione di modelli di ragionamento giuridico tra ambito "pubblico" e "privato" e quelle che tematizzano figure dotate di specificità concettuale come, a titolo di mero esempio, "legge", "norma", "fonte", "soggetto di diritto", e via via, "competenza", "validità", "legittimazione", "responsabilità", "affidamento"... ecc.

In particolare, quell'autonomia o indipendenza di principio del giuridico rispetto al politico, riconosciuta come funzione storico-critica della "dogmatica" giuridica (che pure Luhmann riconosceva), al fine di non appiattare la giuridicità positiva sulla volontà del legislatore politico o sul decisionismo giudiziario, non ha realizzato, tuttavia, in taluni passaggi cruciali del XX secolo, una efficace interdizione alle degenerazioni autoritarie della politica. Da qui una qualche insofferenza per l'equazione, ritenuta sbrigativa (e non a torto), tra "ordine del diritto" (*Ordnung des Rechts*) e "ordinamento giuridico" (*Rechtsordnung*).

Distinzione che era stata chiaramente categorizzata, nel secolo ancora precedente (il XIX), dalla Scuola Storica, differenziando concettualmente la *Ordnung des Rechts* dalla *Rechtsordnung*²⁷ e che faceva sentire il suo peso anche in modelli metodologici che muovevano dalla primaria considerazione del sostrato socio-politico, come, per esempio quello della *Interessenjurisprudenz*, o in settori del diritto diversi dal diritto privato, quale quello del diritto pubblico²⁸.

Ma tale profilo, nel presente contesto, non mi appare tanto significativo, quanto un altro; quello che chiama in causa i soggetti culturali che, soprattutto nel secondo dopoguerra italiano, manifestano la segnalata insofferenza: penso a quelle aree

27 Sul punto, cfr., da ultimo, il recentissimo M. Fioravanti, "La crisi dello Stato liberale di diritto", in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011, pp. 81-93, in part. pp. 84-86.

28 Cfr. K. Larenz, *Methodenlehre und Wissenschaft*, Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, trad. it. Milano, 1966; K. Larenz, *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, C.H. Beck, München, 1979; W. Wilhlem, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Mein, 1958, trad. it. Milano, 1974; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 voll., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967; P. Cappellini, *Systema Iuris*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1984; mi permetto di aggiungere a questi "classici" il mio *Arbitrio normativo e sapere giuridico. ...a partire da Puchta*, Giuffrè, Milano, 1984. Cfr., anche, le modalità argomentative con le quali Luigi Mengoni distingueva tra la *Begriffsjurisprudenz* di Savigny e il formalismo pandettistico di Windscheid, che si proietta nella purezza normativa della *reine Rechtslehre* kelseniana (cfr., H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, trad. it. Torino 1966, in part. p. 9), nella relazione tenuta al XXIV convegno nazionale dell'U.G.C.I. (Roma 1973), dal titolo "Diritto e politica nella dottrina giuridica", in *Iustitia*, 1974, ora in L. Mengoni, *Metodo e Teoria giuridica. Scritti I*, Albanese A., Castronovo C., Nicolussi A. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 149-164, in part. p.150.

di pensiero che rappresentano il neo-giusnaturalismo cattolico, da un lato, ed il materialismo storico, dall'altro.

La dialettica culturale e politica istauratasi tra queste due linee di pensiero ha fatto sì che si trascurasse quel riferimento alle filosofie fenomenologiche ed ermeneutiche del '900, alle quali un importante filosofo del diritto del secolo scorso, Sergio Cotta²⁹, ha rivolto riflessioni tanto significative, quanto inascoltate. Se così non fosse stato, molte questioni che investono la nostra attuale società e che chiedono interventi normativi, anziché delegare le decisioni di contenuto all'etica (terreno sociologicamente sdruciolevole), avrebbero potuto trovare una risoluzione all'interno di una appropriata razionalità giuridica, scientificamente fondata.

La conseguenza è stata che il dispiegarsi argomentativo di quelle due linee culturali egemoni, ha messo in seria discussione il sostegno "scientifico" su cui si reggeva la prospettiva ordinamentale (qui, genericamente intesa). L'uno, in nome di una precedenza dei "valori" sulle norme "poste", sottovalutando in qualche misura, quindi, la funzione fondante della dimensione "scientifica"; l'altro, in virtù di una chiave di lettura "materialistico-prassistica" della realtà sociale, mettendo in radicale discussione l'idea di "sistema", in quanto strumento mistificante la finalità "classista" delle categorie costruite dalla tradizione giuridica. Sono anni, soprattutto quelli a cavallo dei decenni '70 e '80, di un dibattito molto acceso, scientificamente acuto e culturalmente "plurale". Non ho bisogno di ricordare, a titolo di esempio, opere a tutti note, quali, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* di Nicolò Lipari (Bari 1974), *L'uso alternativo del diritto (I. Scienza del diritto e analisi marxista; II. Ortodossia giuridica e pratica politica)* di Pietro Barcellona (Bari 1973), *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* di Stefano Rodotà (Bologna 1981), *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny* di Aldo Schiavone (Roma-Bari 1984), *Diritto e Valori* di Luigi Mengoni (Bologna 1985). A questi si aggiungano due testi di autori non italiani, ma che hanno avuto larga circolazione in Italia in quegli anni, significativi per farne comprendere il clima culturale; penso a *Rechtswissenschaft* di Rudolf Wiethölter (Frankfurt am Main 1968) e a *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique* di François Ost e Jacques Lenoble (Bruxelles 1980).

Tale situazione, di profonda problematizzazione critica della giuridicità scientifica in senso categoriale, finì per aprire la strada (da un lato, per una sorta di eterogenesi dei fini e, dall'altro, per una presa di distanza da ragionamenti giuridici che apparivano troppo ideologicamente condizionati) a quel pragmatismo normativo che gradatamente veniva emergendo già a partire dagli anni '80. Per poi imporsi, in vario modo, negli anni '90, soprattutto per mano del legislatore politico, che trascurava la funzione metodologica della riflessione teorica, come strumento indispensabile per l'armonizzazione ordinamentale delle innovazioni normative³⁰.

29 Cfr., in part., S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, Milano, 1981 e S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di un'ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985.

30 Mi limito ad indicare un solo caso, ma piuttosto macroscopico, di innovazione legislativa che, nei suoi esiti finali, risulta ispirata più ad un pragmatismo di corto respiro che ad una seria riflessione scientifico-sistematica: è quello rappresentato dalla nuova disciplina delle società commerciali, su cui v., almeno, G. Visentini, "I principi della società per azioni come istituto giuri-

Si pensi ai testi di ricostruzione-denuncia, scritti, con la penna di un "positivista" convinto, da Natalino Irti a partire da *L'età della decodificazione* (la cui prima stesura risale al 1978 fino alla quarta edizione, riproposta dalla Casa editrice Giuffrè nel 1999), passando per il successivo *Scuole e figure del diritto civile* (vol. I), Milano 1982 e poi *I cinquant'anni del codice civile*, Milano 1992, fino al recentissimo *Diritto senza verità* (Bari 2011)³¹.

La svolta in senso "pragmatico" si radica nell'affermarsi di un più ampio e deciso contesto culturale: quello, appunto, empiristico di derivazione anglosassone e nord-americana.

Il tema della "soggezione alla legge" (pur nelle diverse modalità di interpretazione consentite dall'ordinamento) diviene, *nei fatti*, superato, proprio per l'affermarsi di un pragmatismo che ha prodotto il primato degli effetti al posto della congettura causalistica; un modo elegante per introdurre un orizzonte fattualmente decisionistico. Il sopravvivere, infatti, del modello congettural-categoriale non appare più adeguato alle esigenze regolative proprie della attuale visione del mondo. Tale tema, infatti, nella prospettiva di molti, magistrati e dottrina, non sarebbe in grado di fronteggiare efficacemente le richieste di giustizia della società contemporanea. Occorre incamminarsi, allora, in quello che ormai viene definito "diritto vivente", che si costruisce non più tramite l'interpretazione, ma attraverso una sorta di "oltrepassamento", secondo la felice definizione di Mario Barcellona³². "Il giudice – scrive, ad esempio, Tomaso Epidendio³³ – è sempre meno il tecnico che effettua operazioni di 'sussunzione' del fatto nella fattispecie descritta dalla norma ed è sempre più l'autore diretto di 'bilanciamenti' di valori, attraverso i quali ricostruisce il senso e seleziona le disposizioni applicabili [...]. Da organo soggetto 'soltanto' alla legge' [...] il giudice finisce per risultare non più soggetto a nulla: inebriato da una libertà mai prima conosciuta, non si avvede di perdere la radice costituzionale della sua legittimazione giudicante".

È vero, per restare ancora nel testo, che non si può restare *laudatores temporis acti* (neppure è possibile assumere l'accadere come l'ineluttabilità del fato – avrebbero detto gli antichi), ma occorre ancora esercitare la libertà intellettuale propria dello spirito critico formatosi nella tradizione filosofica e culturale della Modernità (con tutti i suoi inevitabili difetti).

dico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma", in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, pp. 924-947; Id., "I problemi dell'attuale disciplina delle società per azioni: esposizione per temi e ipotesi di disposizioni", in *Economia italiana*, 2007, pp. 297-341, nonché F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010.

31 Né va dimenticato l'approfondito studio critico di M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006.

32 M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, Mucchi, Modena, 2022. Cfr., anche, due testi significativi per l'attuale dibattito interno alla dottrina civilistica italiana C. Castronovo, *Eclisse del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015 e S. Mazzamuto, *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra, *Trattato del diritto privato. Tomo II*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2021.

33 T. Epidendio, "La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura", in *Giustizia Insieme*, maggio 2022.

Bibliografia

- Scoditti, E., “La pretesa di giustizia nel diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi”, in *Questione Giustizia*, 1, 2021.
- Agamben, G., *Filosofia prima filosofia ultima. Il sapere dell'Occidente fra metafisica e scienze*, Einaudi, 2023.
- Lipari, N., “Il diritto civile tra passato e futuro”, *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2021.
- Perlingieri, P., *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, ESI, 2021.
- Lyotard, J.F., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, 2014.
- Stengers, I., Prigogine, I., *La Nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, Einaudi, 1999.
- Maffei, L., *Elogio della lentezza*, Il Mulino, 2014.
- Wieacker, F., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Fischer-Taschenbuch Verlag, 1974.
- Wieacker, F., *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Ernst von Caemmerer, Müller, 1960.
- Alexy, R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998.
- Berti, E., *In principio era la meraviglia*, Laterza, 2007.
- Cavalla, F., *All'origine del diritto. Al tramonto della legge*, Jovene, 2011.
- Fraser, J.T., *Time. The Familiar Stranger*, The University of Massachusetts Press, 1987.
- Kant, I., *Kritik der reinen Vernunft*, 1781.
- Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten*, 1797.
- Popper, K., *The Logic of Scientific Discovery*, Basic Books, 1959.
- Luhmann, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer W., 1974.
- Castells, M., *La nascita della società in rete*, Bocconi University Press, 2002.
- Barabási, A.L., *La scienza delle reti*, Einaudi, 2004.
- Ost, F., van de Kerchove, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.
- Heritier, P., *Urbe-Internet. La rete figurale del diritto. Materiali per un ipertesto didattico*, Giappichelli, 2003.
- Pagallo, U., *Teoria giuridica della complessità. Dalla 'polis primitiva' di Socrate ai 'mondi piccoli' dell'informatica: un approccio evolutivo*, Giappichelli, 2006.
- Calbucci, A. (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Guida, 2009.
- di Robilant, E., “Il diritto nella società industriale”, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, L, 1973.
- Luhmann, M., *Politische Planung*, Westdeutscher, Opladen, 1978.
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, 1989.
- Gentili, A., “La sovranità nei sistemi giuridici aperti”, in *Politica del diritto*, 2, 2011.
- Fioravanti, M., “La crisi dello Stato liberale di diritto”, in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011.
- Larenz, K., *Methodenlehre und Wissenschaft*, Berliner Wissenschafts Verlag, 1960.
- Larenz, K., *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, C.H. Beck, 1979.
- Wilhelm, W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, 1958.
- Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 voll., Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- Cappellini, P., *Systema Iuris*, 2 voll., Giuffrè, 1984.
- Montanari, B., *Arbitrio normativo e sapere giuridico. ...a partire da Puchta*, Giuffrè, 1984.
- Mengoni, L., *Metodo e Teoria giuridica. Scritti I*, Albanese A., Castronovo C., Nicolussi A., Giuffrè, 2011.

- Cotta, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, 1981.
- Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di un'ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, 1985.
- Visentini, G., "I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma", in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004.
- Visentini, G., "I problemi dell'attuale disciplina delle società per azioni: esposizione per temi e ipotesi di disposizioni", in *Economia italiana*, 2007.
- Guerrera, F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2010.
- Barcellona, M., *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, 2006.
- Barcellona, M., *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, Mucchi, 2022.
- Castronovo, C., *Eclisse del diritto civile*, Giuffrè, 2015.
- Mazzamuto, S., Nivarra, L., *Trattato del diritto privato. Tomo II*, Giappichelli, 2021.
- Epidendio, T., "La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura", in *Giustizia Insieme*, 2022.

Mario Barcellona*

*Uso alternativo e diritto vivente: gli snodi di un confronto
e i tempi cambiati*

I ringraziamenti, all'inizio di ogni convegno, sono d'obbligo. Ma questi mi vengono dal profondo, e sono rivolti innanzitutto a Bruno Montanari, che, con affetto e spirito d'altri tempi, ha concepito questa iniziativa e la ha dedicata al ricordo di mio fratello Pietro nel decimo anno dalla sua scomparsa. E con Lui voglio pure ringraziare le Professoressa Marisa Meli e Delia La Rocca: entrambe hanno gestito come meglio non si poteva gli indispensabili supporti che le Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze Politiche, dove Pietro per tanti anni aveva insegnato, hanno voluto aggiungere al generoso contributo elargito dal Magnifico Rettore, prof. Francesco Priolo.

Pietro era stato l'anima e il regista del convegno sull'Uso alternativo del diritto, che cinquant'anni fa aveva inaugurato una nuova stagione delle riflessioni giuridiche nel nostro Paese. Quella nuova stagione fu tanto feconda quanto breve: dopo dieci anni, all'incirca, lo scenario sociale, politico ed economico, nel quale essa aveva preso forma, cambiò in modo repentino e radicale. Sicché di uso alternativo del diritto si prese a parlare solo come di una cosa del passato, e, per questo, a parlarne in termini così "politicamente" generici da dimenticare le divaricazioni teoriche che in esso erano maturate. Ma i temi e le questioni, che quella stagione aveva messo a fuoco, continuano a interrogare il ceto giuridico. E continuano ad offrire a queste interrogazioni punti di vista teorici e strumenti di analisi che anche nel tempo presente appaiono indispensabili. Da qui nascono il senso e le ragioni di un confronto col modo in cui si concepisce e si rappresenta oggi il diritto nelle aule di giustizia, nella produzione dottrinale e nell'insegnamento universitario, e che nella categoria del diritto vivente trova la sua prevalente espressione.

1. Uso alternativo del diritto e Diritto vivente: tempi nuovi e

Sull'idea, di Bruno Montanari e mia, di interrogarsi sul rapporto tra *Uso alternativo e Diritto vivente* mi sembra utile soffermarsi innanzitutto poiché questo può giovare a chiarire meglio ciò su cui questo convegno ci chiede di interrogarci. Le distanze che li separano sembrerebbero irriducibili ai 20/30 anni intercorsi tra

* mbarcellona@lex.unict.it, Professore di Diritto civile, ha insegnato nell'Università di Catania.

il convegno che iscrisse l'Uso alternativo nella storia giuridica del Novecento e l'aperto avvento del Diritto vivente nelle aule di giustizia e nei discorsi dei dottori.

Queste distanze si possono cogliere su tre piani:

i. Sul piano del rapporto tra diritto e società.

Il tempo trascorso tra il convegno sull'Uso alternativo e l'avvento aperto del Diritto vivente segna il passaggio dalla società "attiva" degli anni '60 e '70 del Novecento, alla società passiva degli ultimi due decenni del secolo: l'Uso alternativo è figlio del conflitto, mentre il Diritto vivente è figlio della sua successiva latenza.

ii. Sul piano del rapporto tra diritto e politica.

L'Uso alternativo muove dal confronto/scontro con una politica forte e presente, mentre il Diritto vivente cresce nel tempo dell'incipiente "morte della politica": il primo si rivolgeva alla politica per contestarla e/o per offrirle supporto teorico e progettuale, mentre per il secondo si è trattato di operare entro un campo dove la politica non c'è, o non c'è speranza che si smuova dalla inerzia/impotenza che generalmente le si imputa.

iii. Sul piano del pensiero.

L'Uso alternativo è immerso nel tempo del pensiero, mentre il Diritto vivente vive nel tempo – che Montanari ha brillantemente definito – del post-pensiero: il primo muoveva da categorie e mirava alla loro critica e, insieme, alla messa a punto di altre categorie, mentre il secondo muove dal caso e dalla contingenza e immagina di costruire a partire da essi un altro diritto, non imbrigliato entro un sistema di concetti e di *rationes*.

2. ...antiche questioni

Eppure, queste distanze non impediscono che tra l'Uso alternativo (o – meglio – una parte delle posizioni che in esso si precisarono) e il Diritto vivente corra un filo, all'apparenza, forte e riconoscibile.

Questo filo si coglie su diversi piani.

i. Innanzitutto, su di un piano empirico (o – meglio – su quel piano che investe il modo di concepirsi e concepire quel che si fa).

Il Diritto vivente sembra riproporre un modo "missionario" di intendere il rapporto tra i giuristi e il diritto, che ripropone il modo in cui lo avevano inteso i giudici che della formula dell'Uso alternativo erano stati gli inventori e che in quel Convegno di cinquant'anni fa si opposero strenuamente all'approccio cognitivo dell'"accademia di sinistra" e alla primazia della politica che essa promuoveva.

ii. Ma, soprattutto, si coglie su di un piano eminentemente teorico.

Le questioni di teoria giuridica che la considerazione del Diritto vivente oggi solleva sembrano, alla fine, largamente sovrapponibili a quelle che emersero nel corso di quel Convegno e che dominarono il dibattito che nei successivi dieci anni lo seguì.

Da questo secondo profilo muove, per l'appunto, l'intenzione di questo convegno.

L'ipotesi, che sta alla base di quest'intenzione e che viene sottoposta alla discussione, è, infatti:

a) che le perplessità che accompagnano l'attuale dottrina del Diritto vivente trovino molti dei loro termini e delle loro ragioni nelle riflessioni maturate a partire da quel Convegno di tanto tempo fa e, segnatamente, nel confronto che in esso vide opporsi l'"accademia di sinistra" (ma non solo) alla magistratura militante;

b) che quel Convegno abbia segnato il definitivo tramonto delle grandi narrazioni che avevano dominato i cent'anni a cavallo del Novecento, e soprattutto quella dell'autarchia del ceto giuridico, che tanto la dottrina giuridica che la giurisprudenza avevano coltivato, e quella dell'autosufficienza, su cui, rispettivamente, avevano fatto conto, della *scientia juris* e della *jurisprudencia*;

c) che da allora il pensiero giuridico non sia più riuscito a teorizzare i rapporti del diritto con il mutamento sociale ed a riassetare i rapporti tra tutto quello che sta nel mezzo di queste due cose, e cioè tra la politica che dà (o ha dato) corpo alla legge e la giurisdizione che nel nome della legge è chiamata a dirimere i conflitti.

3. I nodi che ritornano: ordine, interpretazione e legittimazione

Il Convegno sull'Uso alternativo e il dibattito che ne seguì misero a tema tre questioni cruciali:

i. se la legge sia istitutiva di/incorpori un ordine positivo, riconoscibile e vincolante;

ii. se la sua interpretazione possa ambire ad oltrepassare quest'ordine;

iii. in nome di chi o di cosa la decisione (del giudice, supportata o meno dal c.d. pensiero dotto) può prendere il posto della legge e come questa sostituzione retroagisce sul pensiero generale della società e delle sue istituzioni.

Con queste tre questioni, perciò, questa discussione è, a mio avviso, auspicabile che provi a confrontarsi, o, più esattamente, che su di esse provi ad interrogare le dottrine e le prassi che si sono venute solidificando in questo tempo e che prendono il nome di Diritto vivente

Una precisazione mi sembra, però, necessaria circa il modo con cui interrogare queste dottrine e queste prassi affinché questo confronto possa essere proficuo: questo modo non deve essere accomodante, ma ha da essere – per così dire – radicale, nel senso che ha da muovere dalle radici dei discorsi e guardare senza condiscendenza a quel che, a rigore, da essi consegue.

L'intendersi suppone necessariamente il capire e per capire occorre, innanzitutto, "prendere in parola" il pensiero dell'altro, ossia – come direbbe R. Dworkin – "prenderlo sul serio". E "prenderlo sul serio" un discorso significa misurarlo su quel che implicano, in ultima istanza, le sue proposizioni e rappresentare, senza compromessi, l'alternativa che, alla fine, esse prospettano. Significa, in altri termini, andare al fondo delle questioni e da lì chiamare al confronto.

In questo modo e con questo spirito accennerò, brevemente, a quel che a me sembra stia al fondo delle tre questioni tematizzate dal Convegno sull'Uso alternativo e agli interrogativi che esse rivolgono, oggi, alla dottrina del Diritto vivente.

4. La legge: ordine o pretesto

La prima questione è “se la legge sia istitutiva di/incorpori un ordine positivo che istituisca vincoli”.

Questa, a prima vista, potrebbe sembrare una questione fuori-luogo, la quale prelude ad una risposta scontata: nel linguaggio (un tempo) comune dei giuristi, infatti, diritto/legge e ordinamento si intendono pressoché come sinonimi.

Il fatto è, però, che le risposte che si mettono insieme muovendo dal Diritto vivente non sembra siano propriamente compatibili con questa identità di diritto e ordine.

A parte tutto, l'idea di ordine implica, necessariamente, un rapporto tra il passato ed il futuro: l'ordine giuridico è proiettato verso quello che avverrà e racchiude la pretesa che avvenga nel modo in cui è stato progettato che avvenga. L'ordine giuridico, dunque, suppone un passato che ipotoca il futuro o – meglio – qualcosa che è dato prima per “misurare” quel che avverrà dopo.

Tutte le idee della legge e del diritto muovono da questo postulato: per restare al Novecento, dall'idea di H. Kelsen che rappresenta la norma come un imperativo ipotetico, alla definizione che N. Luhmann dà del diritto come di una strategia sociale per la quale un'aspettativa è confermata (con la sanzione) nonostante possa essere di fatto delusa.

La domanda è, allora: come è possibile un ordine quando quel che dovrebbe darsi prima, l'ipotesi di fatto di Kelsen o l'aspettativa e la strategia che la conferma di Luhmann, non c'è. E non c'è perché – come dice il Diritto vivente – il diritto si dà solo nel momento stesso in cui il fatto o la delusione vengono al giudizio e sono decisi.

Non si tratta – si badi – del vecchio e discutibile argomento della certezza del diritto, ma piuttosto della natura stessa della decisione e del diritto che in essa prende corpo: il diritto, così, non si darebbe più come un *a priori* del conflitto, bensì come nudo potere di deciderne *ex post* il torto e la ragione. E questo – come appresso si accennerà – muta il senso di questa questione.

Nell'implicito del modo di vedere che va sotto questo nome sembra esserci l'idea che il Diritto vivente non assume che non ci sia un *a priori* della decisione, ma si limita soltanto a negare che questo *a priori* si trovi nella legge (o solo nella legge).

Ma, se così, il Diritto vivente dovrebbe quanto meno indicare dove si trovi quest'altro *a priori* e chiamarlo, infine, col suo nome.

Nel passato, quest'altro *a priori* è stato indicato nei valori universali ed ha preso il nome di Diritto naturale. Ma dopo la critica che la filosofia del Novecento ha fatto della metafisica e della universalità dei valori (rispettivamente, e soprattutto, con M. Heidegger e F. Nietzsche) riproporre queste genealogie della decisione sembra difficile, e comunque rimane soggetto a oneri dimostrativi di cui non si ha traccia.

E difatti, il Diritto vivente non lo fa. Ripiega, piuttosto, sulla “giustizia” e/o sulla “coscienza sociale”. Ma tutti sanno che la “giustizia” non è nient'altro che il Diritto naturale scritto in minuscolo. E la “coscienza sociale” pone – come appresso proverò a precisare – il non meno arduo problema di sapere se ci sia, cosa sia e a che titolo si può pretendere di farsene portavoce.

Le versioni miti del Diritto vivente non escludono la legge dall'universo del comando giuridico ma si limitano a postulare una doppia fonte del diritto, una fonte legale positiva e una fonte extra-positiva (magari legittimata da "dilatate" lacune della legge e da un generoso intendimento delle clausole generali che essa contiene). In fondo – si potrebbe aggiungere – è questo quel che sostenevano le concezioni moderate del Diritto libero (o della libera ricerca del diritto, della *Freirechtbewegung*), alle quali il Diritto vivente talvolta viene accostato o fa esso stesso riferimento.

Ma neanche questo sarebbe sufficiente.

Un tale intendimento dualistico del diritto, infatti, si ritrova di fronte ad un'alternativa radicale, che si prospetta nei termini che seguono:

– o il conflitto di fonti è composto in una gerarchia, ossia è composto da una regola di prevalenza che determina se, quando e come, si fa luogo all'applicazione di una fonte o dell'altra, e allora il Diritto vivente sta tutto dentro il paradigma tradizionale e l'autocomprensione, che traspare dal nome che si è dato, appare ingannevole: si direbbe "molto rumore per nulla";

– oppure una gerarchia non c'è e la prevalenza è stabilita, alla fine, da chi decide, ed allora il Diritto vivente si ritrova impantanato nel problema di spiegare da dove chi decide attinge le ragioni e la legittimazione per decidere.

A rigore, quest'ultima sembrerebbe la risposta che si trae dalle proposizioni più accreditate della dottrina del Diritto vivente. Ma questa risposta, oltre alla domanda sulla legittimazione, porta con sé un interrogativo di fondo: come si concepisce il diritto una volta che sia privato della categoria dell'ordine e del vincolo che la accompagna e, più in generale, che sistema sociale è quello che viene da un tale corto-circuito di legislazione e giurisdizione.

Ma se si mettono insieme i due interrogativi che sono venuti emergendo dal ragionare su questa prima domanda (ossia: "che diritto è questo del Diritto vivente che non si dà più come *a priori* del conflitto e che si lascia cogliere solo *ex post* dalla sua decisione" e "come si concepisce il diritto, e poi una società, quando siano così privati della categoria dell'ordine") ci si avvede che la questione del rapporto tra diritto e ordine va oltre lo stesso Diritto vivente e investe, più in generale, non solo lo stesso modo d'essere del diritto in questo tempo e il modo di intenderlo e rappresentarlo, ma anche il suo rapporto con la società e lo stesso modo d'essere di questa. E li investe (l'uno e l'altro) con una domanda radicale: in questa separazione, che il Diritto vivente postula, del sistema giuridico dalla categoria dell'ordine non c'è più spazio per la ragione oppure si dà pur sempre una ragione secondo la quale si possa comprendere lo stesso abbandono della ragione? O – se si vuole – c'è, alla fine, un ordine in questo disordine che sembra prenderne il posto?

5. La decisione: interpretazione o creazione

La seconda questione è "se l'interpretazione della legge possa ambire ad oltrepassare l'ordine che questa, almeno fino a poco tempo addietro, in qualche modo incorporava".

La questione dell'interpretazione e dei suoi limiti si pone solo quando si riconosca che, in qualche maniera, la legge incorpori un ordine ed istituisca un vincolo (per chi deve applicarla).

Rivolgere al Diritto vivente una questione del genere potrebbe sembrare, perciò, un fuor d'opera, dal momento che, a "prenderlo sul serio", esso sembra negare la preesistenza di un vincolo alla legge scritta e che senza di questo vincolo il problema dell'interpretazione non si pone neanche (o – se si vuole – muta/capovolge il suo oggetto).

E tuttavia considerare questa questione sembra necessario per il fatto che il Diritto vivente attinge gran parte delle sue ragioni proprio dalla teoria dell'interpretazione o, più esattamente, dalla critica delle vecchie, ormai improponibile e fin dall'inizio solo metaforiche, sue concezioni dichiarative.

Nell'opinione comune di giudici e dottori che professano il Diritto vivente la verità dei suoi assunti è asseverata dal fatto empirico che l'interpretazione non è mai dichiarativa, ma, sempre e necessariamente, creativa: il diritto è vivente perché si è emancipato dalle morte formule della legge scritta.

Nelle versioni più colte a fondamento teorico di quest'assunto empirico si adducono l'ermeneutica filosofica, e talvolta anche le versioni più radicali dello scetticismo analitico. Ma nessuno di questi due riferimenti, seppur per ragioni opposte, sembra in grado di scongiurare ogni perplessità.

Non sembra che questo sostegno gli possa venire dall'ermeneutica filosofica, perché questa, al contrario, teorizza proprio il suo opposto.

L'ermeneutica filosofica (M. Heidegger), dice, infatti, che non si dà alcun accesso al significato di un testo se non si dia prima una costitutiva "familiarità" tra l'"orizzonte del testo" e l'"orizzonte dell'interprete". Vi è, dunque, in questo pensiero una radicale differenza tra l'interpretazione di un testo e la libera creazione di un significato: la prima ricorre solo se si dia una "continuità" tra il testo e la proposizione che si mette al suo posto, la quale suppone un orizzonte comune e si sviluppa attraverso un "dialogo" tra un testo che parla e un interprete che lo interroga e si pone all'ascolto (il c.d. circolo ermeneutico). Fino al punto che, in chi di più ha sviluppato questo pensiero (H.G. Gadamer), si legge che il presupposto basilico dell'interpretazione è la fedeltà dell'interprete, e cioè la circostanza che l'interprete riconosca l'obbligatorietà della legge e si concepisca come esso stesso obbligato verso di essa.

Cosa debba intendersi con la familiarità di Heidegger o con la fedeltà di Gadamer non è, ovviamente, scontato. Ma è certo che l'una e l'altra implicano, alla fine, l'idea dirimente che si dia una distanza tra l'interpretare uno spartito musicale e il suonare la propria musica e che questa distanza sia costituita dal vincolo della prima ad un *quid* che le preesiste, che la seconda, invece, non subisce.

Il Diritto vivente, stando a quel che dice di sé, sembra, invece, immaginare di suonare una musica senza spartito: la coscienza sociale, alla quale esso per lo più si appella, infatti, in ogni caso sta fuori dal testo, si pone in un altro orizzonte e, soprattutto, non è astretta da alcun vincolo di fedeltà.

Dunque, il Diritto vivente: o si ancora alla filosofia ermeneutica e riconosce di sottostare ad un vincolo, rinnegando la sua pretesa di indipendenza dalla legge oppure rischia di risolversi in una congettura senza teoria. Il che, trattandosi dell'esercizio di un potere sugli altri, non è poco.

Diversamente, lo scetticismo analitico, nelle sue versioni più radicali, sembra, invece, dar ragione al Diritto vivente. Esso postula, infatti, l'inconoscibilità del significato della legge e la conseguente irrecuperabile discontinuità tra l'enunciato normativo e la proposizione che lo interpreta, sicché quella che vien detta interpretazione non sarebbe altro che – come diceva G. Tarello – retorica o propaganda.

I dubbi che solleva questo radicale scetticismo semantico a proposito del diritto e della sua lingua sono, però, altrettanto radicali. In fondo, gli uomini non hanno altra risorsa comunicativa che il linguaggio e non sembra si possa dire che questo abbia loro impedito di trasmettersi sentimenti e pensieri. E non si capisce perché mai di una tale efficacia comunicativa dovrebbe essere privo, proprio e solo, il linguaggio giuridico, che, addirittura, (dal Codice Hammurabi) ha scelto la scrittura proprio per garantirselo al massimo. Ma soprattutto non si capisce perché mai dovrebbe essere intellegibile la proposizione che interpreta un enunciato e, invece, non dovrebbe esserlo, già prima, l'enunciato stesso.

Allo scetticismo semantico che investe il testo, infatti, non può, di certo, sfuggire la sua stessa interpretazione, e tanto meno la "giustizia" o la "coscienza sociale" che essa chiama in soccorso. Non solo l'interpretazione, ma anche la "giustizia", infatti, si dà soltanto nella parola. E, allo stesso modo, la "coscienza sociale" non comunica *ex se* e deve, pur essa, essere detta attraverso opinioni e proposizioni, le quali son fatte di parole, che devono anch'esse essere interpretate. Né cambia granché se con essa ci si volesse riferire alle prassi, ai fatti, visto che, già più di cent'anni fa, F. Nietzsche aveva avvertito che "non ci sono fatti ma interpretazioni": il passaggio dalla prassi ai "valori", che essa manifesterebbe, implica, sempre, un discorso che procede, necessariamente, dalla parola ed approda ad altre parole. Con il risultato che il Diritto vivente si risolverebbe nella singolare proposta di sostituire ad un enigma, quello del testo, un altro enigma, quello della sua interpretazione e dei suoi ascendenti extra-testuali.

Il Diritto vivente, perciò, rimane, alla fine, travolto dallo scetticismo generale che, filosoficamente, sopraffà lo scetticismo regionale delle correnti più radicali dell'analisi del linguaggio giuridico, che esso chiama a proprio fondamento.

Con la conseguenza che il fondamento del Diritto vivente non starebbe in un qualche esito incontrovertibile della ragione o in una qualche autoevidenza della prassi, ma semplicemente in un atto di volontà, nella decisione di prendere il posto della legge.

D'altra parte, e infine, se l'interpretazione ha lo statuto epistemologico della "propaganda", e cioè della politica, allora l'interrogativo che necessariamente ne viene è quello posto dalla terza questione, e cioè in nome di chi e con quale legittimazione l'interprete (che interprete non è più) decide la politica che consegna ai suoi *dicta* e che impone con la *force de loi* all'intera società.

6. Nel nome di chi: legge o giurisdizione ovvero *polis* o élite, ma fino a quando e per conto di chi

La terza questione è: “in nome di chi o di cosa la decisione può prendere il posto della legge e come questa sostituzione retroagisce sul pensiero generale della società”.

Tutte le considerazioni che si son fatte fin qui hanno posto in primo piano la questione della legittimazione. Ma questa questione apre l’orizzonte di questa discussione al rapporto del Diritto vivente con il pensiero della società, e cioè, alla fine, con la stessa idea democratica.

Gli antichi dei sono morti proclamava F. Nietzsche. Ma – verrebbe da dire – i giuristi se ne sono inventati di nuovi: il Novecento ha accompagnato il vecchio Diritto naturale al cimitero degli dei, ma il Diritto vivente ha provveduto a ripopolare l’Olimpo con la Coscienza sociale e con la Comunità di linguaggio.

Occorre, perciò, chiedersi che dei sono mai questi (nuovi dei).

Già nelle società industriali – spiegava E. Durkheim – la coscienza collettiva si frammenta in sottogruppi di valori e permane in generale solo come senso dell’appartenenza ad una medesima società, come coscienza del legame sociale. E difatti, su temi civili come quelli dell’aborto, del fine-vita, del suicidio assistito, delle coppie omosessuali o della procreazione eterologa e della relativa filiazione si registrano ancora, e in tutto l’Occidente, spaccature sociali e politiche estreme e si conducono battaglie elettorali senza quartiere. E ancor peggio avviene, seppur sotto-traccia, nel campo delle relazioni economiche dove vige la moltitudine dei rapporti diseguali e la percezione dei membri di una società si frammenta secondo le loro disegualianze: la “coscienza sociale” di Amazon non sarà mai quella dei suoi dipendenti.

Dunque, al posto della Coscienza sociale, dalla quale il Diritto vivente vorrebbe attingere il fondamento delle sue decisioni, esistono, piuttosto, tante coscienze sociali quante sono le condizioni spirituali e materiali di esistenza dei membri di una comunità.

Questo significa, però, che il riferimento alla Coscienza sociale, implica sempre una scelta tra le molte coscienze che abitano le odierne società.

Ne segue, allora, l’ulteriore interrogativo: chi sceglie la “coscienza sociale” da assumere, volta a volta, a criterio del decidere, e con quale legittimazione.

Su quest’interrogativo il Diritto vivente, di solito, sorvola o, quando non lo fa, si appella, con le sue espressioni più colte, alla comunità dei parlanti ed alla ragione discorsiva (e/o pratica): la coscienza sociale, che trapassa (*rectius*: è fatta trapassare) nell’universo del diritto, è quella che si forma nella comunità dei parlanti secondo le regole della ragione discorsiva di J. Habermas. Questa comunità dei parlanti, però, non è altro, alla fine, che la comunità dei giuristi e, perciò, l’opinione da essa condivisa, per quanto apprezzabile possa sembrare, è sempre l’opinione di una frazione soltanto, e per di più molto esigua, della società.

Al posto della ragione discorsiva (e/o pratica) si insedia, perciò, al vertice del diritto la volontà della comunità dei decidenti: si direbbe *stat pro ratiōne voluntas*.

Ma il senso di questa *voluntas*, che sposta il potere normativo dalla legislazione alla giurisdizione, scavalca la teoria giuridica e si lascia apprezzare realmente solo sul piano più generale della teoria della società e dell'odierna (un po' malconcia) sua forma democratica (nel cui nome, tuttavia, tutti dicono di parlare e di operare).

Questa disputa tra legislazione e giurisdizione, infatti, non può, certo, risolversi in una contesa tra élite, politica e giudiziaria. Non vi è dubbio che una tale contesa ci sia, ma è solo l'epifenomeno di una vicenda che ha ben altre basi.

Ben più di duemila anni fa, Aristotele aveva spiegato che la "misura", secondo la quale i membri di una comunità si riferiscono l'un l'altro, è assolutamente *necessaria* ma non si dà in natura ed è, perciò, del tutto *artificiale*. Ma artificiale significa che è una creazione degli uomini da essi stessi prodotta per organizzare il loro stare insieme e la sopravvivenza e lo sviluppo delle loro società secondo l'orizzonte di senso che di volta in volta si danno. Sicché la sua determinazione non è mai un affare dei *mensores* ma una questione della *polis*.

Ma se così è, allora il potere di produrre questa "misura", che prende la veste del *nomos*, non può aver sede che nella stessa *polis* o in quell'istanza alla quale essa ha consegnato la sua sovranità, la decisione su sé stessa ed il suo futuro.

Nella teoria democratica il principio che il *nomos* appartiene alla *polis* fa corpo con la stessa idea di democrazia e ne determina il senso profondo: la democrazia consiste nell'autogoverno della società e questo si dà solo quando si possa dire che ciascuno è obbligato a osservare un comando in forza di una norma che egli stesso si è data, ossia che viene dall'esercizio della frazione di sovranità popolare che gli compete.

Ma se la legittimazione democratica del comando del diritto abita solo sotto il tetto della sovranità popolare, allora lo spostamento del potere normativo dalla legge alla decisione, e cioè dal parlamento alla giurisdizione, solleva due interrogativi cruciali, che consegnano alla discussione di questo convegno.

Primo interrogativo: se il progetto del Diritto vivente manifesta un tempo nel quale la società comincia a prendere congedo dal governo democratico per incamminarsi verso un regime elitario, dove l'esercizio del comando giuridico si condensa (sembra condensarsi) nelle mani di un corpo professionale che, a dir le cose come stanno, può esibire una legittimazione solo "tecnocratica".

Secondo interrogativo: se un tale progetto, che mette da parte il parlamento e la sovranità popolare (che in esso ha/avrebbe la sua sede), non finisce per, o rischia di, incoraggiare l'ulteriore marginalizzazione della politica e consegnare il governo della società alle "potenze senza nomi e senza luoghi", contro il cui reale potere di comando una giurisdizione senza legittimazione, realisticamente, non può pressoché nulla.

7. Gli scenari del mutamento: una tecno-economia senza confini, la singolarizzazione della società e la decadenza della politica

Il compito, che mi è stato affidato, di introdurre la discussione di questo convegno potrebbe finire qui: con la formulazione delle domande che sottostanno alla

sua articolazione e all'ordine di riflessioni che si son chieste ai suoi illustri Relatori. E tuttavia qualcosa da dire ancora rimane, che è, forse, più importante delle domande che si è, fin qui, cercato di mettere a fuoco.

Questo qualcosa di ulteriore e più importante concerne la questione del rapporto tra pensiero e mondo, ossia, nella specie, del rapporto tra, da un lato, quel che si direbbero essere il diritto e la legge secondo la rappresentazione che di essi si evince dalla dottrina del Diritto vivente e, dall'altro, il modo d'essere che il diritto e la legge sono effettivamente venuti assumendo in questi ultimi quarant'anni nei quali questa dottrina è stata escogitata ed è divenuta quasi *communis opinio*.

Più esattamente, questa questione (che detta in questi termini potrebbe sembrare un po' criptica) fa chiedere se quel che questa dottrina immagina del diritto e della legge non corrisponda tuttavia ad una qualche reale modificazione dell'uno e dell'altra.

Dicendolo in modo forse un po' più chiaro:

– anche se – come a me sembra – da questo confronto risultasse che il Diritto vivente non è in grado di esibire un pensiero teorico dal quale sia argomentabile e neanche un'autorità esterna o una base materiale su cui poggiare la sua pretesa di decidere sui conflitti, la legittimazione a determinare in qualche modo gli orientamenti di una comunità,

– anche se – come a me pare – un'analisi spassionata degli orientamenti giurisprudenziali che vengono chiamati a testimoniare per la creatività del Diritto vivente facesse dire che (a parte qualche eccezione nel campo dei c.d. diritti civili, peraltro talvolta non sorretta da grande coerenza) le trasformazioni più pesanti che il diritto subisce in questo tempo non provengono, in realtà, dalla giurisdizione,

– e finanche se – come pure a me sembra – si dovesse concludere che la sua pretesa di porre la giurisdizione al posto della legge sia, comunque, destinata a rimanere, alla fine, sostanzialmente irrealistica, non solo molto discutibile ma soprattutto molto improbabile,

– tuttavia, rimarrebbe comunque difficile concepire che i caratteri che al diritto vengono da questo modo di immaginarlo, non trovino una qualche oggettiva ragione in una reale trasformazione del sistema giuridico (e dello stesso sistema sociale), e possano costituire solo il portato di una disputa (di potere o di primazia sociale) tra élite giuridiche ed élite politiche.

Questo sposta l'asse della discussione dal passato dell'Uso alternativo del diritto e del suo rapporto con il Diritto vivente al presente del rapporto tra il Diritto vivente e il modo d'essere del diritto in questo tempo. In fondo, sembra più che verosimile pensare che la disputa su legislazione e giurisdizione si sia inserita in un processo storico che investe i caratteri cruciali del diritto di questo tempo ed il suo rapporto con la società che gli corrisponde.

Ma questo è, alla fine, ciò cui mira questa discussione e di questo, perciò, questa introduzione deve in qualche modo anche occuparsi.

A pensarci su, quest'idea (del Diritto vivente) di un diritto che (proprio alludendo ad un *oltre* della positività che non esibisce più gerarchie prestabilite e non ammette deduzioni vincolanti) abbandona la stessa categoria dell'ordine e sembra affrancarsi da ogni ragione, universale o storica che sia, la quale ne orienti lo sviluppo e/o ne permetta la comprensione/rappresentazione, può essere immaginata

e divenire oggetto di discussione solo dentro lo scenario reale di un diritto positivo dove a prevalere sia sempre più la *contingenza* e che si conformi in misura crescente ad una *strategia in-mediatamente responsiva*.

Questi, per l'appunto, sembrano proprio i caratteri che, a guardarla bene, la stessa legge già prende ad esibire fin dall'ultimo ventennio del secolo appena trascorso. Sicché si può pensare che il Diritto vivente annunci, con parole e costrutti spesso impropri e improbabili, una trasformazione del diritto (positivo, piuttosto che del modo di applicarlo) che è già all'opera in questo tempo.

A dar conto di questa trasformazione del diritto e della legge sono processi che investono a cascata l'economia, la stratificazione sociale, l'antropologia collettiva e la politica, e che qui si possono solo accennare.

A metà degli anni '70 ha inizio "la guerra invisibile" dei potenti (M. D'Eramo) contro i ceti sociali che con le loro rivendicazioni e con la costruzione del *Welfare State* ormai ne insidiavano il dominio.

Le armi di questa guerra furono l'immissione crescente della tecnica nei processi di produzione e lo svuotamento delle sovranità nazionali: robotizzazione dell'economia e globalizzazione dei mercati disarmarono, via via, il lavoro, sovvertirono la stratificazione sociale, creando nuovi ceti e rideterminando quelli di prima, e modificarono l'antropologia individuale e collettiva.

Da un lato, si ruppe la piramide sociale, secondo la quale un tempo si disponevano le società e ne prese il posto una clessidra, dove ad un corpo superiore che raccoglieva le élite della ricchezza e del potere (e i loro nutriti seguiti) si contrapponeva un corpo inferiore ove si addensavano i *minores*, le aree crescenti dello scivolamento sociale.

Dall'altro, e per conseguenza, si venne producendo una modificazione profonda, e decisiva, del modo in cui gli uomini intendevano sé stessi ed il loro rapporto con gli altri, in forza della diffusione molecolare di un orizzonte ove si annuncia che "ciascuno è per sé" e che "ognuno si salva da solo". Il crollo, che si prende a percepire, delle difese di prima (il sindacato e i partiti del *Welfare*), e la riarticolazione del lavoro, che rompe la stratificazione sociale di un tempo e le solidarietà che le erano proprie, producono, infatti, una generale modificazione antropologica, che agli arcipelaghi ed alle aggregazioni di cui prima si componeva il tessuto sociale sostituisce una universale singolarizzazione: la *società liquida* descritta da Z. Bauman.

Da questi processi si origina la crisi radicale della politica. La singolarizzazione è, infatti, la decostruzione delle distinzioni, l'annientamento di quanto istituisce un principio di identità in grado di aggregare (e quindi di associare e dividere): la singolarità è distinzione assoluta, è – a ben vedere – irriducibile distanza di ognuno dagli altri, si concepisce come destino separato e, alla fine, solitario e per questo abroga le condizioni della "amicizia", che è la prima delle due gambe su cui sta in piedi e cammina la politica.

8. Le trasformazioni del diritto di questo tempo senza società e senza politica: le dogmatiche senza archetipi, la legge negativa e la privatizzazione dell'*imperium*

Simmetrica a questa crisi della politica è la modificazione del modo d'essere del diritto e dello Stato di questo nuovo tempo.

Questa trasformazione investe il diritto e lo Stato in due direzioni:

– La *prima direzione* si può dire quella della *discontinua continuità*, ed opera su due versanti:

(-) quello dell'*interventismo rivoltato*, dove ai sottosistemi welferistici di un tempo, centrati sul diritto diseguale volto alla protezione di soggetti nominati, economicamente e socialmente connotati ed aggregati (contadini senza terra, affittuari di fondi agricoli, conduttori di immobili urbani, ecc.), subentra la legislazione eurounitaria del consumatore, dell'investitore, ecc., centrata, invece, sul diritto regolativo (neoliberale) del soggetto singolare e liquido, senza qualità sociali;

(-) e quello del *diritto affrancato delle dilatazioni semantiche dei costrutti normativi*, dove le categorie giuridiche si scollano dai loro archetipi (le brevettazioni senza invenzione della "natura", i contratti senza scambio della raccolta dei dati personali e dei derivati creditizi, ecc.), ne scavalcano le *rationes* e i relativi limiti e consegnano la nuova ricchezza a "potenze senza luoghi e senza nomi".

– La *seconda direzione* è quella della *radicale discontinuità* ed opera anch'essa su due versanti:

(-) quello della *legge negativa*, che implementa l'imperativo negativo (la *Grundnorm* di questo tempo) che abroga/cancella le regolazioni, i confini e gli apparati del *Welfare* e liberalizza capitali, merci, lavoro e servizi;

(-) e quello della *privatizzazione dell'imperium*, che vede, da un lato, lo Stato perdere il controllo del comando sulle risorse e mutarsi in negoziatore della loro destinazione e distribuzione e che, dall'altro, registra il mutarsi della legge da *generalis voluntas* che garantiva la supremazia dell'interesse generale in *legge concertata*, contrattata dallo Stato con singole grandi imprese o corporazioni di settori industriali o del grande commercio, o, addirittura, in delega all'*autonormazione privata* (secondo il modello dell'*accountability*).

Tutte queste trasformazioni costituiscono l'altra faccia della crisi/morte della politica e segnano il passaggio dal *government* alla *governance*, con cui l'*imperium* cessa di identificarsi con la *polis* e con l'ordine da essa deciso, si trasferisce in larga misura ai privati e si scioglie nella universalizzazione della logica del contratto e nei molteplici e mutevoli equilibri che di essa son propri.

Di questa trasformazione Bruno Montanari ha dato una lettura epistemologica di rara lucidità ed efficacia:

In definitiva, ciò che si verifica è un passaggio epocale tra due "sequenze" [...]: a quella 'ordine-sistema-ordinamento' si sostituisce una sequenza formata da tre nozioni 'complessità-equilibrio-governance' [...] nella quale la visione di un ambiente sociale complesso deve essere rimodulata secondo un'immagine di tipo puntistico-reticolare [...] con il rischio di perderne il controllo e di ritrovarsi in un 'nuovo mondo', senza aver capito né il 'come' né il 'perché'.

Così, difatti, si presenta oggi il diritto: esso ha preso a funzionare in un modo che non risponde più alla categoria dell'ordine e che prescinde da una riconoscibile ragione. E poiché ordine e ragione sono le condizioni del pensiero, questo

diritto sembra avviato – come conclude Bruno Montanari – verso un tempo nuovo, quello del post-pensiero.

Questo situarsi del diritto nel post-pensiero significa che esso realmente non funziona (non si produce e riproduce) più secondo le categorie del pensiero, non che non possa più essere indagato dal pensiero: questo nuovo tempo destituisce l'ordine e la ragione come modi d'essere del diritto, ma non destituisce il pensiero, il quale, perciò, può chiedersi *se ci sia e quale sia* un ordine di questo disordine del diritto e una ragione di quest'abbandono della ragione nel diritto.

Un *ordine del disordine* non significa che il disordine sia solo apparente, significa, invece, che il diritto *effettivamente* si produce ed opera in modo disordinato e che, tuttavia, questo suo *modo d'essere disordinato*, all'apparenza “casuale”, corrisponde (può corrispondere) ad un altro e diverso principio d'ordine o – meglio – ad un modo contingente e anarchico delle cose del mondo e dello stesso diritto che oltrepassa il nudo *caos* e li conduce ad un approdo non casuale

Allo stesso modo, una *ragione dell'abbandono della ragione* significa che il diritto, che volta a volta si produce, *effettivamente* non obbedisce ad alcuna necessità logica o sostantiva, ad alcun suo “dover essere” precedente e che, tuttavia, questo suo *modo d'essere a-razionale, senza ragioni* corrisponde (può corrispondere) ad un'altra e diversa logica o – meglio – ad un modo incoerente di procedere del mondo e dello stesso diritto che oltrepassa il buio della ragione e li conduce ad assetti che esibiscono un perché, teoreticamente intellegibili/razionabili.

Entrambe queste proposizioni racchiudono altrettanti ossimori. E perciò la questione che pongono è come stanno insieme gli opposti che le compongono.

Per interrogarsi su questa questione occorre, però, cambiare postura, ragionare muovendo alla ricerca di – se così si può dire – “*com'è il dover essere dell'essere che è*”, e cioè di com'è (di che fattezze prende) il diritto per le trasformazioni che è venuto subendo, ma chiedendosi anche che mondo è quest'*altro mondo* che sembra volergliele imporre.

9. Gli ossimori dell'ordine del disordine e della ragione senza ragioni: il diritto a incondizionata disposizione del potere, il paradigma imperiale centro/periferia e l'antropologia del soggetto centrico

Questi ossimori, ordine del disordine e ragione senza ragioni, muovono dalle trasformazioni del diritto in questo tempo, ma la loro reale portata ne oltrepassano i confini e richiede di ragionare in tre direzioni, che sembra il caso di anticipare:

- quella del modo d'essere del diritto di questo tempo;
- quella del paradigma sociale entro cui si produce un tale diritto;
- quella dell'antropologia sottesa a tale diritto e al paradigma sociale che gli è proprio.

Il *primo passaggio/livello* di questo ragionamento è quello che mostra nell'odierno modo d'essere della legge come un *diritto a incondizionata disposizione del potere*.

Nel tempo di prima il diritto consisteva e funzionava nel fronteggiare la contingenza del suo ambiente (i conflitti e i problemi del mondo, le complessità dell'ambiente) inserendo *programmi condizionali* (specie di fatti) entro il proprio codice binario *lecito/illecito* (N. Luhmann). E però la determinazione di tali programmi non era casuale, non avveniva sulla spinta di questa o quell'urgenza/contingenza, ma era sempre operata secondo una *logica immunitaria* altamente selettiva, la quale ne operava la cernita e li vagliava secondo un senso sostantivo e/o funzionale che (attraverso gerarchizzazioni e differenziazioni) ne assicurava le compatibilità complessive.

La fenomenologia di questo tempo parla, invece, della crisi della politica, della indeclinabilità dell'interesse generale e del venir meno di una generale razionalità sociale che visibilmente governi l'agire collettivo. E questa fenomenologia restituisce nel campo del diritto la primazia epistemologica della *contingenza* e il dissolvimento della logica immunitaria del sistema giuridico in una strategia *in-mediatamente responsiva*: al posto del sistema del diritto si insedia un insieme fluttuante di fattori molteplici percorsi da connessioni agite dalla contingenza e tenute insieme da strutture latenti all'apparenza senza centro e senza fini.

Questo significa che la contingenza, che prima era esterna al sistema (giuridico) e semplicemente oggetto delle sue prestazioni, che consistevano nella semplificazione della complessità che essa suscitava, si è trasferita all'interno del sistema (giuridico) come carattere delle sue stesse prestazioni: al sistema giuridico di prima, informato ai principi della funzionalità intrasistemica e della compatibilità intersistemica, è subentrata una condizione dove la strategia immunitaria del diritto è retta *in-mediatamente* dalla stessa contingenza che dovrebbe dominare, dal principio che "può sempre essere diversamente a seconda di chi e come la guarda", più esattamente a seconda di quale sopravvenuta complessità sia, di volta in volta, presa in considerazione e di quale veduta di essa, di volta in volta, prevalga.

E questo, a sua volta, significa che la strategia immunitaria del diritto, e quindi il diritto stesso, sono posti nelle mani di chi è in grado di governare l'una cosa e l'altra, ossia il porre all'ordine del giorno una contingenza invece di un'altra e il determinare la veduta secondo la quale considerarla.

Ma, se così, il sistema viene meno (solo) nel senso che vengono meno i suoi limiti di funzionalità intrasistemica e di compatibilità intersistemica (e cioè l'ordine di prima e la ragione che lo sorreggeva) e che, al loro posto, esso introietta l'*emergenza volta a volta decisa* lasciando alla *in-mediatezza interessata* la sua logica immunitaria: il diritto non obbedisce più ad alcuna predeterminata necessità sostantiva o politica e i suoi *output*, i suoi costrutti normativi, per questo, appaiono indeterminabili *a priori*, poiché non si sa prima in che direzione sarà indicata l'emergenza da considerare e in che modo la sua strategia immunitaria entrerà in opera.

Caduto il sistema interposto della politica che mediava il rapporto tra diritto e società, infatti, la strategia immunitaria del primo è entrata in *corto-circuito* con gli interessi eminenti della seconda, che dalla politica fino a poco tempo addietro erano, invece, mediati e ricondotti ad unità.

Il che, ancora, può far pensare che il disordine del diritto e il suo esorbitare dalle restrizioni della ragione che prima lo governava liberino il potere dai vincoli di prima e mettano la *force de loi* (come la chiama J. Derrida) a sua puntualistica disposizione.

Il *secondo passaggio/livello* è quello del *nuovo paradigma imperiale* dei rapporti tra i sistemi parziali che abitano la società.

Nella costitutiva distinzione di sistema e ambiente, l'ambiente di ciascun sistema parziale era costituito dagli altri sistemi parziali dai quali muovevano gli *input* problematici, le complessità per i quali esso era chiamato ad apprestare le proprie prestazioni risolutive (N. Luhmann). Ma a questo compito ciascuno di questi sottosistemi provvedeva secondo gli imperativi sistemici della preservazione della propria autonomia (dalle invasioni mosse dall'imperialismo degli altri sistemi parziali, dalla loro pretesa di interferirlo direttamente) e della compatibilità intersistemica, cioè dal principio funzionale che la semplificazione di una complessità non poteva darsi complessificando oltremodo gli ambiti e le prestazioni propri degli altri sistemi parziali (dovendo piuttosto procedere attraverso la scorporazione della nuova complessità e la sua allocazione attraverso la differenziazione in ulteriori sottosistemi satelliti: ad es., il diritto agrario, il diritto delle locazioni urbane, il diritto industriale, ecc., ossia il pullulare delle legislazioni e dei diritti speciali del secolo scorso).

Per quel che qui interessa questo compito di salvaguardare questi limiti costitutivi del sistema sociale erano deputati fino a quarant'anni fa al *sottosistema interposto della politica*, che perciò operava come argine delle pretese di prevalenza, imperiali per l'appunto, degli altri sottosistemi, e segnatamente del sistema economico; il nome che quest'argine prendeva era quello di *interesse generale*, di *bene comune*.

La decadenza di questo sistema interposto procura, allora, la decadenza di questi vincoli sistemici e li sostituisce con i *criteri pragmatici* della *efficienza* e del *peso*: prevale, alla fine, il sottosistema che possa esibire più efficienza e più peso degli altri.

Ma efficienza e peso ridispongono i sistemi parziali secondo un nuovo modello (non più funzionale ma) asimmetrico: il *modello del centro/periferia*, un modello che è asimmetrico ma non gerarchico perché non opera secondo lo schema formale del comando ma secondo quello, imperiale appunto, di influenza/dipendenza-passività (L. Gallino).

In quest'altro modello il centro è preso dal sottosistema dominante/influente ed è conquistato da quello dei sottosistemi che può vantare il maggior grado di *universalità*: l'essere il denaro (che – si ricordi – è un *medium* della comunicazione sociale) equivalente di tutte le cose, la sua vocazione di “misurare” tutta la “materia” che ha sede negli altri sistemi parziali della società (dall'arte alla scienza, dalle relazioni personali al dolore) e, misurandola, di sottoporla alla sua logica quantitativa insedia nel trono del centro della società l'*economia*.

Questo modello del centro/periferia prende il posto della differenziazione funzionale di prima e, insediando nel centro l'economia, consegna a questa la determinazione dell'emergenza da considerare e dell'orizzonte nel quale immunizzarla. E poiché quella dell'economia è una logica quantitativa il *centro di questo nuovo centro* si determina secondo la quantità che gli è propria, quella del denaro, e perciò è occupato da (quelle che solitamente si designano come) “potenze globali senza nomi né luoghi”, e dalle loro articolazioni nazionali.

Il *terzo passaggio/livello* è costituito dall'*antropologia imperiale* che in tal modo si insedia nelle società attuali.

Decaduti l'*homo oeconomicus aequalis* del primo diritto borghese e l'*homme situé* della breve epoca del *welfare*, questo nuovo tempo produce nel campo del diritto (ma non solo) un'*antropologia scissa*, quella del *soggetto liquido*, singolare e senza qualità, del diritto regolativo (neoliberale) dei ruoli giuridici fungibili senza storia e senza archetipi e quella del *soggetto smisurato* del diritto a disposizione, che decide l'emergenza e il modo di vederla e immunizzarla.

Ma questa antropologia scissa è figlia del modello centro/periferia, il quale, perciò, opera sulla sua asimmetria ridescrivendola e rinominandola: un'*antropologia del centro* o del *soggetto centrico* misurata sul soggetto smisurato, così, emargina e subordina un'*antropologia della periferia* o del *soggetto residuale* affollata di soggetti liquidi, singolari e senza qualità, e per questo marginali nella rappresentazione di questo tempo della società.

Questo *soggetto centrico*, che ha messo il *proprio sé* al posto della *polis*, concepisce, immagina, il proprio orizzonte pressappoco come quello dello *übermensch* di F. Nietzsche, liberato dai vecchi valori, dalle loro effimere certezze e dai vincoli che ne frustravano la volontà di potenza. Ma non si avvede di essersi consegnato alla gabbia della "matrice" quantitativa che gli ha dato accesso al centro del mondo e che blocca la sua volontà di potenza su ciò che questo accesso sostiene, condanna ad una coazione a ripetere senza coscienza che è l'opposto della vita: questo soggetto centrico ha ucciso gli "antichi dei" per insediarne un altro ancora più esigente e intransigente, e così il suo spirito dionisiaco danza sulla scena di un racconto consolatorio dove prevale il *nichilismo negativo/incompleto* di una nuova metafisica (o di quel che secondo E. Severino era/è destinato a prenderne il posto), quella della tecno-economia.

A questo soggetto centrico, che abita i quartieri delle "potenze globali senza luoghi e senza nomi", è stato dato – da Y.N. Harari – un nome che più di ogni altro gli si addice al modo in cui esso concepisce e immagina sé stesso, quello di *Homo deus*. Mentre il mondo del *resto*, quello dei soggetti liquidi, sembrerebbe avviato a dar corpo a quella che vien detta la *classe inutile*, ove si addensano i *minores* dell'ampolla inferiore della nuova clessidra sociale.

Ma se così il *posmoderno*, del quale anche i giuristi, compiaciuti, vestono il diritto di questo tempo, non è altro che il *moderno senza i limiti* che gli venivano dall'alleanza, dal compromesso delle origini con il *demos*, con i *citoyens* dell'89, e che hanno segnato gli ultimi duecento anni della sua storia. Sarebbe – si può dire – il suo *compimento*: il predominio della matrice economica senza il contrappeso costitutivo della *democrazia*, e quindi della *politikà* che di essa è l'anima.

10. Brevi e provvisorie conclusioni

Qualche brevissima e provvisoria conclusione.

Questo è quel che a me pare e che mi è sembrato di dover sottoporre alle riflessioni del convegno e di quanti ne leggeranno le belle relazioni: checché se ne pensi, discuterne si può pensare serva ai giuristi, e forse anche alla politica.

Se l'ingresso dei giuristi nel tempo del *post-pensiero* (come, felicemente, lo ha chiamato Bruno Montanari) annuncia mutamenti siffatti del diritto e della società, allora tener fermo lo *spirito cognitivo* di prima, e cioè la vocazione a pensare il diritto secondo categorie, giova al pensiero giuridico e giova al diritto.

Giova al pensiero giuridico perché lo toglie dalla tentazione di barattare l'oggettività del loro sapere, quella – beninteso – che si può dare nel campo di una scienza sociale, con una supposta supplenza della legge, che rischia di farne lo strumento di un potere centrico, che del diritto prende solo l'*imperium*, il suo dispositivo coercitivo, per porlo al servizio *in-mediato* del proprio sé in luogo della *polis*.

E giova anche al diritto, perché mostrando il senso e le funzioni dei suoi presidi giuridici, impedisce che si sottovalutino gli scenari che il loro oltrepassamento aprirebbe e rende più difficile accantonare il compromesso tra potere e *demos* su cui si regge(va) il suo senso evolutivo, l'orizzonte, che custodisce da duecent'anni, di una razionalità sociale esposta al potere ma bilanciata dal *demos*, dai *citoyens* e per questo pur sempre generale.

Ma qualcosa, forse, può dire anche alla politica, o a quel che ne resta: soprattutto due cose, limitate a quell'aspetto di essa che interessa questa discussione sul diritto.

La prima è che la politica ha da custodire le forme, poiché le istituzioni e i loro principi costituiscono le condizioni, le vie della sua comunicazione, e quindi della visibilità del conflitto sociale e del suo "addomesticamento" civile, del suo permanere come competizione invece di mutarsi in guerra: nel che propriamente consiste la stessa democrazia.

La seconda è che la politica non può esaurirsi in questa custodia, poiché le vie non servono a niente se non vi è chi le percorra e non sappia dove andare.

La politica nasce, e muore, con l'immaginario collettivo, con il modo in cui uomini e donne percepiscono sé stessi e il loro rapporto con gli altri e con la natura e con il trascendimento di queste loro percezioni in immagini del mondo e modi di vederlo.

Questo immaginario agisce nelle prassi sociali come *sensu* che organizza i comportamenti degli uomini e le relazioni tra loro. E passa attraverso nuovi significati, attraverso parole e nomi delle persone e delle cose che le trascendono in un reticolo di significazioni che posiziona, distingue e unifica (C. Castoriadis e P. Barcellona).

La storia della deriva puntistica del diritto e del suo slittamento verso il paradigma (che si è detto) imperiale muove dalla diffusione molecolare dell'immaginario singolare e mostra, perciò, che la messa in discussione di quest'immaginario, che ha pressoché ucciso la politica e svuotato la democrazia, può procedere solo da una diversa significazione, *incarnata e operante*, che istituisca altre distinzioni tra ciò che conta e ciò che non conta, tra quel che ha valore e quello che non lo ha o ne ha di meno, tra quel che conviene fare e quanto non va fatto.

"Il futuro – scriveva Z. Bauman – da habitat naturale di speranze e aspettative legittime [si è mutato] in sede di incubi". E da qui sono venuti prassi e immagini dove "ognuno è per sé" e "ciascuno si salva da solo".

Un nuovo immaginario, perciò, si dà solo costruendo uno sguardo su quello che sarà.

Per chiarimenti relativi ai concetti impiegati e alle categorie qui utilizzate, che, a volte, possono sembrare un po' ermetici, e, soprattutto, per indicazioni bibliografiche sui diversi passaggi di questo ragionamento sia permesso rinviare a:

Barcellona, M., Montanari, B., *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvechi, 2023.

Barcellona, M., *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi Editore, 2022.

Barcellona, M., *Giudici Politica Democrazia*, Castelvechi, 2024.

Barcellona, M., *Dove va la democrazia. Scenari dalla crisi*, Castelvechi, 2018.

Saggi

Salvatore Amato*

Uso alternativo (del diritto) o potere alternativo (attraverso il diritto)?

1. Il rinnovamento della cultura giuridica

Scelgo, con tutti i suoi limiti, una prospettiva ‘strabica’ per riflettere sul tema del Convegno. Strabica nel senso che vorrei osservare lo stesso fenomeno a partire da due eventi che, oltre ad essere estremamente lontani l’uno dall’altro, non possono neppure essere messi a fuoco unitariamente. Mi riferisco al rinnovamento della cultura giuridica, da una parte, e al ruolo politico assunto dalla magistratura, dall’altra. In entrambi questi fenomeni credo che il fermento determinato dall’uso alternativo del diritto abbia svolto un ruolo rilevante: voluto, elaborato e teorizzato, nel primo caso; sollecitato, auspicato ma non previsto nei suoi esiti estremi, nel secondo.

Sotto il primo aspetto posso dire che, anche se ancora non lo sapevo, l’uso alternativo è stato il mio primo contatto con il diritto durante le affollate lezioni di ‘privato’ del Prof. Pietro Barcellona. Lezioni cariche di attesa, ma anche di tensione.

Attesa per il nuovo mondo in cui stavamo per entrare e attraverso le parole di un docente già leggendario per le sue capacità intellettuali e per la sua rigosità. Durante le lezioni avevamo immediata conferma delle une e dell’altra per la varietà delle argomentazioni e la ricchezza dei riferimenti culturali, ma anche per l’angoscia che ci metteva ricordandoci continuamente che pochissimi superavano i ‘suoi’ esami e ancora meno con 30.

Tensione perché la facoltà di Giurisprudenza era ritenuta, alla luce delle ipotetiche convinzioni della maggioranza dei suoi studenti, tradizionalmente ‘fascista’, e quasi a conferma di questa fama campeggiava sul muro – alla sinistra dell’ingresso di Via Gallo – un’enorme scritta: “per Barcellona, l’esorcista, anche il diritto è antifascista”. Quasi a conferma di questo implicito ‘noi e lui’ spesso serpeggiava la voce di un Barcellona ‘minacciato’ o addirittura ‘aggredito’. Per la verità durante il mio anno di corso tutto si è svolto senza problemi o incidenti, ma restava in ciascuno di noi la convinzione che Barcellona non fosse un docente come tutti gli altri. Eravamo tutti affascinati dalla passione con cui ci venivano illustrati i processi di sviluppo economico, i conflitti tra rendita e profitto, passando per una sentenza della Corte costituzionale sui fondi rustici, per la polemica tra Betti e Stolfi, mentre

* salvatore.amato@unict.it, Professore di Filosofia del diritto presso l’Università di Catania

Max Weber e l'architettura dello Stato moderno si stagliavano all'orizzonte. Tanto affascinati quanto sgomenti, perché poi dovevamo studiare sul 'Torrente' dove tutto era asettico e lineare a modello di un ordine quasi immutabile che trovava le sue radici nel diritto romano e nella limpida sistematicità dei codici. Niente crepe e niente dubbi sul libro. A lezione, invece, era un tumultuoso rincorrersi di sviluppi sociali e conflitti latenti: la normativa CEE sullo sfruttamento abusivo delle posizioni dominanti, le leggi speciali sui prezzi imposti... quanto vi è di più lontano dagli schemi concettuali del 'Torrente'.

Per la verità, a noi studenti sarebbe bastato la spiegazione di questi schemi. Se Barcellona pretendeva molto di più è perché ha sempre preteso molto di più anche da se stesso, passando dal diritto alla filosofia del diritto e poi all'arte; da Kelsen a Castoriadis; da Latouche a Luhmann. Sempre insoddisfatto, sempre alla ricerca di nuovi impulsi e suggestioni. Noi, studenti, eravamo insoddisfatti per un altro motivo. Non riuscivamo a superare il dubbio: ma cosa domanderà agli esami?

Ci avrebbe domandato quelle cose lì, quelle del codice e del libro di cui non si parlava mai a lezione. L'espromissione e l'accollo, l'enfiteusi e le clausole vessatorie, ma spesso sotto altra forma per vedere cosa avevamo veramente assimilato. La differenza tra atto e negozio giuridico. Perché l'obbligazione naturale non è soggetta a novazione? L'ultima domanda del mio esame di privato. Ricordo che per un interminabile quarto d'ora ho cercato di arrampicarmi sugli specchi, per sentirmi dire che avrei dovuto impostare il ragionamento in maniera completamente diversa. Molti anni dopo, quando nel suo bellissimo studio, discutevamo di Kelsen e Schmitt, ho provato a chiedergli quale fosse la risposta o, meglio, l'impostazione giusta. Ha sorriso...

Adesso rimpiango quelle prime lezioni: erano l'espressione del radicale rinnovamento della cultura giuridica che l'uso alternativo del diritto stava lentamente determinando. Un cambiamento che Barcellona non solo ha intuito e stimolato, ma coltivato e sviluppato negli anni e di cui già troviamo *in nuce* i riflessi internazionali in un prezioso volumetto¹ che forniva perfettamente la dimensione della diversa identità del giurista, non più impersonale riproduttore di formule e schemi, manovale del diritto, ma protagonista dei processi di rinnovamento sociale. "Non si tratta di proporre nuove definizioni della proprietà o del contratto, ma di reintrodurre le categorie concettuali, che troviamo esposte nei manuali e nell'elaborazioni monografiche, all'interno di specifici rapporti sociali, allo scopo di coglierne il carattere condizionato, le connessioni con le strutture economiche, e quindi la 'parzialità'"².

È chiaro che questo rinnovamento, al di là degli impulsi della dottrina, non poteva non passare per l'operato dei giudici (ed è il problema della seconda parte di questa riflessione), ma presupponeva innanzitutto un cambiamento della cultura giuridica. Non tanto come rivendicazione di una scontata, tra Marx e Kelsen,

1 P. Barcellona, D. Hart, U. Mückenberger, *L'educazione del giurista*, De Donato, Bari, 1973.

2 Ivi, p. 62.

politicalità del diritto e discrezionalità dei processi interpretativi, quanto piuttosto come esigenza di riscoprire il contatto con la ‘realtà’. Il giurista, appagato dalla pretesa scientificità delle proprie costruzioni dogmatiche, aveva perso, ad avviso di Barcellona, il contatto con i ‘fatti’. Sono i fatti a determinare i concetti, ma sono, poi, i concetti a condizionare l’analisi dei modelli di convivenza e dei legami sociali. Un circuito vizioso in cui si finisce per dimenticare che il carattere ordinante dei concetti giuridici non deriva da una *recta ratio*, da un’essenza logica, ma dalla volontà di chi controlla l’economia e gestisce il potere. Dietro ogni astrazione generalizzante, c’è un ‘chi’, c’è un perché, ci sono conflitti e tensioni.

Già Wilhelm, nel 1958, aveva denunciato quanto fosse illusoria e mistificante la pretesa di costruire la giurisprudenza come un “sapere depurato”³. Non sono in grado di descrivere le reciproche influenze ma la traduzione di quest’opera in italiano nel 1975, lo stesso anno in cui compare la traduzione dell’altrettanto decisiva *Rechtswissenschaft* di Wiethölter⁴, segna assieme all’uso alternativo del diritto la spinta decisiva verso la ricerca di nuovi modelli di analisi della realtà, nel rifiuto di una dimensione giuridica senza storia e senza tempo.

2. Lo Stato giurisdizionale

Anche senza giudici? Se mi affido ai ricordi, è evidente quanto sia ridotto lo spazio riservato dai manuali del tempo all’elaborazione giurisprudenziale. Il ‘Torrente’, ad esempio, poneva alla fine di ogni paragrafo un quesito ricavato da un precedente giudiziario, ma appariva, a noi studenti, come la risoluzione di un rebus: la sentenza suggeriva la risposta giusta e ce ne era una sola, quella conforme alle premesse manualistiche. Del resto, non mi pare ci fossero un gran numero di codici commentati, con la loro varietà di linee argomentative, tra i nostri strumenti di studio. Ancor meno ricordo i riferimenti al ruolo della Costituzione nei processi interpretativi. Lo stesso testo costituzionale non era, spesso, neppure presente all’interno dei vari codici. Figuriamoci la legislazione speciale introdotta sotto l’impulso dell’allora CEE.

È stata, invece, la Costituzione a divenire protagonista del rinnovamento radicale della nostra cultura giuridica. Già nel suo impianto la nostra Costituzione, come tutte le Costituzioni del dopo-guerra, aveva una struttura rivoluzionaria: l’enunciazione dei diritti fondamentali e la loro collocazione nella prima parte del testo. Questa scelta era stata uno degli aspetti più controversi della Costituzione di Weimar. Penso a uno dei tanti scritti di Schmitt (*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*⁵ del 1931) in cui si afferma che, in tal modo, si è venuto a segnare il passaggio dallo Stato legislativo allo Stato giurisdizionale, ap-

3 W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* [1958], Giuffrè, Milano, 1975.

4 R. Wiethölter, *Le formule magiche della scienza giuridica* [1968], Laterza, Roma-Bari, 1975.

5 C. Schmitt, *Diritti di libertà e garanzie costituzionali* [1931], trad. it. in *Costituzione e istituzione*, Quodlibet, Macerata, 2022, pp. 47-92.

pagando i “predicati nobilitanti” cari al pensiero liberale nella pretesa di affidare al testo costituzionale il compito di regolare “esaustivamente tutte le cose umane e divine”. Ne deriva una tendenziale “deduzione di illimitatezza” che attribuiva ai giudici un potere di intervento tendenzialmente incondizionato e una libertà interpretativa non delimitabile.

L’inserimento dei diritti fondamentali nella Costituzione, e in particolare nella prima parte, presuppone il primato della tutela dei diritti sulla legislazione, attribuendo non solo alla Corte costituzionale, ma anche alla magistratura nel complesso una centralità che scompaginava i tradizionali equilibri istituzionali. I giudici sono soggetti alla legge, ma la legge è soggetta ai giudici: al vertice resta un vuoto perché non è possibile prevedere un giudice del giudice.

Del resto, negli Stati Uniti non era stato il popolo ma una sentenza, la famosa *Marbury v. Madison* del 1805, a dichiarare che le leggi difformi dalla Costituzione non sono leggi, istituendo di fatto il *judicial review*. Sarebbe nata quella che Bork chiama “la malattia americana”, ovvero il fenomeno “dell’appropriazione da parte dei giudici, dell’autorità appartenente al popolo e ai suoi rappresentanti eletti. Una simile patologia si manifesta non appena i giudici si trovano in condizioni tali da ricevere o da attribuirsi il potere di calpestare le decisioni prese da altri organi dello Stato: il controllo di costituzionalità”⁶.

Ispirandosi a Bork, l’attuale Corte Suprema americana, connotata in senso fortemente conservatore, non ha esitato ad affermare in una sentenza sull’aborto che bisogna frenare la “*judicial hubris*” e che sarebbe un puro (*raw*) atto di violenza giudiziaria “usurpare il potere di affrontare una questione di profonda importanza morale e sociale che la Costituzione lascia inequivocabilmente al popolo”⁷. Del resto, quanto la novità del controllo di costituzionalità potesse determinare una rottura degli equilibri tra potere legislativo e giudiziario era un timore sempre presente negli scritti dei maggiori giuristi americani di fine ’800, James Bradley Thayer e Oliver Wendell Holmes, rigorosi sostenitori del *judicial restraint*. Holmes era celebre per l’iperbole secondo cui avrebbe dichiarato incostituzionale una legge solo se l’avesse fatto “vomitare”⁸.

Quando all’origine dello Stato moderno, Hobbes affermava che “di fronte alla Magna Carta io non debbo vedere quanto è razionale, ma se devo ubbidire [...]”⁹, era evidente il suo timore che, riconoscendo ad ogni giudice il diritto di contestare la volontà o la razionalità della legge, si sarebbero avuti tanti sovrani quanti erano i giudici. Anche l’illuminismo diffida dei giudici, pur affidando loro un ruolo centrale nel funzionamento dei governi moderati. Immaginando la magistratura come un potere neutro, Montesquieu, nelle pagine più tormentate e confuse dell’*Esprit*

6 R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue* [2002], Liberilibri, Macerata, 2004, p. 7.

7 È la tanto criticata, ma poco letta, sentenza sulla legittimità dell’aborto del giugno 2022 (*Dobbs, State Health Officer of The Mississippi Department of Health, et Al. V. Jackson Women’s Health Organization et Al.*, No. 19-1392).

8 Cit. da G. Portonera, *Antonin Scalia*, IBL libri, Torino, 1922, p. 55.

9 T. Hobbes, *Dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d’Inghilterra*, trad. it. in *Opere politiche*, Utet, Torino, 1959, p. 393.

des Lois, esprime un disagio, più che un modello teorico, perché un “giudice senza anima” non esiste. Un ammiratore della storia inglese, come era lui, non poteva ignorare i conflitti tra Giacomo I e Coke e lo stesso ruolo dei giudici inglesi nelle convulse vicende della guerra civile e della Gloriosa rivoluzione.

Primato della legge e passività del giudice sono possibili solo all’interno di quel “sapere depurato” costruito dalla scuola storica e dalla Pandettistica. Un sapere a misura di una facoltà di giurisprudenza i cui “tutori” sono idealmente Kant, Smith e Savigny che giustificano “la separazione del diritto dalla morale (Kant); la separazione dell’economia dalla politica (Smith); la separazione dello Stato dalla società civile (Savigny)”¹⁰.

Il modello dello Stato costituzionale di diritto rompe l’illusione di questa asettica neutralità. L’enunciazione dei diritti implica l’elaborazione di principi che impongono un contatto diretto con la realtà economica, con le attese sociali e con i vuoti politici. Dai principi, come fattispecie aperte, derivano a loro volta nuovi diritti, all’ombra o alla penombra dei precedenti, e quindi nuovi principi e quindi nuovi diritti in un processo circolare (la politica costituzionale?) in cui Schmitt troverebbe la conferma tanto del messianismo dei “predicati nobilitanti”, quanto della deduzione di illimitatezza insita in un testo che pretende di regolare esaustivamente tutte le cose umane e divine. Non vi è dubbio che i principi costituiscono tanto “[...] una formula di copertura per il decisionismo giudiziario, meglio interpretativo”¹¹ quanto “uno schema vuoto che serve a coprire di volta in volta disparate operazioni”¹², perché “i giudici, quando si appellano ai principi generali, si appellano alle cose più diverse”¹³. In ogni caso lo Stato giurisdizionale si sovrappone progressivamente allo Stato legislativo perché nessuna regola può determinare la sua applicazione. Spetta quindi “solo al giudice di decidere caso per caso, secondo criteri che non discendono dalla legge ma sono più o meno arbitrari”¹⁴.

3. La Stato di diritto incompiuto

La realtà sociale, quella composita congerie di conflitti e tensioni presente nei fatti, impone questo progressivo rimescolamento istituzionale perché sono i giudici ad essere immediatamente a contatto con le aspirazioni e le esigenze che si manifestano nelle contrastanti spinte economiche e culturali. L’uso alternativo del diritto nasce negli anni della rapida industrializzazione, delle lotte per l’emancipazione della classe operaia, ma anche delle rivendicazioni di più ampie sfere di libertà, a partire dal diritto al divorzio

10 P. Barcellona, *op. cit.*, pp. 48-49.

11 E.W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione di diritto costituzionale* [1991], Giuffrè, Milano, 2006, p. 171.

12 G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 385.

13 E. Pattaro, *Opinio iuris: il diritto è un’opinione, chi ha i mezzi ce la impone*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 203-204

14 K. Günther, *Sulla testa o sui piedi? Il progetto giuridico della modernità e i suoi supposti paradossi* [2005], in *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, Trauben, 2010, p. 35.

e all'aborto. Lo sgretolamento dei vecchi modelli sarebbe rimasto un fatto meramente dottrinario se non avesse trovato nella magistratura lo strumento per recidere effettivamente i legami con il passato dinanzi a interventi legislativi tardivi o approssimativi.

Una lotta della magistratura nella società ma anche una lotta della magistratura nella magistratura, altrimenti non si comprende il discorso sul rinnovamento della cultura giuridica auspicato dall'uso alternativo del diritto. Scarpelli è estremamente perentorio nel descrivere questo fenomeno: “giuristi sedicenti innovatori e progressisti, o forse meglio animali politici travestiti da giuristi, pretori d'assalto, spiriti eventualmente democratici ma certo illiberali, desiderando sostituire all'uso tradizionale del diritto un “uso alternativo”, si rendevano conto che un confronto razionale fra la politica giustificante l'uso alternativo, e la politica giustificante l'uso tradizionale, sarebbe riuscito per loro perdente. Migliore strategia retorica, allora, rappresentare le posizioni tradizionali come puro diritto e tecnicismo giuridico (naturalmente “arido”), adatti, proprio per la neutralità politica, a coprire le politiche peggiori, in contrapposto ad una politica giudiziaria capace d'interpretare ed attuare una ricchezza di valori umani”¹⁵.

Negli ulteriori sviluppi del saggio, questa distinzione appare meno drastica, una volta messa a contatto con l'insieme delle tensioni sociali e culturali che attraversavano quarant'anni fa (e attraversano tuttora) l'esperienza giuridica. Emerge, in ogni caso, con estrema chiarezza un ‘modello’ di giudice sempre più lontano dagli schemi illuministici e codicistici.

Questa nuova figura di giudice non si limita a riprodurre, consapevolmente o inconsapevolmente, gli insegnamenti dell'uso alternativo del diritto, ma evidenzia quanto la giurisdizione non entri più a far parte dell'esercizio del potere come riflesso della legislazione, ma sia essa stessa una nuova forma di potere, dai contorni indefiniti, dagli sviluppi imprevedibili, dalla composizione eterogenea. La transizione storica dallo Stato legislativo allo stato giurisdizionale “sta nel carattere proprio delle sentenze, le quali non sono più, e soltanto, applicatrici di leggi, ma attuatrici di valori e consimili entità meta-positive”¹⁶.

Non solo il legislatore è limitato dalla Costituzione alla luce dell'interpretazione giudiziale, ma anche dal tessuto di moralità condivisa che le singole sentenze costituiscono attorno alla risoluzione di problemi cruciali come l'aborto, il danno da procreazione, la brevettabilità del vivente, il costo dei farmaci, le questioni di fine vita, la pena di morte, le discriminazioni di genere, le disuguaglianze sociali. “I diritti fondamentali sono regole e precisamente norme etico-tetiche, che impongono alla sfera pubblica limiti e vincoli, cioè divieti di lesione e obblighi di prestazione. La loro configurazione come principi oggetto di ponderazione [...] ha un duplice, deplorabile, effetto pratico: non soltanto l'indebolimento della loro forza vincolante, ma anche la caratterizzazione della giurisdizione come creazione di nuovo diritto, in deroga alla sua soggezione alla legge e al principio della separazione dei poteri”¹⁷.

15 U. Scarpelli, “Modelli di giudici”, in *Lo stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto*, XI – 20 (gennaio 2023-giugno 2023), p. 195.

16 N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 142.

17 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teorie del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 149.

È nei tribunali che si manifestano le aspirazioni umane e sono i tribunali a dover esprimere quella *recta ratio* affidata, un tempo, alla legge o al tecnicismo degli schemi giuridici. Il diritto deve essere considerato uno strumento vivo (*a living instrument*)¹⁸, capace di dare una risposta anche alle tensioni più estreme, determinate dagli sviluppi tecnologici, dall'emergere di nuove aspettative o da impreviste situazioni di disagio. È proprio la struttura diffusa e fluida della cognizione giudiziaria che consente di continuare a ipotizzare che vi sia ancora un sistema e quindi unitarietà malgrado la frammentarietà, continuità malgrado la variabilità, coerenza malgrado l'eterogeneità¹⁹.

Il fenomeno riguarda, anche se con accentuazioni variegata, tutti gli Stati costituzionali di diritto. Si è determinato un vero e proprio cosmopolitismo giudiziale attraverso la spinta alla tutela e allo sviluppo di quei diritti fondamentali che trovano appunto nelle Costituzioni dei singoli paesi un tessuto comune di aspirazioni e rivendicazioni, pur nella diversità dei singoli ordinamenti giuridici. Il dialogo tra le Corti e la transnazionalizzazione dei flussi giuridici riflettono emblematicamente le condizioni di sviluppo della società, ma indeboliscono il monopolio dello Stato sul diritto. La costituzione si proietta oltre lo Stato in un 'costituzionalismo multi-livello' che riceve legittimazione perché "il successo del meccanismo dipende dalla reciproca fiducia tra i sistemi di giustizia"²⁰.

Il fenomeno è talmente radicato che nessuno si meraviglia se molte sentenze ormai siano delle vere e proprie leggi. 'Sentenze-leggi' che non hanno bisogno di un voto del parlamento per essere avvertite come vincolanti, ma ricevono legittimazione dalle sentenze di altri paesi, a loro volta legittimate da altre sentenze. Due esempi. Una decisione della nostra Cassazione²¹, prima dell'intervento del legislatore con la l. 219/2017, non solo aveva legittimato le dichiarazioni anticipate di trattamento, ma aveva enunciato una vera e propria regolamentazione dei doveri dell'amministratore di sostegno, dei poteri del giudice tutelare, del carattere vincolante delle "aspirazioni" espresse dal soggetto incapace, definendo anche il quadro clinico che giustifica il ricorso a questa procedura. Ancora più radicalmente la sentenza della nostra Corte costituzionale sul caso Cappato²² è diventata una sorta di legge con precetti difficilmente applicabili, regole di condotta difficilmente controllabili e un contorto sistema di meccanismi autorizzativi.

Non intendo mettere in discussione l'importanza di questi sviluppi per la tutela dei diritti fondamentali e per la crescita della solidarietà sociale, ma è innegabile che si sia creato un vuoto nella struttura della democrazia: l'emergere di un potere assolutamente nuovo perché non deriva dalla forza, né dal consenso, ma dal mo-

18 Come ribadisce continuamente la Corte europea dei diritti dell'uomo.

19 B. Montanari, "La figura del giurista al tempo del post-moderno" in M. Barcellona, B. Montanari, *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchi, Roma, 2023, pp. 91 e ss.

20 J. Allard, A. Garapon, *La mondializzazione dei giudici* [2005], Liberilibri, Macerata, 1996, p. 21.

21 Cassazione 20 dicembre 2012, n. 23707.

22 Corte Costituzionale 22/11/2019, n. 242.

nopolio nell'uso del diritto. Custodi della Costituzione, custodi della moralità insita nella Costituzione, custodi delle scelte politiche soggiacenti alla Costituzione, custodi della democrazia costituzionale (*democracy forcing facilitator*²³), custodi dei processi interpretativi, i giudici hanno assunto un ruolo crescente che non è facile collocare nel quadro istituzionale.

Dobbiamo mettere da parte le nostre “credenze legalocentriche”²⁴? Potremmo limitarci a sottolineare come ci troviamo di fronte a un triangolo isoscele con al vertice la costituzione e ai lati il legislativo e il giudiziario²⁵. Il problema è se legislativo e giudiziario si incontrano in una ‘mite’ coesistenza o si scontrano in una opposizione strisciante. Potremmo limitarci ad affermare che il giudice è, in ogni caso, soggetto alla legge. Il problema è se la magistratura da guardiana della legalità non sia divenuta guardiana dei propri poteri²⁶, perché nello Stato giurisdizionale non ha più senso interrogarsi sulla differenza tra legittima interpretazione e illegittima creazione²⁷.

È innegabile che l'uso alternativo del diritto abbia contribuito al rinnovamento della nostra cultura giuridica e al processo di ristrutturazione democratica degli equilibri di potere. È cambiato il modo di concepire il diritto, è cambiata l'identità del giurista ed è cambiato il ruolo della magistratura. In questi sviluppi, intimamente collegati l'uno con l'altro, appare sempre più evidente come stia venendo meno il ruolo della legge come collante del tessuto sociale. Il richiamo al rispetto del principio di legalità costituisce un argine troppo sottile per quel vitalismo decisorio, alimentato dalla transnazionalizzazione dei flussi giuridici, dal diritto vivente, dalla fluidità dogmatica, dal neo-costituzionalismo, per non parlare del protagonismo, del presenzialismo, del populismo, del corporativismo di singoli magistrati. L'uso alternativo del diritto ha aperto il vaso di Pandora? Certamente è uno dei fattori della “rivoluzione clandestina”²⁸ che ha portato dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Con buona pace di Montesquieu? Con buona pace anche della democrazia?

Bibliografia

- Barcellona, P., Hart, D., Mückenberger, U., *L'educazione del giurista*, De Donato, 1973.
 Wilhelm, W., *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Giuffrè, 1975.
 Wiethölter, R., *Le formule magiche della scienza giuridica*, Laterza, 1975.
 Schmitt, C., *Costituzione e istituzione*, Quodlibet, 2022.

23 C.R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

24 Come suggerisce Paolo Grossi in P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 152 (ed. digitale).

25 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 2024, p. 156.

26 S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Laterza, Roma-Bari, 2022, p. 58.

27 L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, p. 22.

28 B. Rütters, *La rivoluzione clandestina dallo stato di diritto allo stato dei giudici* (2014), Mucchi, Modena, 2018.

- Bork, R.H., *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Liberilibri, 2004.
- Portonera, G., *Antonin Scalia*, IBL libri, 1922.
- Hobbes, T., *Opere politiche*, Utet, 1959.
- Böckenförde, E.W., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2006.
- Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980.
- Pattaro, E., *Opinio iuris: il diritto è un'opinione, chi ha i mezzi ce la impone*, Giappichelli, 2011.
- Günther, K., *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, Trauben, 2010.
- Scarpelli, U. "Modelli di giudici", in *Lo stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto*, XI – 30, 2023.
- Irti, N., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, 2020.
- Ferrajoli, L., *La costruzione della democrazia. Teorie del garantismo costituzionale*, Laterza, 2021.
- Montanari, B., Barcellona, M., *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchi, 2023.
- Allard, J., Garapon, A., *La mondializzazione dei giudici*, Liberilibri, 1996.
- Sunstein, C.R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, 1999.
- Grossi, P., *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017.
- Zagrebel'sky, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 2024.
- Cassese, S., *Il governo dei giudici*, Laterza, 2022.
- Ferrajoli, L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, 2018.
- Rüthers, B., *La rivoluzione clandestina dallo stato di diritto allo stato dei giudici*, Mucchi, 2018.

Francesco Astone*

Interpretazione della legge e attuazione costituzionale

1. L'uso alternativo del diritto: attualità di un'idea

Trascorsi ormai cinquant'anni dal convegno sull'uso alternativo del diritto, la cultura civilistica contemporanea continua – in modo più o meno consapevole – in realtà a confrontarsi con le medesime questioni di fondo che quella stagione ha sollevato. La discussione s'incentra, in apparenza, sulla teoria dell'interpretazione, intesa come questione di natura meramente 'tecnica', oggetto di disciplina legislativa e volta alla ricerca del significato della singola disposizione normativa, ma il problema – oggi rimane al centro del dibattito – è ancora rappresentato dall'attuazione della Costituzione¹.

È questo un aspetto su cui, nonostante i risultati raggiunti, in larga parte attraverso l'opera della Corte costituzionale, in altra parte attraverso riforme legislative, non è possibile abbassare l'attenzione. L'attuazione della Costituzione non può essere intesa alla stregua di una meta che sia possibile raggiungere definitivamente o comunque ragionevolmente avvicinare: in un sistema pluralistico – quale è, appunto, il nostro sistema costituzionale – i valori sono per definizione in continuo divenire e dunque l'attuazione è essa stessa un percorso a cui l'intera collettività ed i giuristi tutti, che dovrebbero orientarla, sono chiamati a partecipare.

Eppure, la dottrina civilistica contemporanea sembra oggi distante dalle tensioni di allora. Si muove ancora – almeno in larga prevalenza – dall'idea del diritto come fenomeno retto da regole che nel loro insieme rispondono ad un sistema di concetti organico e coerente, quale scandito dall'ordine legislativo, che è, ancora, il Codice civile. Con quel sistema, gli interpreti non sono ammessi ad interferire e devono limitarsi a dedurre la soluzione del caso da esso espressamente dettata (secondo le indicazioni dell'art. 12, comma 1, Preleggi) o comunque dedotta in modo coerente con i suoi fondamenti (secondo le indicazioni dell'art. 12, comma 2, Preleggi)².

* *francesco.astone@unifg.it*, Professore Ordinario di Diritto Civile, Università di Foggia – Dipartimento di Giurisprudenza.

1 P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, e II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973, su cui anche *L'uso alternativo del diritto (il convegno catanese cinquant'anni dopo)*, Roma, 16 dicembre 2022, 27 gennaio, 16 febbraio e 24 marzo 2023, su <https://www.radioradicale.it/scheda/688768/luso-alternativo-del-diritto-il-convegno-catanese-cinquantanni-dopo-diritto>). Sul clima culturale di quegli anni, P. Grossi, *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, Milano, Giuffrè, 2021, spec. 26 ss.

2 Delle diverse correnti contemporanee è qui impossibile fornire un quadro minimamente esaustivo. Conviene pertanto limitare i richiami al giudizio critico dello storico che maggiormente si è dedicato al tema. P. Grossi, *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, op. cit.

La Costituzione è, naturalmente, presente nei discorsi dei giuristi, ma essenzialmente per sottolineare che l'attuazione di essa è rimessa, in ogni caso, al legislatore, che nessun sindacato diffuso può essere ammesso e che la stessa dottrina dell'interpretazione costituzionalmente orientata non può implicare alcuna forma di attuazione dei valori costituzionali direttamente ad opera del giudice di merito, senza mediazione legislativa di sorta. È noto, al riguardo, che anche talune significative aperture della Corte costituzionale hanno incontrato riserve da parte della dottrina prevalente³.

Di fronte a questi orientamenti, sembra importante ribadire – e questo era probabilmente uno dei portati più significativi del convegno di allora – che l'interpretazione della legge non può intendersi come procedimento ‘tecnico’, integralmente regolato dall'art. 12 Preleggi (norma della quale, anzi, si dovrebbe senza remore fornire una lettura consapevole del sistema da essa presupposto e capace di indicare il significato del tutto marginale) ed ammette invece esiti diversi tra loro, in diverso rapporto con i valori costituzionali, tali per cui il ruolo politico dell'interprete, comunque tenuto a recepire il significato più coerente con essi, non può essere posto in discussione⁴.

L'attuazione della Costituzione – il semplice sollevare il problema, assumere che non possa dirsi ancora operata e che, in ragione della natura dinamica dei valori da perseguire, vada continuamente rinnovata – ha, di per sé, un chiaro significato politico: si tratta di incidere in profondità sul modello sociale, sulle relazioni tra i singoli, sul rapporto tra i singoli e lo Stato, su tutto ciò che, in altri termini, riconduciamo alla politica. Uguale dimensione politica hanno i modi di realizzarla, le figure legittimate ad intervenire e gli strumenti posti a loro disposizione: si discute di modi diversi di intendere l'ordinamento giuridico nel suo complesso (l'ordinamento pluralista della Costituzione, proteso ad includere realtà diverse, tutte ugualmente garantite nei limiti in cui risultino utili al fine di svolgere la personalità dei singoli) e lo stesso concetto di diritto (non più identificabile con il dato posto dal legislatore a prescindere dalla mediazione dell'interprete).

Il problema di fondo rimane comunque il ruolo concreto che all'interprete voglia riconoscersi. Una delle novità principali dei discorsi sull'uso alternativo era

3 Critiche aspre sono state riservate, in particolare, a Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2014, 3767, con nota di F. Astone, ed in molteplici altri periodici, nonché altre pronunce, richiamate nella motivazione di quest'ultima, tra cui Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296; Cass., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85; Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929.

4 N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Iustitia*, 2019, 49 ss.; Id., *Vivere il diritto*, ESI, Napoli, 2023, 93: “dire apolitica l'operazione interpretativa del giurista significa solo riconoscere che essa è [...] politica in modo conforme all'ordinamento in quel momento dominante”; P. Barcellona, *Introduzione*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo*, op. cit. In particolare, cit., XVI: le categorie giuridiche “presentate come elaborazioni concettuali indipendenti [...], finiscono con l'essere uno strumento per la valorizzazione dei rapporti di poteri esistenti, finiscono, cioè, per valorizzare la realtà [...] impedendo di fare qualsiasi critica del modello di sviluppo sociale”.

rappresentata proprio dal tentativo di intendere in modo diverso quel ruolo, la cui dimensione politica non si voleva ulteriormente celare. E forse è questo l'aspetto che oggi in molti considerano del tutto tramontato: si tende a rifiutare l'idea che all'interprete competa un ruolo (non neutrale, bensì) politico che – opacizzato o meno che sia in favore del dato 'tecnico' – rimane costantemente sotteso a tutti i motivi che animano la discussione contemporanea sull'interpretazione, sulle fonti, sulle categorie e sul modo di intendere il diritto, il fenomeno giuridico, il modo di porsi del giurista di fronte alla società.

2. Le diverse tendenze della civilistica contemporanea ed i suoi contrasti

Si diceva delle diverse correnti che attraversano la civilistica contemporanea e della tendenza – difficile dire se effettivamente prevalente o meno – a risolvere le questioni interpretative su base prettamente 'tecnica' e 'a-valoriale'. Per assicurare questa dimensione interpretativa, sarebbe sufficiente rimanere al tradizionale paradigma del fenomeno giuridico articolato in base alla fattispecie ed all'effetto: la fattispecie concreta deve essere ricondotta ad una fattispecie normativa e gli effetti da ricondurre ad essa sono appunto quelli scanditi dalla norma stessa⁵. La vicenda umana – il 'caso', se si preferisce – viene così standardizzata e ricondotta ad una norma in modo diretto, normalmente senza particolari difficoltà, e la disciplina si rinviene nella norma in esame. Una questione costituzionale si porrebbe unicamente quando la soluzione imposta dalla disposizione di legge – o comunque, nessuna delle soluzioni consentite dalla disposizione di legge intesa secondo le indicazioni dell'art. 12, comma 1, Preleggi – non sia compatibile con la Costituzione e in questo caso il giudice non potrebbe far altro che rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Se invece la standardizzazione non consentisse il richiamo diretto ad una disposizione di legge, l'interprete dovrebbe allora, sempre senza incontrare spazi di ampia discrezionalità, richiamare la norma di legge più prossima attraverso il ragionamento analogico di cui all'art. 12, comma 2, prima parte. I principi – non necessariamente i principi costituzionali, ma anche i principi costituzionali – potrebbero venire in gioco solo nel caso in cui all'art. 12, comma 2, seconda parte, si debba necessariamente ricorrere. È dunque solo in quest'ultima residuale fase del procedimento interpretativo, che i principi costituzionali, o almeno alcuni di essi, potrebbero assumere un ruolo.

5 Proprio contro la fattispecie generale ed astratta si scagliava, del resto, P. Barcellona, *Introduzione*, cit., XVI, e v. ora N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, nonché F.D. Busnelli, "Quale futuro per le categorie del diritto civile", in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, e Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, ESI, Napoli, 1979, pp. 95 ss., nonché nella risposta di A. Gentili, "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", in *Riv. dir. civ.*, 2021, 621, e altri noti saggi, tra cui N. Irti, "La crisi della fattispecie", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 36 ss. e C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

Spesso si discute della misura della discrezionalità che il linguaggio della legge lascia all'interprete: s'incontrano, al riguardo, gradazioni diverse, fermo che tutti condividono la limitata discrezionalità che residua una volta considerati tutti i possibili diversi significati di ciascun enunciato normativo. Il senso di questi discorsi è appunto di sottolineare che nessun procedimento interpretativo può svolgersi in modo del tutto libero o arbitrario. E questo è quanto dovrebbe assicurare un sufficiente grado di certezza del diritto: le soluzioni possibili sono quelle che rimangono nel perimetro all'interno del quale, a livello semantico e sintattico, rientrano i significati linguisticamente corretti. Qualsiasi argomento interpretativo deve fermarsi all'interno di questo perimetro, inteso come confine sicuro, rigorosamente segnato, insuperabile dall'interprete. Diversamente, si darebbe luogo a fenomeni di c.d. 'creazionismo' interpretativo: giudici che si improvvisano legislatori e, senza alcuna legittimazione democratica (anzi rifiutando la soggezione alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost. e violando il principio di legalità), dettano regole che arbitrariamente si vorrebbero imporre alla collettività⁶.

Sebbene si tratti di una ricostruzione lineare, la dottrina che la sostiene si mostra comunque consapevole delle gravi difficoltà che il discorso incontra.

Intanto, sebbene vi sia generale consapevolezza del fatto che l'analisi linguistica delle disposizioni normative restituisca più di un possibile significato, occorre riconoscere che a volte anche i significati delle parole più elementari si caricano di tensioni: 'madre', 'famiglia', 'persona', 'morte' sono esempi evidenti di parole che riflettono la travagliata evoluzione dei concetti che esprimono. Mentre altre formule – tradizionali e notissime, come buona fede, correttezza, ordine pubblico, buon costume ed anche *best interest of the child* – sono in realtà prive di un significato intrinseco e si prestano ad assumere qualsiasi significato che l'interprete decida di imporgli: è questa la vicenda, notissima, delle clausole generali che proprio negli anni Settanta hanno vissuto una parte importante della loro 'avventura', appunto grazie alla possibilità di veicolare, loro tramite, nuove regole e valori costituzionali nel sistema del diritto privato.

Tutto ciò – rispetto a chi avversi in modo assoluto il c.d. 'creazionismo giudiziario' (che è formula sul cui preciso significato occorrerebbero comunque ulteriori approfondimenti) – rappresenta comunque una difficoltà. E questo anche in ragione del fatto che non è chiaro fino a qual punto, il ricorso alle clausole generali, sostenuto o meno dal richiamo a principi costituzionali, possa effettivamente spingersi, rimanendo comunque all'interno del principio di legalità e dell'idea della sottoposizione del giudice alla legge.

A ben vedere, già quando si parla della soggezione del giudice alla 'legge' bisognerebbe intendersi: la Costituzione e così anche le norme sovranazionali di rango costituzionale, rientrano esse stesse nella nozione di 'legge' alla quale il giudice è sottoposto e se l'attuazione costituzionale è, come prima si diceva, un percorso in

6 Sono questi gli aspetti su cui insistono tutti gli scritti preoccupati dal 'creazionismo' giudiziario: v., ancora, A. Gentili, "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", 621, spec. 645; v. anche, ma in senso diverso, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, che si riferisce però ad una casistica diversa.

tensione verso un ideale in costante rinnovamento, tra i doveri che la soggezione alla legge implica, al centro di essi, vi è quello di orientare l'interpretazione a quell'ideale. In altri termini, il rispetto del principio di legalità non può esaurirsi nella considerazione della legge ordinaria.

Il riferimento alla complessità del sistema della fonti, e la necessità di costante considerazione del sistema costituzionale, denota ancora una volta, sotto diverso profilo, l'inadeguatezza dell'art 12, comma 1, Preleggi, che si coglie non solo laddove si esprime al singolare con riguardo al «significato» delle parole, ma anche nella sua parte iniziale, dove si riferisce al singolare anche alla «legge»: il presupposto è che ad ogni fattispecie sia riferibile una 'unica' legge, postulando così un ordinamento unitario, coeso, singolare anch'esso. E qui la distanza dalla realtà è ancora maggiore: l'ordinamento che l'art. 12 immaginava incentrato sul Codice civile è ormai un coacervo di fonti, tutte astrattamente riferibili alla medesima fattispecie, sicché l'interprete, prima ancora di porsi di fronte alla singola disposizione di legge da interpretare, deve se mai 'scegliere', tra le molteplici, quella che effettivamente voglia applicare.

Il carattere sovraordinato di tutte le disposizioni – nazionali e sovranazionali – di rango costituzionale impone peraltro di muovere anzitutto da queste ultime, che sono esse stesse, al pari delle altre, ed anzi più ancora di tutte le altre, 'legge' alla quale i magistrati, e con loro tutti gli interpreti del diritto, sono soggetti. E dunque il sistema dell'art. 12 Preleggi viene scardinato sia nel suo primo comma, perché il linguaggio delle norme costituzionali è quello che, per definizione, offre una pluralità di risposte, sia nel suo secondo comma, perché l'analogia potrà difficilmente funzionare in un sistema normativo aperto, quale è appunto quello delle norme sovranazionali di rango costituzionale⁷.

Si torna così, anche attraverso questa via, al problema dell'attuazione costituzionale: il giudice ordinario dovrebbe muovere dal sistema di valori e dal modello sociale che la Costituzione promuove e, rispetto ad esso, dovrebbe valutare tanto le concrete fattispecie che le vicende umane propongono, quanto le singole disposizioni della legge. Il sistema dei valori costituzionali deve dunque essere direttamente posto a confronto con il caso concreto o comunque può agevolmente essere recepito dal sistema attraverso le clausole generali, il cui contenuto può essere determinato recependo quei valori.

In un simile contesto, la fattispecie – intesa come standardizzazione di vicende anche molto diverse tra loro – tende a perdere la sua centralità e così pure le regole ordinarie, che, quand'anche di carattere imperativo (si pensi a materie come la causa o la forma del contratto o ancora, in un ambito diverso, la prescrizione), rischiano continuamente di essere scavalcate, e rese così inoperative, dalla necessaria applicazione delle regole costituzionali, realizzata attraverso le clausole generali o comunque operata senz'altro in via diretta.

7 Il tema relativo alla pluralità delle fonti, e dunque alla necessità di provvedere anzitutto alla selezione delle possibili fonti di riferimento che l'interprete è chiamato ad applicare, è da tempo sottolineato da N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, 27.

Il contrasto tra i due diversi approcci al tema dell'interpretazione non potrebbe, pertanto, essere più profondo: da tutte le parti si insiste sul necessario rispetto del principio di legalità, ma ci si divide subito sulla nozione di 'legalità' da considerare. Il convegno catanese voleva appunto sottolineare la centralità di questa dimensione del problema e la formula della legalità costituzionale ha rappresentato – a partire dagli anni Settanta – un punto di riferimento per l'intera civilistica italiana, che tuttavia è rimasta in larga parte legata a modelli dogmatici, ai quali è tuttora ferma larghissima parte della manualistica. Discutere di interpretazione oggi significa dunque discutere essenzialmente di questi temi, di fronte ai quali anche la giurisprudenza non riesce a rispondere in modo unitario: alcuni spunti di grande suggestione continuano a venire dalla Corte costituzionale, che tuttavia la giurisprudenza civile non sempre mostra di voler recepire ed in alcuni casi sembra rivendicare chiavi di lettura dell'ordinamento che da quegli spunti si pongono – volutamente e consapevolmente – a grande distanza.

3. L'interpretazione costituzionalmente orientata e il limite rappresentato dal testo della legge ordinaria

L'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe rappresentare un argine ai tentativi di riportare l'art. 12 Preleggi al centro dell'attenzione, di intendere la norma come un dato capace di preesistere all'interazione con l'interprete, insistendo sulla fattispecie e lasciando sullo sfondo i valori che le clausole generali possono veicolare sul sistema.

Già il presupposto del discorso – la pluralità delle interpretazioni possibili, la necessità di operare delle scelte – vale a demolire l'idea dell'unico possibile significato delle parole: si deve prendere atto dell'esistenza di plurimi significati, tutti ugualmente legittimi, rispetto ai quali il giudice deve operare in modo 'orientato' dalla Costituzione. Si supera così, anche, l'idea del giudice neutrale, chiamato ad agire come un burocrate disimpegnato: la soggezione alla legge è, come si diceva, soggezione alla Costituzione e le possibili alternative devono essere sciolte nel senso maggiormente coeso all'attuazione di quest'ultima⁸.

Sotto questo profilo, sono di grande interesse alcune decisioni utili a comprendere come la Corte costituzionale intenda il limite che il testo della norma dovrebbe rappresentare rispetto all'attività interpretativa e quindi la cerchia dei significati che quest'ultimo si presta ad esprimere, oltre i quali nessuna correzione interpretativa sarebbe ulteriormente percorribile e l'unica possibile soluzione sarebbe quella di sollevare la questione di costituzionalità. Alcune decisioni dimostrano che, senza necessità di sollevare la questione di costituzionalità, siano possibili letture di

8 Per una ricostruzione dei diversi orientamenti della Corte costituzionale in materia di interpretazione costituzionalmente orientata, G. Parodi, "Interpretazione conforme a costituzione e diritto vivente", in *Giur. cost.*, 2023, pp. 2883 ss., nonché, in particolare, M. Luciani, voce "Interpretazione conforme a costituzione", in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.

singole disposizioni e dell'intero sistema in cui esse si inseriscono coese con il modello che la Costituzione si propone di realizzare. L'ordine giudiziario dovrebbe senz'altro procedere in questa direzione.

Una decisione che può effettivamente ritenersi esemplare è quella che ha ritenuto il testo dell'art. 27, 3° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184 (l'originaria «[d]isciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», ora denominata «[d]iritto del minore ad una famiglia») – laddove dispone che con l'adozione «cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine» – compatibile con un'interpretazione costituzionalmente orientata, capace di escludere che la disposizione si riferisca a 'qualsiasi' tipologia di rapporti e di riferirsi invece, nel concorso del preminente interesse del minore a «mantenere talune positive relazioni socio-affettive con componenti della famiglia di origine», alla sola dimensione 'giuridica' del rapporto, e quindi allo *status* parentale (che effettivamente cessa in ogni caso), ma non ad «una comune frequentazione» (che invece cessa di regola, ma non necessariamente)⁹.

Il significato letterale apparentemente perentorio della disposizione non ha impedito una lettura capace di trasformarla in una clausola generale che consente al giudice di stabilire quando i rapporti con la famiglia di origine debbano effettivamente cessare e quando invece possano proseguire: al significato letterale si sovrappone la valutazione del *best interest*, che acquista così una forza pervasiva assoluta, capace di plasmarne il significato letterale fino al punto di mutarlo radicalmente, appunto in quanto una regola 'assoluta' («cessano i rapporti») si trasforma in una regola relativa («i rapporti di regola cessano, ma il giudice ha il potere di ...»)¹⁰. La motivazione richiama, al riguardo, la nozione di "presunzione", che

9 Si allude a Corte cost., 28 settembre 2023, n.183, in molteplici periodici, tra cui *Giur. cost.*, 2023, 2731, con nota di F. Astone. La decisione è significativa proprio in quanto, a fronte di una disposizione formulata in termini inequivoci, quale appunto l'art. 27, 3° comma («[c]on l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine»), ritiene possibile una lettura costituzionalmente orientata che ne trasforma il significato letterale e così attribuisce al giudice di merito il potere di valutare caso per caso quali rapporti con la famiglia di origine debbano effettivamente cessare e quali eventualmente, in ragione del *best interest of the child*, continuare. Dunque, la valutazione del *best interest* (dal punto di vista del minore) assume una forza pervasiva rispetto a qualsiasi disposizione ed a qualsiasi istituto, in quanto capace di plasmarne il significato fino al punto di mutarlo drasticamente. Sotto questo profilo, il significato della pronuncia trascende la questione oggetto del giudizio e si presta a fornire – proprio in ragione della dichiarazione di costituzionalità della disposizione – una chiave di lettura dell'intero sistema.

10 La Corte costituzionale si è spesso prodotta in decisioni che trasformavano norme comuni in clausole generali, ma si trattava di decisioni di accoglimento, capaci per definizione di riscrivere la disposizione: un caso notissimo è rappresentato da Corte cost., 10 giugno 1966, n. 63, in *Giur. cost.*, 1966, 642, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948, n. 4, e 2955, n. 2, c.c. nella parte in cui, in relazione all'art. 2935 c.c., "consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro". Come osserva L. Mengoni, "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico", in *Jus*, 1976, pp. 177 ss., ed in *Id.*, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 54 ed ivi nota 118, la Corte costituzionale avrebbe creato una lacuna, rendendo inapplicabile l'art. 2935 c.c. al rapporto di lavoro e, secondo l'interpretazione giurisprudenziale che ne è seguita, il dispositivo della decisione si atteggia "come una clausola generale che rimette al giudice, caso per caso, la determinazione del giorno di decorrenza del termine: il che, in una materia come la prescrizione, è una mostruosità".

assume però un significato particolare, lontano dall'ambito processuale della prova, per assumere invece un significato sostanziale, nel senso che la regola conserva la sua validità e rappresenta anzi la soluzione 'normale' del problema, che il giudice applica senz'altro a meno che – e questo è il punto – la peculiarità del caso non sia tale da reclamare una soluzione diversa.

A meno che – si potrebbe dire – il caso non sia, per sue peculiarità, talmente recalcitrante alla soluzione normativa, inevitabilmente standardizzata, da imporre una soluzione diversa, che il giudice è abilitato a percorrere. Ed è in questo senso che il richiamo alla nozione di presunzione vale a trasformare la regola in clausola generale: la regola presente nel sistema normativo trova normalmente applicazione, ma il giudice ha il potere di intervenire per disapplicarla, spiegando in quali limiti sia effettivamente da disapplicare, fermo il limite rappresentato dal *best interest of the child*, in relazione al quale la soluzione del caso deve essere di volta in volta giustificata. È dunque il principio del *best interest* a giustificare sia il potere del giudice di intervenire, sia il limite di questo stesso potere, che deve necessariamente rispondere all'interesse del minore e che pertanto, in ogni singola occasione in cui il giudice ritenga di avvalersi della prerogativa che la decisione gli riconosce, dovrà trovare una specifica motivazione.

A queste condizioni, la disapplicazione della regola non comporta alcuna violazione di legalità ed appare anzi puntuale manifestazione della legalità costituzionale, appunto in quanto applica un principio che impone la natura sovraordinata dell'interesse del minore, nel senso di sovraordinata agli altri interessi in conflitto con esso, ma anche nel senso di sovraordinata alle singole regole che compongono il sistema e che vanno pertanto interpretate nei termini di una presunzione relativa. Si tratta pertanto di un modello di ragionamento che – quantomeno con riguardo ai minori – deve essere replicato rispetto a qualsiasi regola, per quanto perentoriamente formulata, da interpretare appunto come una presunzione di carattere relativo, valida nei limiti in cui la sua applicazione non implichi un sacrificio dell'interesse che invece deve salvaguardare. Sotto questo profilo, il significato della pronuncia trascende la questione oggetto del giudizio e si presta a fornire una chiave di rilettura costituzionale dell'intero sistema perfettamente rispettosa della necessaria sottoposizione del giudice alla legge.

La pronuncia in esame dimostra appunto che la giurisprudenza non deve intendere la legalità fermandosi al sistema della legge ordinaria, senza timore dell'impatto che la legalità costituzionale è in grado di produrre sull'intero sistema e preoccupandosi piuttosto degli argomenti che utilizza per dimostrare la correttezza del risultato raggiunto segnatamente quando disapplica la regola normativa – la regola che il sistema normativo 'presume' essere corretta – per ricorrere alla clausola generale. Il problema del ricorso alla clausola generale è appunto questo: è, essenzialmente, un problema di argomentazione, posto che necessariamente la motivazione richiederà uno sforzo qualitativamente diverso proprio laddove dovrà dimostrare che le peculiarità del caso giustificano in modo effettivo il superamento della regola. Saranno poi le raccolte di casi che aiuteranno la formazione di indirizzi capaci di esemplificare le condizioni alle quali la deroga alla regola normativa ed il ricorso alla clausola generale volta all'applicazione del principio possano dirsi effettivamente giustificati.

4. Ancora sul testo normativo come 'limite' all'interpretazione costituzionalmente orientata e l'insussistenza di limiti diversi (e, segnatamente, del limite rappresentato dalla natura imperativa della disposizione)

Per tornare al limite che il testo della disposizione è effettivamente capace di rappresentare rispetto all'attuazione costituzionale, può considerarsi un'ulteriore recente pronuncia della Corte costituzionale: viene in gioco, ancora una volta, l'adozione e in particolare la norma sull'adozione ordinaria che fissa la differenza di età tra adottante ed «adottato in almeno diciotto anni» (art. 291, 1° co., c.c.). Nel caso in discussione, la differenza era solo lievemente inferiore ai diciotto anni – mancavano appena nove mesi – e, ad avviso del giudice *a quo*, la rigidità del limite escludeva la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e comportava varie criticità sul piano costituzionale. La Corte costituzionale ha condiviso – a fronte di una disposizione che s'incentrava su un preciso dato numerico («diciotto anni») – l'impossibilità di una lettura costituzionalmente orientata per poi accogliere la questione nel merito, dichiarando l'incostituzionalità della norma laddove «non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l'intervallo di età di diciotto anni»¹¹.

Il raffronto tra le due decisioni interessa appunto in ragione della loro diversità: nel primo caso, la trasformazione della disposizione in clausola generale è stato operato attraverso una decisione di rigetto, appunto per indicare ai giudici dell'ordine giudiziario il modo in cui l'attuazione costituzionale può essere operata nel rispetto del principio di legalità; nel secondo caso, il risultato pratico è esattamente il medesimo, posto che, ugualmente, l'art. 291, 1° co., c.c., viene trasformato in una clausola generale attraverso cui valorizzare quelli che la motivazione chiama «motivi meritevoli» e che vanno sempre ricercati nel *best interest* del minore. La differenza è che, mentre nel primo caso il tenore letterale della disposizione consente al giudice di operare direttamente, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, nel secondo il ricorso a quest'ultima non era possibile e l'intervento della Corte costituzionale risultava inevitabile. In altri termini, il giudice non sarebbe potuto intervenire direttamente senza violare i

11 La pronuncia in questione è Corte cost., 18 gennaio 2024, n. 5, apparsa in vari periodici, tra cui *Foro it.*, 2024, I, 331, che ha ritenuto non praticabile la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata, al contrario di quanto in precedenza ritenuto da alcuni giudici di merito e da Cass. 3 aprile 2020, n. 7667, anch'essa apparsa in varie riviste, tra cui *Dir. fam.*, 2020, I, 843, con nota di S. Sanfilippo. La Corte costituzionale, chiamata ad intervenire dall'ordinanza di merito intesa a discostarsi consapevolmente dall'indicazione operata dalla Corte di Cassazione, dà subito atto che «correttamente il giudice a quo ha escluso la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata», posto che, nella specie, «la formula perentoria del primo comma dell'art. 291 cod. civ., nella parte in cui legittima l'adozione dei maggiorenni ai richiedenti che «superano di almeno diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare», integra all'evidenza detto limite all'onere di interpretazione conforme». Dunque, in questo caso, il testo della disposizione rappresentava un ostacolo non utilmente superabile.

limiti del principio di legalità. È per questa ragione che conviene fermarsi un momento sul testo delle due disposizioni e cercare di comprendere se e quale differenza giustifichi il diverso trattamento.

In questa sede, basti tuttavia dire che mentre l'art. 27, 3° comma, dispone l'interruzione dei "rapporti", senza aggiungere qualificazioni, e lascia qualche spazio a letture restrittive (i rapporti di natura giuridica che configurino *status* della persona e non le frequentazioni di mero fatto), l'art. 291, 1° co., c.c., si caratterizza per dettare la regola attraverso la precisa indicazione della differenza di età, e quindi attraverso l'indicazione di un numero ("diciotto") che, per definizione, per l'inequivocabile significato che appartiene ai numeri più delle parole, non consente, in effetti, alcun margine di possibile intervento. Il raffronto tra le due disposizioni induce pertanto a ritenere che l'interpretazione costituzionalmente orientata abbia margini molto ampi ed i casi in cui non sia possibile siano molto residuali. L'interprete che voglia cercare un significato capace (non semplicemente di non porsi in contrasto con la Costituzione, il che è ovvio, bensì) di risultare al massimo grado coeso con l'attuazione costituzionale, potrà spingersi fino al limite ultimo della ricerca, e le regole formulate attraverso un'indicazione numerica rappresentano una chiara esemplificazione del fenomeno.

Non sembra invece – e proprio su questo punto le due pronunce in esame, nella loro diversità, sembrano fornire la medesima indicazione – che la natura imperativa della disposizione possa rappresentare un limite: l'art. 27, 3° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184, è senz'altro una norma imperativa, eppure questo aspetto non ha rappresentato una difficoltà. Natura imperativa ha anche, del resto, l'art. 291, 1° comma, c.c., ed anche in questo caso non è stata la natura imperativa della disposizione a rappresentare una difficoltà, quanto la "formula perentoria" utilizzata nella disposizione, con un riferimento numerico che non consentiva quell'elasticità che invece, con riguardo all'art. 27, 3° comma, lasciava il riferimento ai "rapporti" che dovevano necessariamente essere interrotti tra l'adottando e la sua famiglia di origine. In quest'ultimo caso, è stato possibile intendere la parola rapporti in relazione agli *status* della persona, mentre il riferimento alla differenza di "diciotto" anni, non consentiva una simile elasticità. Ma il problema era nella formulazione della disposizione e nell'indicazione numerica che conteneva, non nella natura imperativa della norma.

La Corte costituzionale, del resto, aveva già mostrato in altre occasioni, con interventi realizzati attraverso tecniche diverse, ma sempre con la medesima finalità e risultati relativamente simili, di ritenere le clausole generali – di rango costituzionale o di rango ordinario – capaci di operare anche in materie rette da norme imperative, come nell'occasione in cui aveva riconfigurato il *dies a quo* dell'azione del lavoratore di diritti maturati nel corso del rapporto di lavoro o, in tempi più recenti ed in materia di *status*, quando mostra di ritenere precluso l'esercizio dell'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità, da parte di chi aveva piena consapevolezza della sua falsità se l'azione stessa non risponda al *best interest* del minore o ancora, si può aggiungere, l'esercizio dell'azione di disconoscimento esercitata da parte del marito che avesse prestato il suo consenso alla fecondazione eterologa della

moglie (che per definizione, oltre a tradire l'affidamento della madre, lede anche il *best interest* del figlio)¹².

L'indicazione della Corte costituzionale è dunque in contrasto con la dottrina probabilmente prevalente proprio su un aspetto decisivo dell'intera questione, rappresentato appunto dalla possibilità di perseguire l'attuazione della Costituzione attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate anche in materie rette da norme imperative, fino al limite ultimo che interrompa la ricerca (il limite dato, ad esempio, da un'indicazione numerica). Il rispetto del limite rappresentato dal testo, quando effettivamente il testo pone limiti, è certamente fondamentale, ma ai fini del rispetto del principio di legalità – quando si percorrano soluzioni che derogano a disposizioni di legge (e che devono “presumersi” corrette) – l'aspetto che richiede particolare considerazione è l'attenzione costante ai principi che la Costituzione impone di considerare e fornendo argomentazioni strettamente coese con essi. È nella riflessione su questi principi che l'argomentazione deve svolgersi, ed è in riferimento ad essi che può essere sindacata, quando i caratteri del caso non siano tali da giustificare una soluzione diversa da quella offerta dalle norme ordinarie e non richieda di essere rielaborata attraverso il ricorso alle clausole generali (e, loro tramite, ai valori costituzionali).

5. La lezione dell'uso alternativo e la legalità costituzionale

Gli orientamenti della Corte costituzionale confermano l'attualità e la praticabilità di un discorso sull'uso alternativo assolutamente rispettoso della legalità

12 Della prima – ormai storica – decisione si è già detto. Quanto all'esercizio dell'impugnazione del riconoscimento effettuato nella consapevolezza della sua falsità (si allude al riconoscimento c.d. ‘compiacente’, a volte operato proprio per conferire uno *status* al figlio nato da una precedente relazione in casi in cui, tuttavia, si desidera il suo pieno inserimento nella nuova famiglia della madre), Corte cost. 25 giugno 2020, n. 127, in *Giur. cost.*, 2020, pp. 1414 ss., con nota di F. Astone, ha respinto la questione e lasciato volutamente invariato il testo dell'art. 263, 1° comma, c.c., ma ne ha trasformato del tutto il senso e la portata: senza sovra-ordinare il principio alla regola, l'art. 263 c.c. non avrebbe resistito alle critiche del giudice *a quo* (non tanto per il contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., quanto per il contrasto con il principio che assicura il libero sviluppo della personalità di cui all'art. 2 Cost.). Infine, quanto alla nota vicenda del disconoscimento di paternità effettuato dal marito della madre che aveva preventivamente concesso l'assenso alla fecondazione eterologa di lei, Corte cost. 22 settembre 1998, n. 347, in *Giust. civ.*, 1998, pp. 2409 ss., con nota di M. Morelli, si tratta in questo caso di una decisione di inammissibilità che si è limitata a dichiarare l'art. 235 c.c. inapplicabile al caso di specie, posta l'impossibilità di assimilare la fecondazione assistita all'adulterio, ma al contempo ha anche in questo caso inciso in profondità sul senso della disposizione e l'interpretazione del sistema, scoprendo una lacuna ed invitando a ricercare nel sistema complessivo, la corretta soluzione e la vicenda, alludendo ai principi ed alle clausole che potevano valere a precludere l'esercizio dell'azione da parte del marito, tanto che, di lì a poco, la Corte di cassazione, intervenendo nuovamente nella vicenda, ha ritenuto l'azione preclusa richiamando le clausole generali di “buona fede, correttezza e lealtà”, che in materia di famiglia si traducono in “solidarietà e reciproco affidamento” (Cass. 16 dicembre 1999, n. 2315, apparsa anch'essa su molteplici periodici e tuttavia commentata anch'essa in modo prevalentemente critico, proprio per la resistenza ad accettare l'operatività delle clausole generali in questa materia).

costituzionale. Non può dirsi – del resto – che alcune prove offerte dalla giurisprudenza attraverso il ricorso alle clausole generali, sostenute dal costante confronto con i valori costituzionali, abbiano dato luogo a fenomeni di creazionismo affidato all'arbitrio o al protagonismo: basterebbe forse citare istituti che incontrano diffusa condivisione, come l'adozione mite e, più in generale, le trasformazioni impresse al modo di intendere la famiglia, fino a determinare un ripensamento radicale delle forme tradizionali, ovvero, ancora più semplicemente, considerare il modo in cui, attraverso la nozione di danno ingiusto nei termini di una clausola generale, utilizzata per attuare in modo diretto i valori costituzionali, sia stato possibile riconoscere – contro la posizione assunta dalla dottrina maggiormente condizionata dalla dogmatica – effettiva tutela ai valori costituzionali.

Sotto diverso profilo, taluni dei casi molto discussi e criticati dalla dottrina, sono in realtà casi effettivamente 'recalcitranti', dunque casi comunque relativamente isolati, probabilmente decisi in modo corretto da giudici che hanno intuito la soluzione anche se non sempre sono riusciti a svolgerla in modo effettivamente coerente. Tanto è vero che le critiche riguardano l'apparato argomentativo più che l'esito finale del caso, che è spesso assolutamente corretto¹³. Sotto questo profilo, le polemiche che percorrono la dottrina italiana sembrano forse sovradimensionate rispetto al numero relativamente limitato di casi intervenuti in alcune materie (ed in particolare nell'area del contratto), rispetto ad altri orientamenti – basti considerare le aree prima ricordate (le aree della famiglia e della responsabilità civile) – che hanno invece avuto un impatto pratico veramente considerevole. Dovrebbero, se mai, far discutere maggiormente altre situazioni, in cui, nella generale indifferenza o a volte nell'esplicito plauso, vengono palesemente trascurati diritti¹⁴.

13 In questo senso, ad es., con riguardo alla nota vicenda dei derivati (riferendosi in particolare a Cass. 29 luglio 202111, n. 21830, in *NGCC*, 2022, 267), M. Barcellona, "La Cassazione e i derivati: tra pessime argomentazioni e condivisibili conclusioni", in *NGCC*, 2022, pp. 451 ss., spec. 453. Sempre a proposito della vicenda relativa ai derivati (con particolare riguardo a Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Riv. dir. bancario*, 2020, pp. 124 ss.), sempre con riguardo alla motivazione, v. anche A. Gentili, "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", cit., 649 ("qui la categoria veramente usata sembra essere quella del fritto misto"). Così, per la verità, è anche in altri casi di creazionismo, come, ad es., Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 (richiamata *retro*, note 4 e 11) e Corte cost., *ord.*, 24 ottobre 2013, n. 248 (*supra*, nota 4), ugualmente relativa ad un caso limite. Dunque, non può parlarsi di 'creazionismo' in ragione di una motivazione insufficiente o anche palesemente incongrua: la dichiarazione di nullità dei contratti o delle singole clausole, a cui il sistema consente espressamente di ricorrere anche utilizzando clausole generali (artt. 1418, comma 2, e 1343 c.c.), non comporta, di per sé, alcun fenomeno di 'creazionismo'.

14 Il riferimento è ancora al tema dello *status* dei figli di coppie *same sex* (*retro*, nota 13) su cui oggi, segnatamente con riferimento ai figli di coppie maschili e a pratiche necessariamente incentrate sul c.d. 'affitto' dell'utero di una donna estranea al progetto procreativo e compensata in denaro. In entrambe le decisioni che hanno di recente affrontato l'argomento, si riconosce l'esistenza del vuoto di tutela che entrambe le ordinanze di rimessione denunciavano: al minore nato dall'iniziativa di una coppia dello stesso sesso è precluso, in quanto figlio del solo genitore con il quale sussista il legame di derivazione biologica, uno *status* corrispondente a quello di «figlio» quale oggi previsto dal sistema (artt. 315 ss. c.c.), che ignora volutamente ogni classificazione legata al contesto in cui il concepimento è intervenuto e si concentra unicamente sull'insieme delle prerogative che al figlio devono essere – comunque – garantite. Tuttavia, si

Proprio queste situazioni fanno comprendere che l'attuazione della Costituzione sia un percorso in continuo divenire, che non potrà mai dirsi definitivamente compiuto. I giuristi, e naturalmente l'intera magistratura, insieme al Foro, non possono non sentirsi coinvolti. Nessuna componente, dunque, deve essere esclusa. Sarebbe tempo, anzi, di sostenere senz'altro che la questione dell'attuazione costituzionale non sia estranea alla quotidianità di ciascun membro della collettività, giurista o meno che sia.

Bibliografia

- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisti marxista, e II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- AA.VV., *Il principio di buona fede – Giornata di Studio, Pisa 14 giugno 1985*, Giuffrè, 1987.
- Castronovo, C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015.
- D'Amico, G. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017.
- Ferrajoli, L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, 2018.
- Gentili, A., "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", in *Riv. dir. civ.*, 2021.
- Gentili, A., *Senso e consenso*, Giappichelli, 2015.
- Grossi, P., *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, Giuffrè, 2021.
- Grossi, P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, 2000.
- Irti, N., voce "Diritto civile", in *Digesto, Disc. Priv., sez. civ.*, IX, 1990.
- Lipari, N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013.

conclude il discorso nel senso che la disciplina dello *status* relativo ai figli nati attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita rientri nella discrezionalità del legislatore – che avrebbe un significativo «margine di manovra» nell'elaborare le regole più opportune – e non implichi soluzioni obbligate («a rime obbligate»), potendo essere regolato secondo modelli e tecniche di intervento diversi tra loro e ugualmente compatibili con le fonti di rango costituzionale che disciplinano questa materia. Si vuole così affermare che la specificità di questa modalità di procreazione sia tale per cui – ferma la disparità di trattamento che i nati in seguito a tale pratica subiscono e la necessità di riconoscere giuridico rilievo al legame con il/la partner del genitore biologico – la pura e semplice estensione, in loro favore, dello *status* di figlio di entrambi i *partners* che abbiano assunto l'iniziativa di avviare la procreazione stessa, potrebbe al massimo rappresentare una delle possibili opzioni legislative, al pari di altre, che pur negando la pura e semplice estensione di quello *status*, e dunque costituendo *status* diversi da quello (contro la recente riforma, che aveva invece inteso eliminare la pluralità degli *status* possibili), riescano comunque a risultare costituzionalmente legittime. Sebbene sia chiara la delicatezza del discorso con riguardo alle pratiche di 'affitto' dell'utero, sembra però trascurata la situazione in cui si trovano i minori, che vengono, nella sostanza, discriminati a causa della condotta dei genitori. Per questa ragione è difficile apprezzare sentenze certamente non creative – e forse per questa ragione particolarmente apprezzate dalla dottrina (v., ad es., M. Sesta, "La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite", in *Riv. dir. civ.*, 2023, pp. 387 ss.) – come Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, che ha nuovamente negato la possibilità di escludere in via interpretativa, mediante una valutazione caso per caso, la lesività della dignità della persona umana e, con essa il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, anche laddove la pratica della surrogazione di maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino.

- Lipari, N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017.
- Lipari, N., *Vivere il diritto*, ESI, 2023.
- Macario, F. (a cura di), *Famiglia. Enciclopedia del Diritto. I Tematici*, Giuffrè, 2021.
- Luciani, M., voce “Interpretazione conforme a costituzione”, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, 2016.
- Mengoni, L., “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”, in *Jus*, 1976, ed in Id., *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985.
- Navarretta, E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.
- Nivarra, L., *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2008.
- Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1988.
- Perlingieri, P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, ESI, 2008.
- Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006, 2021.
- Rescigno, P., “L’abuso del diritto”, in *Riv. dir. civ.*, 1965.
- Rodotà, S., “Note critiche in tema di proprietà”, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960.
- Rodotà, S., “Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile”, in *Riv. dir. comm.*, 1967.
- Rodotà, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969.
- Roselli, F., *Il controllo della Cassazione sull’uso delle clausole generali*, Jovene, 1983.
- Schauer, F., “Le regole del gioco”, Il Mulino, 2000.
- Velluzzi, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010.

Fabio Ciaramelli*

*L'allargamento dell'analisi marxista dall'economia
alla critica delle relazioni di potere esistenti*

Alla memoria di Pietro Barcellona

1. Uno dei punti su cui sembra esservi un certo consenso nella rilettura dell'uso alternativo del diritto, a cinquant'anni di distanza dal convegno animato e introdotto da Pietro Barcellona, è l'esigenza di allargare il campo dell'attenzione – nell'analisi del fenomeno giuridico e soprattutto nella riflessione sulla pratica degli operatori del diritto – dal *testo* al *contesto*.

In questa prospettiva, vorrei soffermarmi su un unico punto alla base d'una simile esigenza, interrogandomi sul contesto concreto del riferimento all'analisi marxista che, com'è noto, rappresentava il filo conduttore centrale dei diversi modi d'intendere e praticare il cosiddetto “uso alternativo del diritto”, richiamato fin dal sottotitolo del primo volume degli Atti del convegno catanese¹.

Preciso subito, limitando ulteriormente il mio campo d'indagine, che svolgerò il mio ragionamento basandomi essenzialmente sull'Introduzione di Pietro Barcellona, alla cui base mi sembra possibile riconoscere alcune implicazioni contestuali che, all'inizio degli anni Settanta del Novecento, influenzavano – consapevolmente o meno – l'orizzonte della comprensione e del riferimento all'analisi marxista. In quel lasso di tempo, infatti, tanto la crisi della società e del potere costituito quanto la pratica della contestazione che li prendeva di mira non erano più riconducibili a ciò che la tradizione canonica del marxismo aveva creduto di potervi scorgere, cioè in definitiva all'originaria visione marxiana della contraddizione economica, basata su un punto fermo, dato per scontato e ritenuto irrinunciabile, cioè sull'asserita impossibilità d'una convivenza ‘pacifica’ tra sviluppo delle forze produttive e mantenimento dei rapporti di produzione di tipo capitalistico.

Non sarà inutile riportare per esteso almeno un testo di Marx, tratto dalla citatissima Introduzione del 1857 a *Per la critica dell'economia politica*, in cui è enunciato nel modo più chiaro il senso rigorosamente logico-economico della contraddizione all'interno del cosiddetto materialismo storico: “A un dato punto del loro

* fabio.ciaramelli@unina.it Professore ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Napoli “Federico II”.

1 Cfr. P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Vol. I – Scienza giuridica e analisi marxista. Vol. II – Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973.

sviluppo, le forze produttive materiali della società entrano in contraddizione con i rapporti di produzione esistenti, cioè con i rapporti di proprietà (che ne sono soltanto l'espressione giuridica) dentro i quali tali forze per l'innanzi s'erano mosse. Questi rapporti, da forme di sviluppo delle forze produttive, si convertono in loro catene. E allora subentra un'epoca di rivoluzione sociale"².

Nella visione dialettica della contraddizione così delineata, a quest'ultima spettava il compito di spiegare il processo storico, riconducendolo alla sua origine, cioè al fatto che lo sviluppo e la crisi d'un modo di produzione costituivano la premessa necessaria d'un nuovo modo di produzione, più avanzato del precedente. Anche nella società capitalista, dunque, sarebbe stata, ancora una volta, la contraddizione tra forze produttive e rapporti di produzione che avrebbe dovuto scatenare la rivoluzione, il crollo del sistema capitalistico, l'avvento del socialismo. In tal modo, la contraddizione economica, e la sua lettura dialettica, dimostravano d'essere l'origine necessitante del processo storico e consentivano di esplicitarne e coglierne fin d'ora il senso finale, che il futuro avrebbe portato a compimento.

Senonché, proprio negli anni del boom economico – cioè nei “trenta gloriosi” successivi alla fine della Seconda guerra mondiale – il successo dello stato sociale o stato del benessere, figlio del compromesso socialdemocratico alla base della Costituzione repubblicana, accresceva considerevolmente la distanza tra la (presunta) origine necessitante e la tappa finale del processo storico. Ciò rendeva improponibile lo schema marxiano or ora ricordato, lo smentiva o capovolgeva e in tal modo faceva maturare la presa di coscienza diffusa del carattere fondamentale d'un altro tipo di contraddizione, il cui statuto culturale o valoriale appariva basato sulla tensione tra aspettative indotte e possibilità effettive. Questa percezione non più economicistica della contraddizione fondamentale della società (neo)capitalistica si basava sulla delusione o disillusione che nasceva dallo stato di cose esistente, certamente capace di realizzare la crescita economica della produzione e dei consumi, ma altrettanto certamente incapace di farsi carico dei costi sociali di questa stessa crescita. La contraddizione e la crisi consistevano perciò essenzialmente nel fatto che il sistema economico si rivelava incapace di mantenere le proprie promesse in termini di miglioramento complessivo delle condizioni di vita delle grandi masse popolari.

In realtà, il sistema capitalistico non crollava, anzi conosceva una fase di generalizzata crescita. E tuttavia, l'innegabile sviluppo economico cui si assisteva – e che provocava un'incredibile e inedita diffusione dei consumi individuali o privati

2 K. Marx, *Introduzione alla critica dell'economia politica* [1857], trad. it. L. Colletti, Edizioni Rinascita, Roma, 1954, passo 18. Il passo citato nel testo è preceduto dalle seguenti parole: “Nella produzione sociale della loro esistenza, gli uomini entrano in rapporti determinati, necessari, indipendenti dalla loro volontà, in rapporti di produzione che corrispondono a un determinato grado di sviluppo delle loro forze produttive materiali. L'insieme di questi rapporti di produzione costituisce la struttura economica della società, ossia la base reale sulla quale si eleva una sovrastruttura giuridica e politica e alla quale corrispondono forme determinate della coscienza sociale. Il modo di produzione della vita materiale condiziona, in generale, il processo sociale, politico e spirituale della vita. Non è la coscienza degli uomini che determina il loro essere, ma è, al contrario, il loro essere sociale che determina la loro coscienza” (*ibid.*).

– non manteneva affatto la promessa d'un incremento altrettanto diffuso di servizi e consumi *sociali*, la cui realizzazione avrebbe dovuto generalizzare il benessere. Di fatto, però, solo i consumi privati crescevano più o meno allo stesso modo dei profitti, a detrimento dell'atteso miglioramento complessivo delle condizioni di vita delle masse. In sintesi: tendenza inarrestabile alla privatizzazione dei benefici e alla socializzazione dei costi.

In un simile squilibrio tra promesse e realizzazioni trova la sua origine la polemica sullo sviluppo ridotto a sola crescita economica della produzione e dei consumi privati, e quindi incapace di trasformarsi in fattore di progresso civile, che per esempio animò i “grandi interventi civili” di Pier Paolo Pasolini (1922-1975) nei suoi ultimi anni di vita³.

2. Si trattava solo d'un processo economico? Era all'opera esclusivamente l'inevitabile ed inesorabile logica dell'economia capitalistica, che spingeva a massimizzare i profitti ma che poi, per mantenere inalterata la crescita senza di cui il sistema crollerebbe, doveva inevitabilmente bloccare il promesso incremento di servizi e consumi sociali? Non c'era invece da riconoscere, alla base di queste dinamiche economiche, il ruolo centrale delle relazioni di potere?

È esattamente verso il superamento del primato dell'economia, al quale era rimasto ancorato il marxismo classico, che nel corso degli anni Sessanta s'orientava la contestazione della società stabilita. Contestazione che attecchiva in aree sociali che erano state già toccate dalla crescita economica. A protestare erano, infatti, gli stessi individui che avevano cominciato, anche se solo cominciato, a godersi i vantaggi del benessere.

Più precisamente, la contraddizione da mettere in luce e da far esplodere ora non riguarda più esclusivamente l'economia ma l'organizzazione complessiva della società e segnatamente delle sue relazioni di potere, attraverso cui le strutture fondamentali dell'ordine simbolico – cioè i significati, i valori, le norme – s'incorporano nel tessuto sociale effettivo, cioè nell'insieme dei comportamenti e delle idee degli individui concreti.

Come ha messo in luce Raffaele Alberto Ventura nella sua recente Introduzione a un'antologia di Cornelius Castoriadis, quest'ultimo aveva sostenuto nei suoi scritti economico-politici apparsi già negli ultimi anni di *Socialisme ou Barbarie* (1949-1967) che “il capitalismo è la prima forma sociale a noi nota, la cui organizzazione contiene una contraddizione interna insormontabile”, precisando però che “il termine di contraddizione è stato *galvaudé* (svilito, abusato, compromesso) da generazioni di marxisti e pseudomarxisti sino a perdere ogni significato, e da Marx stesso era stato utilizzato in modo improprio, per denunciare una contraddizione inesistente fra le forze produttive e i rapporti di produzione”⁴.

3 P. P. Pasolini, *I grandi interventi civili*, Garzanti, Milano, 2021.

4 Si veda l'introduzione di Ventura, al libro di C. Castoriadis, *Contro l'economia. Scritti 1949-1997*, R.A. Ventura (a cura di), Luiss University Press, Roma, 2022, p. 20.

Nella prima parte del suo *opus magnum*, intitolato *L'institution imaginaire de la société*⁵ – mancante nell'edizione italiana introdotta da Pietro Barcellona⁶ – Castoriadis precisa accuratamente questo aspetto della questione, sostenendo che “la crisi della società stabilita e la sua contestazione da parte della grande maggioranza degli esseri umani che vivono in essa”, non dipende dalla contraddizione economica tra forze produttive e rapporti di produzione, ma dal fatto che “l'organizzazione sociale non riesce a realizzare i fini che si prefigge senza far ricorso a mezzi che li contraddicono, generando esigenze che non può esaudire, fissando criteri che non è in grado di applicare e norme che è costretta a violare”⁷.

A differenza di quanto poi sarebbe accaduto nel caso di Lucio Colletti⁸, Castoriadis – come ben chiarisce Ventura – “dice addio alla vecchia teoria della contraddizione per sostituirla con una nuova”⁹, che rende possibile una critica radicale della società capitalistica, in modo particolare delle relazioni di potere che essa produce e dell'insoddisfazione generalizzata che essa genera. Precisa Castoriadis: “L'organizzazione capitalistica della società è contraddittoria nel senso rigoroso di un individuo nevrotico: essa non può realizzare i suoi obiettivi se non incentivando dei comportamenti che li contrastano costantemente”¹⁰.

In realtà, il capitalismo, contrariamente alle previsioni marxiste, ha realizzato un enorme sviluppo della crescita economica, “ma i risultati sono stati vanificati dall'aumento continuo dei bisogni e dalla crescente divisione del lavoro in mansioni alienanti. La contraddizione, più che economica, è ormai culturale. Si tratta nientemeno che di una ‘crisi del significato della vita e delle motivazioni umane’, come espresso da Castoriadis nella conferenza del 1965 “*Crisis of modern society*”¹¹. Per concludere su questo punto, vale la pena di citare l'*incipit* di questa conferenza del 1965: “Per parlare della ‘crisi della società moderna’ bisogna evocare innanzitutto uno straordinario paradosso della nostra moderna società industriale, del modo in cui viviamo e agiamo. È la contraddizione tra l'onnipotenza che rivendichiamo sull'ambiente fisico – in effetti la tecnica non smette di progredire e ci permette ormai di dominare i fenomeni naturali ed estrarre una quantità crescente di energia – e lo spaventoso caos, il sentimento d'impotenza che invece si manifesta quando abbiamo a che fare con i problemi della società e della natura umana. Il funzionamento dei sistemi sociali continua a sfuggirci”¹².

5 Cfr. C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, Paris 1975, pp. 13-230. Si tratta della prima parte del libro, intitolata *Marxisme et théorie révolutionnaire*, pubblicata originariamente nel 1964/65 negli ultimi numeri di *Socialisme ou Barbarie*.

6 C. Castoriadis, *L'istituzione immaginaria della società. Seconda parte*, F. Ciaramelli (a cura di), Introduzione di P. Barcellona, Bollati Boringhieri, Torino, 1995.

7 Castoriadis, *op. cit.*, 1975, p. 130.

8 L. Colletti, *Intervista politico-filosofica*, Laterza, Roma-Bari, 1975. Questo volumetto, che fece molto scalpore, riproduce una intervista rilasciata da Colletti alla *New Left Review* nel 1974, accompagnata da un saggio scritto a chiarimento dell'intervista e intitolato «Marxismo e dialettica».

9 C. Castoriadis, *op. cit.*, 2022, p. 20.

10 Ivi, pp. 20-21.

11 Ivi, pp. 12-13.

12 C. Castoriadis, *La crisi della società moderna* [1965], in C. Castoriadis, *op. cit.*, 2022, pp. 71-85.

3. I marxisti tradizionali consideravano come puramente “sovrastutturale”, cioè secondario e derivato, ogni riferimento all’universo simbolico dei significati, dei valori e delle norme, attraverso cui, viceversa, l’abbandono della pregiudiziale economicistica riesce a prendere di mira le relazioni di potere così come queste ultime strutturano l’articolazione politico-giuridica dell’organizzazione sociale. Le linee fondamentali di questa nuova maniera d’impostare l’analisi delle contraddizioni sociali si trova chiaramente espressa nel capitolo conclusivo d’un libro del 1974, nel quale Pierre Clastres raccoglieva i suoi saggi di antropologia politica, modificando i punti di riferimento tradizionali dell’analisi marxista. Clastres sosteneva, tra le altre cose, che “la principale divisione della società, quella che fonda tutte le altre, compresa senza dubbio la divisione del lavoro, è la nuova disposizione verticale tra la base e il vertice, è la grande cesura politica fra detentori della forza e soggetti a quella forza. La relazione politica del potere precede e fonda la relazione economica di sfruttamento. Prima di essere economica, l’alienazione è politica”¹³. E poco più avanti, l’antropologo che fu definito “l’erede libertario di Lévi-Strauss” aggiungeva: “Non il mutamento economico, ma l’organizzazione politica è, dunque, il fattore decisivo [...]. E se si vogliono conservare i concetti marxisti di infrastruttura e sovrastruttura, bisogna essere disposti a riconoscere che l’infrastruttura è il politico, che la sovrastruttura è l’economico”¹⁴.

Qualcosa di analogo funge da implicito presupposto del modo con cui, nella sua Introduzione agli Atti del convegno sull’uso alternativo del diritto, Pietro Barcellona si riferiva alla centralità delle relazioni di potere sempre meno accessibili al controllo giuridico¹⁵. Ed è esattamente così che egli leggeva la perdita di funzione degli strumenti giuridici tradizionali e la conseguente marginalità del diritto, nonostante la diffusa attenzione del pubblico per i temi della giustizia. Questa crescente diffusione dell’interesse dei profani per i problemi del diritto e della giustizia non faceva altro che acuire “il senso di frustrazione del giurista, specie di quanti si rendono conto che (contestualmente al dilatarsi del dibattito) il potere si sposta verso zone sempre meno accessibili al controllo giuridico: l’alta amministrazione, le tecnologie industriali, ecc.”¹⁶.

Si ritrova qui il cuore della contraddizione che permea di sé la società contemporanea: non però solo nelle sue strutture economiche ma più in generale in tutte le sue relazioni di potere, cioè in quelle che, in uno Stato di diritto, dovrebbero essere limitate e controllate esattamente dal diritto e perciò affidate all’efficace intervento dei giuristi. Ma – ed è questo il dato nuovo da cui parte la riflessione di Barcello-

13 P. Clastres, *La società contro lo Stato. Ricerche di antropologia politica* [1974], trad. it. L. Derla, Feltrinelli, Milano, 1978, p.146.

14 Ivi, p.149.

15 In questa transizione dal primato dell’economico all’analisi delle relazioni di potere, transizione certamente facilitata dall’interesse per la psicoanalisi freudiana (esplicitamente richiamata in P. Barcellona, *op. cit.*, 1973, I, XVIII), vanno ricercati i lontani presupposti concettuali di ciò che in seguito Pietro Barcellona avrebbe chiamato “cambio di paradigma”. Cfr. P. Barcellona, *Lo spazio della politica. Tecnica e democrazia*, Editori Riuniti, Roma, 1994; cfr. anche P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996.

16 P. Barcellona, *op. cit.*, 1973, I, V.

na – è proprio questo ruolo, che da un lato la società neocapitalistica attribuisce e richiede ai giuristi, ma che poi essa stessa contraddittoriamente impedisce loro di svolgere in modo efficace: di svolgere, cioè, come controllo giuridico del potere, e non come mera forma di legittimazione celebrativa e autoassolutoria dello stesso.

Tutta l'Introduzione di Pietro Barcellona agli Atti del convegno catanese, a partire dall'analisi della “crisi della mediazione giuridica”¹⁷ e del correlativo “depotenziamento della funzione del diritto”¹⁸, è animata dalla denuncia dell'inutile ripetizione di “formule vuote e assolutamente prive di contenuto normativo (come bene comune, utilità sociale e così via), utilizzate per tutelare gli interessi già realizzati e non già per promuovere la protezione degli interessi all'emancipazione e alla trasformazione degli attuali rapporti di dominio”¹⁹. Ne emerge la conferma che il diritto, sempre più spesso ridotto esclusivamente alla sua dimensione legalistica e di conseguenza alla sua funzione coercitiva, quasi mai efficace, risulta di fatto sprovvisto di ciò che una volta costituiva il suo radicamento nelle istituzioni, tanto sul piano sociologico quanto sul piano psicologico.

Ecco il nuovo volto della contraddizione. Lo Stato di diritto si dichiara sottoposto al controllo giuridico, ma limita quest'ultimo alla pura erogazione di sanzioni, spesso del tutto inefficaci, senza minimamente intaccare lo scollamento tra piano formale del diritto e concretezza del tessuto sociale. La già segnalata limitazione delle analisi giuridiche all'aspetto puramente legalistico e coercitivo del diritto è solo una conseguenza di questo fenomeno, lucidamente descritto e analizzato da Castoriadis in questo testo, che risale alla metà degli anni Sessanta: “Attualmente, le regole e le loro sanzioni sono quasi esclusivamente giuridiche e le formazioni inconscie non corrispondono più a delle regole in senso sociologico”. Infatti, continua Castoriadis: “al di fuori delle sanzioni giuridiche, queste regole, il più delle volte, mancano di ogni giustificazione nella coscienza delle persone. Ma la cosa più importante non è il crollo delle sanzioni corrispondenti alle regole-divieto: è la scomparsa totale di regole e di valori positivi. La vita d'una società non può fondarsi esclusivamente su una rete di divieti, di ingiunzioni negative [...]. Da questo punto di vista, nella società contemporanea, esistono solo residui di fasi anteriori, logorati ogni giorno di più e ridotti ad astrazioni sprovviste di rapporto con la vita”²⁰. Proprio per questa carenza, in una congiuntura di grande trasformazione sociale e culturale, caratterizzata dall'emersione d'un diffuso disagio, connesso all'esplosione della contraddizione nel senso segnalato prima, non può non crescere tra gli stessi giuristi l'insoddisfazione per una concezione e una pratica del diritto del tutto incapace di cogliere il fondo della realtà sociale e quindi d'incidere efficacemente sulle relazioni di potere.

17 Ivi, I, VII.

18 Ivi, I, IX.

19 Ivi, I, XI.

20 C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, op. cit., 1975, p. 134. La recente traduzione italiana (C. Castoriadis, *L'istituzione immaginaria della società*, E. Profumi (a cura di), Mimesis, Sesto San Giovanni, 2022) alla pagina 168 contiene un controsenso evidente, perché, pensando forse ad un refuso, traduce *mités* (logorati) con *imitati*.

4. Questa consapevolezza circa la centralità delle relazioni di potere, che spetterebbe al diritto controllare e limitare giuridicamente, influenza in maniera determinante il riferimento all'analisi marxista da parte di Pietro Barcellona, che nell'Introduzione agli atti del Convegno sull'uso alternativo del diritto così scriveva: “Le categorie giuridiche, presentate come elaborazioni concettuali indipendenti dai condizionamenti storici, finiscono con l'essere uno strumento per la ‘valorizzazione’ dei rapporti di potere esistenti, finiscono cioè con il valorizzare la realtà così com'è, impedendo di fare qualsiasi critica del modello di sviluppo sociale. Astrazione e sussunzione sono i procedimenti per mezzo dei quali i modelli prodotti dalla base materiale, dalla prassi sociale, continuano a ordinare la realtà del presente: il nostro passato governa così il presente e il futuro”²¹. “Da qui – come ha di recente commentato Nicolò Lipari, condirettore della collana in cui uscirono gli Atti del convegno – la proposta di un uso alternativo del diritto, cioè di un necessario indirizzo del procedimento applicativo secondo una scelta, quella in favore delle classi subalterne, che si assumeva ‘già operata dalla Costituzione repubblicana’²².

Le ultime parole, poste tra virgolette nel testo di Lipari, sono tratte dalla relazione di Luigi Ferrajoli, di cui vale la pena riprodurre l'immediato contesto: “L'art. 3 della Costituzione [...] *impone* alla Repubblica – e quindi anche ai giudici – il compito di rimuovere quegli ostacoli che di fatto si oppongono all'attuazione dell'effettiva libertà e della sostanziale uguaglianza di tutti i cittadini. È un'affermazione rivoluzionaria, che mette in discussione l'intero assetto capitalistico della nostra società [...]. Essa costituisce il più importante titolo di legittimazione per una giurisprudenza alternativa [...] che non si fonda su di un'arbitraria scelta di parte, ma sulla fedeltà a una scelta in favore delle classi subalterne già operata dalla Costituzione repubblicana. Che poi una trasformazione socialista per via giurisprudenziale sia impossibile e illusoria è cosa fin troppo ovvia e scontata”²³.

Precisato questo punto essenziale, torniamo in conclusione al filo conduttore del discorso precedente sull'allargamento della contraddizione rispetto all'economicismo dominante nell'analisi marxista ortodossa.

La contraddizione fondamentale che l'uso alternativo del diritto intendeva analizzare attraversa l'intera estensione della vita sociale. Scriveva al riguardo Barcellona: “Basta guardarsi intorno superficialmente per convincersi che esistono almeno due diverse società: la società o i gruppi sociali, per intenderci, che hanno interesse che il diritto svolga una funzione marginale [...] e al polo opposto l'altra società, quella da cui nasce la domanda di una ‘nuova giustizia’ per gli oppressi, gli sfruttati, ecc”²⁴. Per onorare lo specifico del diritto in quanto limitazione e control-

21 P. Barcellona, *op. cit.* 1973, I, XVI.

22 N. Lipari, “L'uso alternativo del diritto, oggi”, 2017, p. 2, consultabile al seguente link, <https://www.pensareildiritto.it/wp-content/uploads/2017/12/Luso-alternativo-del-diritto-oggi.pdf>

23 P. Barcellona, *op. cit.*, 1973, I, pp. 114-115. Aggiunge Lipari: “Va comunque segnalato, per una corretta ricostruzione storica della vicenda, che, per quanto attiene al ruolo della giurisprudenza, l'operazione proposta non intendeva negare l'essenzialità del momento legislativo”. Si veda N. Lipari, *op. cit.*, p.3.

24 P. Barcellona, *op. cit.* 1973, I, X.

lo del potere istituito, la scienza giuridica non poteva che fare delle scelte, dal momento che le implicazioni critiche dello specifico giuridico così inteso, per quanto costituzionalmente fondate, in una società attraversata dalla contraddizione non erano affatto accettate da tutti. Ecco perché l'analisi di questa contraddizione fondamentale interna allo stesso Stato di diritto comportava le demistificazioni di quei "luoghi comuni" in forza dei quali "si continua sostanzialmente a perpetuare la degradazione del diritto a strumento al servizio di forze trascendenti, senza che contestualmente si sia operata un'analisi dello specifico rapporto che intercorre tra forme giuridiche e contenuti politici"²⁵.

Solo l'allargamento dell'analisi marxista alle relazioni di potere potrà operare una simile demistificazione, evitando in tal modo che il diritto rimanga un alibi. Infatti, mentre "si afferma il *carattere ordinante* dei concetti giuridici rispetto alla realtà, nella sostanza [...] i rapporti di potere esistenti" resistono ad ogni forma di limitazione e controllo giuridico²⁶.

Alla luce di quel che precede, ben si comprende la conclusione di Barcellona, secondo cui "l'analisi delle contraddizioni porta necessariamente con sé il problema della 'manovra' della contraddizione e, quindi, l'introduzione costante del punto di vista alternativo"²⁷.

Contrapponendosi ad un modello di sviluppo intollerante alle regole giuridiche – modello fatto proprio da quanti hanno interesse alla perdita di significato del controllo giuridico delle relazioni di potere²⁸ –, l'uso alternativo del diritto non si limitava, come già s'è ricordato, ad opporsi alla "surrogazione del momento giudiziario al momento politico"²⁹, ma sosteneva esplicitamente che il giurista doveva al contrario concorrere consapevolmente alla gestione dell'innovazione legislativa³⁰, con ciò aprendo consapevolmente il discorso giuridico alla responsabilità del futuro.

In tal modo, alla visione d'una contraddizione fondamentalmente economica, il rinnovamento dell'analisi marxista proposto dall'uso alternativo del diritto sostituiva la presa di coscienza che l'organizzazione della società neocapitalistica era attraversata da una contraddizione che corrodeva i rapporti di potere e che faceva nascere un'esigenza di giustizia diffusa tanto tra i profani quanto tra gli addetti ai lavori. Era dunque sulla funzione politica del diritto che occorreva puntare l'attenzione, e per riflettervi, per interrogarla, per evitare di ridurla all'uso conformista, omologato, tradizionale o ufficiale del diritto (in definitiva: per demistificare l'occultamento di questo suo sottofondo pregiuridico ma non extrasociale), era

25 Ivi, I, XII.

26 Ivi, I, XVI.

27 Ivi, I, XVIII.

28 "Non è forse la perdita di significato del diritto un fenomeno che corrisponde a una esigenza funzionale del sistema stesso e in particolare del modello di sviluppo sociale nel quale si troviamo a vivere? Questo modello di sviluppo sociale non esige forse per la stessa logica che lo guida che il diritto (di tutti) tocchi soltanto i 'margini' dei problemi che l'esperienza propone?" P. Barcellona, *op. cit.*, 1973, I, XIII).

29 Ivi, I, XIV.

30 Ivi, I, XII.

indispensabile passare dall'economicismo (dal primato logico e dialettico della contraddizione economica) all'analisi critica delle relazioni di potere.

Se nel modo tradizionale di praticare l'analisi marxista il diritto era tutto sommato liquidabile come un fenomeno sovrastrutturale, determinato dalla logica originaria e necessitante della struttura economica, diventava ora urgente e indispensabile demistificare il ruolo del diritto in quanto funzionale alle relazioni di potere esistenti. Senza il capovolgimento dell'analisi marxista cui accennava il passo di Clastres citato prima, non sarebbe stato possibile riconoscere alla dimensione politica, sovrastrutturale, ideologica una sua specificità. Grazie alla svolta impressa dal '68 – preceduto dalla crisi della società moderna degli anni Sessanta e immediatamente seguito dalla diffusione dei movimenti sociali – l'analisi marxista diventava un'analisi se si vuole ancora materialistica ma non più economicistica dei rapporti di potere, trasformandosi in una critica sempre più esplicita della catena comando/obbedienza. In tal modo, l'uso alternativo del diritto s'opponesse consapevolmente all'uso tradizionale del diritto, attraverso cui il potere vigente usava il diritto in forma celebrativa e autoassolutoria. Il riferimento alla contraddizione sociale e soprattutto al suo trattamento (a quella che Barcellona chiamava la 'manovra') restava presente e decisivo, senza però essere più riconducibile alla logica necessaria dell'economia, dominata dalla ricerca dell'origine come presupposto che già conteneva nella sua stessa identità la delineazione della fase finale del processo storico. Invece del riferimento all'origine necessitante che inchiodava a un itinerario prestabilito, l'uso alternativo del diritto conteneva un'allusione decisiva al dinamismo sociale, al suo poter-essere-altrimenti, alla tensione verso la costruzione d'un futuro che in ogni caso ci viene incontro, ma che non potrà mai essere colto, capito e vissuto come la pura e semplice ripetizione del passato.

In questo riferimento alla responsabilità del futuro consiste oggi a mio avviso l'insegnamento fondamentale, anche se inattuale, dell'uso alternativo del diritto.

Bibliografia

- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto* (vol. I – *Scienza giuridica e analisi marxista*; vol. II – *Ortodossia giuridica e pratica politica*), Laterza, 1973.
- Barcellona, P., *Lo spazio della politica. Tecnica e democrazia*, Editori Riuniti, 1994.
- Barcellona, P., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, 1996.
- Castoriadis, C., *L'institution imaginaire de la société*, Paris, 1975.
- Castoriadis, C., *L'istituzione immaginaria della società. Seconda parte*, a cura di F. Ciaramelli, Introduzione di P. Barcellona, Bollati Boringhieri, 1995.
- Castoriadis, C., *Écrits politiques 1945-1997*, II, a cura di E. Escobar, M. Gondicas P. Vernay, Éditions du Sandre, 2012.
- Castoriadis, C., *L'istituzione immaginaria della società*, a cura di E. Profumi, Mimesis, 2022.
- Castoriadis, C., *Contro l'economia. Scritti 1949-1997*, a cura di R.A. Ventura, Luiss University Press, 2022.
- Clastres, P., *La società contro lo Stato. Ricerche di antropologia politica*, trad. it. L. Derla, Feltrinelli, 1978.

Colletti, L., *Intervista politico-filosofica*, Laterza, 1975.

Lipari, N., “L'uso alternativo del diritto, oggi”, 2017, in <https://www.pensareildiritto.it/wp-content/uploads/2017/12/Luso-alternativo-del-diritto-oggi.pdf>

Marx, K., *Introduzione alla critica dell'economia politica*, trad. it. L. Colletti, Edizioni Rinascita, 1954.

Pasolini, P.P., *I grandi interventi civili*, Garzanti, 2021.

Angelo Costanzo*

Sulla razionalizzazione dei significati normativi

1. Premessa

Nella sua relazione introduttiva a questo convegno, Bruno Montanari si chiede se esista ancora un diritto inteso come pensiero logico e sistematico, quale è stato quello che in vario modo ne ha attraversato la storia e che ha trovato compimento nella modernità europeo-continentale con la “scienza della legislazione”, prima, con la “scienza del diritto” incarnata dalla Scuola Storica tedesca, poi, e, infine, dalla “Teoria generale” e dalla “dogmatica”.

La sua risposta tende a escluderlo, perché quel che egli osserva è “un sedicente diritto” che altro non è che la formalizzazione normativa di una negoziazione di equilibri tra poteri di puro fatto; fattualità rispetto alla quale il concetto di “legittimazione” funzionale è del tutto irrilevante”¹.

Questa prospettiva si collega all’idea secondo la quale le soluzioni che i giuristi (soprattutto i civilisti) delle nuove generazioni dovranno proporre per i problemi giuridici non potranno fondarsi (soltanto) su presupposti normativamente definiti, ma dovranno indicare prospettive e linee evolutive supportate dal genere di certezza che è fornito dalla razionalità procedurale², seguendo una dinamica in cui svolge

* angelo.costanzo@giustizia.it, Magistrato, Consigliere della Corte di cassazione.

1 B. Montanari, *Relazione introduttiva* convegno, dal titolo *Dall’uso alternativo del diritto al diritto “alternativo”*, svoltosi a Catania il 17-18 del 2023.

2 Questa prospettiva è stata più volte espressa da Nicolò Lipari (ma anche da altri), in vari suoi contributi, fra i quali può citarsi N. Lipari, “L’uso alternativo del diritto, oggi”, in *Iustitia*, 1/2018, pp. 113-132. Tuttavia, non è chiaro cosa intenda dire Lipari quando osserva che “comincia innanzitutto ad avvertirsi la necessità di superare, nel procedimento interpretativo, gli schemi della logica classica risolvendolo in una teoria dell’argomentazione, al contempo riconsolidando l’esigenza di abbandonare i tradizionali paradigmi sul ruolo del giudice”. Invece, è chiaro quando indica l’interpretazione come “capacità di rendere esplicito ciò che è implicito nel cosmo giuridico, cioè anche [...] principi che stanno dietro alle leggi”, ma senza chiarire a quale idea di *fonte del diritto* si riferisca quando indica il “perentorio riconoscimento della giurisprudenza come fonte del diritto [...] risultato acquisito alla cultura giuridica dopo il bellissimo saggio di Luigi Lombardi Vallauri il quale esplicitamente intende la legge come semplice punto di partenza dell’interpretazione, come nucleo del diritto quale interpretato, come elemento delimitante, sia pure in modo approssimativo, l’ambito entro il quale la libertà dell’interprete può (deve) esercitarsi. La legge è, cioè, autoritativa, ma solo come nucleo o quadro o progetto della norma “legale” in atto”. V.N. Lipari, *op.cit.*, pp. 123-124. Intanto, pur non trascurandosi la complessità del tema, conviene ricordare l’avvertenza illuministica di Cesare Beccaria: i giudici che

un ruolo fondamentale il riconoscimento di una forza immediatamente direttiva ai principi, anzitutto a quelli costituzionali³.

Per Montanari tali vicende rientrano in un “post-pensiero” che attribuisce il primato allo stato di equilibrio osservabile nel momento, non al ragionamento, che – poiché si articola in rappresentazioni ideali e concettuali – è strutturalmente connesso al concatenarsi nel tempo di attività mentali, originate dalla esperienza, e poi tradotte in elaborazioni concettuali. Questo conduce a comunicare approdi non mediati da una soddisfacente elaborazione logico-linguistica (la quale, invece, richiede tempo per svilupparsi). Correlativamente, anche la qualificazione dei fatti secondo categorie diventa recessiva e con essa, nel campo giuridico, si indeboliscono le categorie dogmatiche (che sono l’analogo giuridico dalla causalità). Così, secondo il funzionalismo di Luhmann, l’idea di *complessità* sostituisce quella di *sistema* e l’*equilibrio* sostituisce l’*ordine*.

Per questa via si compiono alcune sostituzioni nell’uso dei termini o, comunque, slittamenti nel loro significato: *governance* al posto di *ordinamento*, *effettività* al posto di *legittimazione*, *funzionalismo* al posto di *causalità*. Nella cultura delle più giovani generazioni di giuristi si afferma un diverso approccio alla conoscenza della realtà e si affievolisce la sensibilità per il diritto inteso come sistema scientifico: con l’idea di complessità sociale, all’ordine *sistematico* subentra il complesso *sistemico*. Il primo è tendenzialmente stabile, il secondo poggia su un equilibrio contingente e potenzialmente entropico.

I due diversi modelli di lettura della realtà implicano due diversi approcci epistemologici.

Secondo quello incentrato sull’idea di *sistema* e, quindi, su *principi ordinatori*, i fenomeni naturali sono legati da relazioni causali e quelli prodotti dal pensiero umano da relazioni concettuali: analogamente a una legge di natura, la legge giuridica tende a durare nel tempo e la durata è un fattore razionale che emancipa dai condizionamenti soggettivi le attività dei soggetti fisici che le attuano.

Pare chiaro che l’idea di *bene pubblico* si colloca meglio nel primo contesto mentre il secondo produce un ambiente più favorevole al proliferare degli *interessi*

non stanno fermi alla lettera della legge danno luogo a “piccole tirannie di molti”. A differenza che nel *modello giuspositivistico*, nel *modello illuministico originario*, il giudice deve attenersi rigorosamente alla lettera della legge: “non v’è cosa più pericolosa di quell’assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge”. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, F. Venturi (a cura di), Einaudi, Torino, 1965, p. 16, p. 17. Per altro verso, di possibili (estremi) esiti di questa concezione fornisce un esempio Pietro Verri (altro illuminista lombardo del ’700) in P. Verri, “Sulla interpretazione delle leggi”, in *Il Caffè*, foglio XXVIII. Verri ricorda che una legge inglese puniva la bi-gamia: un uomo aveva cinque mogli, ma poiché cinque non è due, l’uomo venne assolto; poi il legislatore inglese promulgò una nuova legge che puniva la poligamia come la bigamia. Il modello *proto-illuministico* presuppone che sia sempre possibile al legislatore confezionare una forma linguistica così perfettamente chiara da non richiedere integrazioni all’interprete. Ma realmente illuministico è il *modello codicistico* che attua una politica del diritto retta dall’etica intellettuale dell’ordine sistematico della ragione.

3 Sul tema, recentemente: E. Scoditti, “Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?”, in *Questione Giustizia*, web, 29/04/2024.

dei privati (come singoli o gruppi). Analogamente, nel primo contesto trova una migliore collocazione l'idea di fonte (stabile, generatrice di contenuti generali e astratti), nel secondo diventa facile elevare la giurisprudenza (come anche le prassi amministrative) da mero *fattore a fonte* del diritto.

Il secondo orientamento non è una riedizione contemporanea del pluralismo giuridico premoderno. Infatti, rimane comunque ancorato all'idea (stabilizzante) di ordine, perché tende a promuovere la contingenza a sostanza, così rendendo il ruolo del giurista certamente più difficile e talvolta in osmosi con la scelta politica.

Inoltre, questo secondo orientamento non agevola l'impianto scientifico che deve sorreggere la prospettiva del diritto come ordinamento, mentre fa lievitare la rilevanza dei valori rispetto alle norme poste dal legislatore, agevolandone l'inserimento, sulla base di opzioni del tutto soggettive, nell'interpretazione dei dati normativi⁴.

2. «Diritto vivente»? Una nozione (quasi) inutile

Le osservazioni che precedono possono spiegare perché si è così dilatato l'uso dell'espressione "diritto vivente".

Nella cultura giuridica italiana la nozione di "diritto vivente" ha svolto una funzione concreta in relazione alla *dottrina del dovere d'interpretazione conforme alla Costituzione*.

Due modelli di giustizia costituzionale si sono contrapposti (e rispecchiati nella tipologia delle sentenze interpretative).

Per il modello della separazione, alla Corte costituzionale è riservata l'interpretazione della Costituzione, mentre ai giudici comuni spetta l'interpretazione della legislazione ordinaria. Per il modello dell'integrazione, l'interpretazione della Costituzione non è riservata alla Corte costituzionale.

La dottrina del dovere d'interpretazione conforme è logicamente incompatibile con l'adozione di sentenze interpretative: se il giudice può sollevare la questione di costituzionalità solo dopo avere tentato una interpretazione conforme alla Costituzione, allora le questioni interpretative andrebbero sempre risolte dal giudice e non sottoposte alla Corte costituzionale.

Tuttavia, negli orientamenti della Corte costituzionale si è sviluppata anche la *dottrina del diritto vivente* secondo la quale il dovere d'interpretazione conforme non sussisterebbe quando l'interpretazione incostituzionale consolidasi nella giurisprudenza (soprattutto in quella delle Corti superiori) ha prodotto un cosiddetto *diritto vivente* (nel qual caso la Corte dovrebbe essere investita della questione per depurare, tramite sentenze interpretative di accoglimento, l'ordinamento da prassi interpretative contrarie alla Costituzione⁵).

4 A. Costanzo, "L'inserimento di valori extra giuridici nell'interpretazione delle norme, l'ancoraggio psicologico ai precedenti e la logica dei dati normativi", in *Psicologia del giudicare*, Quaderno 32 della Scuola Superiore Magistratura, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2024, pp. 61-76.

5 Per tutti si veda A. D'Atena, "Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze in-

In altri termini, nella sua originaria accezione, dotata di uno specifico senso funzionale, il “diritto vivente” sarebbe un diritto destinato a morire.

Invece, attualmente alla nozione di *diritto vivente* si tende a attribuire il significato di *interpretazione consolidata delle disposizioni* sulla scorta di “ascendenti extra-testuali” – come lucidamente espresso da Mario Barcellona nella sua relazione al Convegno e nei suoi contributi precedenti⁶.

Questo significato è sganciato dalle ragioni per le quali la nozione fu utilizzata inizialmente (e per le quali svolgeva una specifica funzione) e risulta così lato da diventare concettualmente insignificante e, per questo, anche confusivo.

Il cosiddetto *diritto vivente* è sempre esistito perché il diritto in realtà non è tale se non è vivente, nel senso che vale come norma quella che effettivamente si applica nella regolazione dei casi della vita.

Questo è quanto ordinariamente avviene con la miriade di atti giuridicamente rilevanti conformi al diritto, che costituiscono la rassicurante espressione della spontanea adesione dei consociati alle norme, nella vita di ogni giorno. Indenne dalle patologie trattate negli ambiti giudiziari e indifferente alle elaborazioni della dottrina giuridica. In effetti, confinarsi entro una visione *giudiziario-centrica* del diritto – la quale, per sua natura, tende a evidenziare gli aspetti più problematici della applicazione delle disposizioni legislative – può allontanare dalla comprensione dei flussi che si muovono nella realtà sociale: le interpretazioni demandate agli interpreti qualificati del diritto per risolvere i conflitti restano una parte minuscola del lavoro interpretativo sviluppato dai singoli cittadini, dai pubblici amministratori e dai professionisti che in vari modi sono chiamati a fornire pareri o ad auto consultarsi per adottare scelte giuridicamente rilevanti.

3. La potenza del fatto

Quel che rende *vivente* il diritto è la sua applicazione a un accadimento specifico e concreto e la ricostruzione (spesso non esente da dubbi e ambiguità) del fatto può rivelare vicende, interessi e principi normativi, che il legislatore non ha considerato, o non ha considerato compiutamente, nel definire la fattispecie normativa estratta che correda una regola.

La ricostruzione del fatto è un’operazione dinamica che, attraversando diversi campi di forza normativi, mostra le loro connessioni e, per questa via, si traduce in una fattispecie storica concreta da sussumere sotto uno o più dati normativi (plurissunzione).

terpretative della Corte costituzionale”, Relazione conclusiva al *Seminario Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguate*, Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009, pp.12-14.

6 M. Barcellona, *Giudici Politica Democrazia*, Castelvècchi, Roma, 2024; M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi, Modena, 2022.

Tuttavia, il diritto – soprattutto quello penale – deve essere (comunque reso) semplice e la sussistenza del reato non può dipendere da una quand'anche autorevole e condivisibile *opinio juris* (prevalente su altre, magari non meno argomentate) ma deve – nel sistema istituzionale vigente – collegarsi con chiarezza alla volontà del legislatore razionalizzata, se il contesto delle fonti lo rende necessario, mediante una corretta composizione logica dei dati normativi.

La giurisprudenza non deve aspirare a divenire *fonte* del diritto, perché non può esserlo per le ineludibili ragioni logiche che definiscono la struttura del *giudizio riflettente* in cui si risolve l'applicazione del diritto ai casi concreti⁷.

Le basti il ruolo, pur sempre fondamentale, di *essenziale fattore* dell'applicazione del diritto ai casi concreti.

Attribuire alla giurisprudenza una natura di fonte del diritto non soltanto contrasta con la struttura logica della decisione del giudice (che è decisione per il caso concreto), ma accresce notevolmente l'incertezza della regolazione (perché duplica l'oggetto di analisi dell'interprete aggiungendo al diritto scritto il diritto come reinterpretato), così finendo per ridurre la fiducia nella giurisprudenza.

Queste propensione alimenta, per rimbalzo, aspirazioni verso un'oggettività meccanizzata dell'interpretazione del diritto e, oggi, verso i miraggi sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale, supponendo che questa possa apportare proprio quello che al momento è intrinsecamente inidonea a fare: cogliere le specificità dei casi concreti, bilanciare principi normativi fra loro contrastanti, generare dialetticamente ipotesi interpretative fra loro contrarie (come anche ricostruzioni dei fatti in alternativa fra loro).

4. Alcuni luoghi comuni (veri ma sterili)

Costituiscono un armamentario retorico ormai consolidato i riferimenti: alla crisi della democrazia rappresentativa, all'indebolimento della gerarchia delle fonti, alla crescita del diritto sovranazionale, alla esigenza di interpretazioni costituzionalmente e convenzionalmente orientate, alla tecnica legislativa approssimativa e delegante e ad altri fattori indicati come cause delle incertezze nella interpretazione delle disposizioni. Su queste basi, si è sviluppata una densa serie di esercitazioni della letteratura giuridica e di affabulazioni convegnistiche che sembrerebbero abilitare porzioni (ristrette) della dottrina e nuclei della giurisprudenza a proporsi come artefici di plausibili stabilizzazioni dei significati normativi.

7 Nel giudizio riflettente l'interprete deve riflettere sull'oggetto stesso del suo problema (l'evento singolo da tradurre in fattispecie storica concreta) e presentarne la soluzione in modo tale che altri possano almeno riconoscerla come virtualmente generalizzabile, pur in assenza di premesse che la determinino esattamente e pur risultando difficilmente enunciabile in una formula. Sulla applicazione del diritto come "giudizio riflettente", V. Mathieu, *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 66-77; A. Costanzo, *Logica dei dati normativi*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 135-136 e nota 63; A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Milano-Udine, 2023, pp-140-176.

Questa opinione poggia sulla valutazione di alcuni (magari molti) casi problematici, ma lascia sullo sfondo le ordinarie prassi di applicazione del diritto in ambito giudiziario e, soprattutto, nel più vasto mondo dei rapporti sociali non patologici. Si nutre di suggestioni intellettuali, che non sono del tutto infondate, ma che vanno coltivate entro gli ambiti che le hanno generate, per non trasformare delle eccezioni nella regola e alimentare esuberanze di chi aspira a sovradimensionare il proprio ruolo (con il risultato di doversi poi anche attendere i contraccolpi del suo indebito emanciparsene).

Ovviamente, non è possibile quantificare l'effettiva estensione delle propensioni e degli effetti che questa opinione produce nelle prassi applicative del diritto, perché è difficile costruire sul piano concettuale e inoltre concretamente utilizzare strumenti oggettivi di rilevazione del fenomeno. Infatti, le valutazioni che ne affermano l'esistenza e la rilevanza si basano fondamentalmente sulla diffusione di autorevoli considerazioni che lo riguardano e sul loro agevole propagarsi negli ambienti in cui si riflette sui metodi di interpretazione e di applicazione del diritto. Allora è ben possibile che il suo peso sociale sia stimato erroneamente (in eccesso oppure in difetto) rispetto alla sua reale importanza.

Sarebbe anche interessante sapere se e come queste problematiche sono declinate negli attuali altri 26 Stati membri dell'Unione europea. Intanto, in Italia, questo quadro periodicamente offre brodo a (alcuni) appartenenti alla classe politica e a (alcuni) che si propongono come rappresentanti della magistratura e dell'avvocatura per contrapposizioni che sinora sono risultate inconducenti.

5. La necessità di una metodologia dei metodi

Resta vero che la *crisi della democrazia rappresentativa* e la *decodificazione* della legislazione in vari modi aprono spazi normativi che l'interprete deve colmare.

La prima porta a confezionare testi legislativi frutto di opzioni dotate di un sostegno politico circoscritto, non sempre omogenee alla sensibilità sociale (che già non è omogenea in una società culturalmente variegata) e di una elaborazione culturale a volta avventata, preceduta da un dibattito non ampio e approfondito e attento alle implicazioni future, ma accelerato dalle esigenze della *governance*. La seconda, con l'assemblarsi delle leggi speciali, priva di sistematicità la volontà legislativa e complica il lavoro dell'interprete, tanto da indurre lo stesso legislatore a progettare la *riserva di codice* per il diritto penale sostanziale⁸.

8 Il d.lgs. 1.3.2018, n. 21, attuando la delega formulata dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 ha introdotto, nell'ordinamento penale, il principio della riserva di codice. Secondo l'art. 3-bis cod. pen. (*Principio della riserva di codice*), «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». La *riserva di codice* risponde alla esigenza di processo di "codificazione" che razionalizzi la legislazione rispetto alla dispersione della legislazione complementare. La disposizione introduce come principio generale il cosiddetto "vincolo di rubrica", tutte le fattispecie incriminatrici, anche quelle previste nella legislazione complemen-

In questo quadro, si impone, più che nel passato, la razionalizzazione dei significati normativi tramite la chiarezza dei metodi.

La via che rispetta la volontà del legislatore ma la fertilizza nella considerazione delle circostanze dei casi concreti e dell'evoluzione sociali sta nell'affinamento della tecnica legislativa e dell'opera razionalizzatrice (non creatrice) della dottrina e della giurisprudenza.

Soltanto tenendo costantemente presente la *ratio legis* il senso (scopo, causa efficiente) delle norme rimane comprensibile.

Invece, dalla difficoltà della ricostruzione (non necessaria) della *intentio auctoris*⁹ della legge si è scivolati verso l'auto inibizione a riconoscere la *intentio operis* o *ratio legis*, che costituisce l'ordinario oggetto dell'interpretazione, conseguibile selezionando fra i diversi (non moltissimi) significati attribuibili a un testo legislativo quelli compatibili con il contesto sistematico. Una deviazione, non condivisibile, è l'adozione di una *intentio lectoris* che conduce l'interprete a ricostruire il significato delle disposizioni sulla base di una sua soggettiva precomprensione¹⁰, giustificata con argomentazioni nelle quali la metodologia dei risultati prevale sulla metodologia dei metodi¹¹.

Condotte al loro limite, operazioni ermeneutiche siffatte possono risolversi nell'uso della interpretazione giuridica come uno strumento di forza legittimato dal mero fatto di detenerlo e non come percorso di lavoro legittimato dall'aderenza alla funzione pubblica assegnata dall'assetto costituzionale vigente.

È chiaro come in questa direzione possano erompere varie pulsioni soggettive degli interpreti e, per quel che riguarda la magistratura (ma il discorso non riguarda solo la magistratura), la tendenza a opinare che il diritto legislativo non sarebbe in grado di imporre precisi vincoli all'interprete.

6. Metodologia e nomofilachia

Allora, una precondizione per l'oggettività nell'applicazione del diritto è che l'interprete scelga la *metodologia del metodo* e non ceda alla *metodologia del risultato*.

tare, devono avere un "nome". L'idea, che valorizza il nesso tra nomi, tipi e fattispecie, poggia sull'assunto che una figura di reato è denominata se esplicita il disvalore che ne giustifica l'introduzione. C. Osti, "Vincolo di rubrica e tipicità penale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 1346 ss.

9 Per tutti: M. Vogliotti, "Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna", in *Quaderni fiorentini*, 2015, p. 131 ss.

10 Lucidamente T. Epidendio, "La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura", in *Giustizia insieme*, 24 maggio 2022, web.

11 A. Costanzo, "Metodologia dei metodi e metodologia dei risultati. Per una riforma dell'art. 12 delle preleggi al codice civile", in *Giustizia insieme*, 1° settembre 2021, web. Chiaramente seguire la metodologia dei risultati agevola ogni uso alternativo del diritto verso fini non più limitati – secondo il senso originario della espressione. – a obiettivi di riequilibrio sociale e di tutela di diritti costituzionalmente garantiti (o ritenuti tali), ma liberamente e variamente prefigurati. Si veda P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Vol. I – Scienza giuridica e analisi marxista. Vol. II – Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973.

La prima richiede una preliminare decisione sul metodo interpretativo da seguire, sulla base del ruolo istituzionale dell'interprete, e mira alla coerenza delle premesse e alla coesione degli argomenti, coltivando un linguaggio chiaro che renda esplicito il percorso del ragionamento e le correlate responsabilità ermeneutiche, così da frenare la surrettizia inserzione di valori soggettivi (travestiti da principi normativi privi di fondamento).

La seconda seleziona il metodo dopo essersi prefigurato il risultato da conseguire, sicché è posticcia e variabile per ogni singola decisione. Si manifesta con l'utilizzare le tecniche interpretative senza una gerarchia che dia loro un ordine, intrecciandoli variamente con argomenti spuri. Produce ragionamenti non stringenti, non inferenziali e ambigui, con componenti criptiche.

Poiché solo la coerente utilizzazione dei metodi interpretativi può rendere i significati delle norme chiari e stabili (razionalizzati), la nomofilachia funziona quando gli interpreti ai quali è demandata (le Corti superiori) riescono a delineare per le loro attività esegetiche itinerari di interpretazione della legge che seguano con consapevolezza un metodo corrispondente ai loro ruoli istituzionali e che possano essere ripercorsi da altri interpreti per giungere in casi analoghi a risultati corrispondenti: come è proprio di ogni pratica tecnica che segua un metodo e non gli estri dell'occasione. Per questa via – per i segmenti in cui i passaggi logici dei percorsi dell'interpretazione non richiedono l'inserimento di premesse extra testuali – è anche possibile costruire (non complessi) utili algoritmi con i sistemi esperti approntati dall'intelligenza artificiale.

7. L'interpretazione teleologica

L'essenza logica del fenomeno dell'accresciuto scarto fra i significati letterali delle disposizioni e la loro traduzione nelle decisioni che le applicano sta nella ormai consolidata concretizzazione dell'idea che sia logicamente possibile e istituzionalmente ammissibile derivare direttamente dai principi normativi – senza la mediazione di regole (cioè norme corredate dalla fattispecie normativa astratta che agevola la assunzione dei fatti sotto le ore) – le decisioni dei casi concreti.

Questi cardini sono costituiti dai principi normativi, anche quelli non corredate da regole, come strumenti di razionalizzazione dei significati normativi già dati dal legislatore e non come creazione di significati normativi nuovi o, addirittura, di principi normativi di origine non legislativa.

Che nell'applicazione del diritto l'interprete debba sempre confrontarsi con i fini (i principi, le *rationes*) delle norme non è certo un'idea introdotta dalla cosiddetta *interpretazione costituzionale*, ma appartiene alla tradizione giuridica e risulta espressa chiaramente nell'articolo 12 delle preleggi al codice civile. Lo hanno sempre richiesto la logica e la tradizione giuridica e lo impose il legislatore del 1942 (dopotutto, meno di 100 anni fa, sebbene nel frattempo molte cose siano cambiate), anche relativamente a norme non aventi rango costituzionale (come non potevano averlo per il legislatore del codice civile).

L'interpretazione fondata sulla *ratio* e l'interpretazione *sistematica* si interpenetrano: lo stesso art. 12 delle preleggi richiede di privilegiare la "connessione" delle parole (anche al di là della singola disposizione-norma) rispetto al dato letterale.

Un codice è un ampio *sistema estrinseco* di norme veicolanti principi giustificativi fra loro coordinati, anche con accorgimenti formali (le ripartizioni del codice, i titoli, le rubriche, la stessa segmentazione dei commi...), che evidenziano le connessioni fra le disposizioni che poggiano su un *sistema intrinseco* di significati forniti da concetti giuridici elaborati da una sottolingua tecnico-giuridica (la elaborazione della quale spetterebbe fundamentalmente alla dottrina), che svolgano funzioni concettuali che nel discorso comune sono assenti o grezze¹².

I codici esistono ancora e ai codici tradizionali (resi meno coesi dalle novelle normative) si aggiungono: leggi settoriali più o meno ampie e organiche, i corpi normativi sovranazionali e le mere compilazioni normative.

Questo rende più complessa la determinazione della norma-ordinamento valevole per il caso concreto. Tuttavia, l'interpretazione sistematica non è soltanto un'esigenza della ragione ma una necessità per risolvere molti dei casi concreti che si presentano all'interprete (specialmente nei casi di conflitti fra principi normativi) e non si può conseguire stabilmente mediante contingenti aggiustamenti linguistici dei concetti, interpretazioni e re-interpretazioni affidate all'estro dell'esegeta del momento.

Occorre che si impianti su cardini normativi dei quali sia intellegibile la giustificazione: cioè sui principi normativi nei loro vari livelli, da quelli costituzionali e dell'Unione, a quelli settoriali o veicolati da regole legislative di dettaglio.

L'*interpretazione perfetta* è il frutto del convergere dell'*interpretazione letterale* (conseguita, quando necessario, mediante re-interpretazione¹³) e dell'*interpretazione teologica*, nel quadro del *sistema*, come richiesto dall'articolo 12 delle preleggi, e trova in un codice la sede più comoda per l'interprete¹⁴.

8. Conclusioni

In un loro recente saggio, i due fautori del Convegno (Bruno Montanari e Mario Barcellona) riflettono sulle condizioni di possibilità di una comprensione teorico-

12 Su quale tipo di ragioni debbano costituire la base per il giudizio e la decisione, si rinvia allo scritto postumo di: U. Scarpelli, "Modelli di giudice", in *Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto*, XI, 20, 2023, pp. 191-241.

13 Re-interpretazione (*Umdeutung*): la retroazione ermeneutica con la quale si abbandona una precedente interpretazione *in actu* di un segmento di testo con una selezione retroattiva di senso, che attualizza una delle interpretazioni *in potentia* di un dato normativo.

14 Sulla interpretazione teleologica e il suo rapporto, anche di commistione (per tutti K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. A. Baratta, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 120-121) con quella sistematica, si veda V. Velluzzi, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ETS, Pisa, 2012, pp. 37-38, 43-44.

generale dell'esperienza giuridica contemporanea alla luce della considerazione che essa tende a ridursi a negoziazione fra poteri, sicché il diritto si presenterebbe come una forma di linguaggio del quale ci si può chiedere sino a che punto serva a garantire i soggetti e a progettare la società¹⁵.

Potrebbe essere utile, a questo punto, ampliare l'orizzonte e approfondire la comparazione della tradizione giuridica dell'Occidente (sia di *civil* che di *common law*) con il diritto, o con i fenomeni analoghi, delle culture dell'Oriente, o di altri Continenti, per valutare se e come è possibile apprezzare l'ampiezza di questa tendenza. Ma, soprattutto, se essa vada considerata soltanto un intervallo o un rallentamento nella evoluzione della tradizione giuridica, oppure un segnale del suo riassorbimento in dimensioni che potremmo definire pregiudiziali, o in altri modi.

Se dovesse valere la seconda opzione, allora fenomeni come il cosiddetto *uso alternativo del diritto* o l'*interpretazione creatrice* da parte della giurisprudenza dovrebbero essere reconsiderati in un contesto di senso diverso, più ampio.

Bibliografia

- Lipari, N., "L'uso alternativo del diritto, oggi", in *Iustitia*, 1/2018.
- Beccaria, C., *Dei delitti e delle pene*, F. Venturi (a cura di), Einaudi, 1965.
- Verri, P., "Sulla interpretazione delle leggi", in *Il Caffè*, foglio XXVIII.
- Scoditti, E., "Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?", in *Questione Giustizia*, web, 29/04/2024.
- Costanzo, A., "L'inserimento di valori extra giuridici nell'interpretazione delle norme, l'ancoraggio psicologico ai precedenti e la logica dei dati normativi", in *Psicologia del giudicare*, Quaderno 32 della Scuola Superiore Magistratura, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2024.
- D'Atena, A., "Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale", Relazione conclusiva al Seminario Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici, Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009.
- Barcellona, M., *Giudici Politica Democrazia*, Castelvecchi, 2024.
- Barcellona, M., *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi, 2022.
- Mathieu, V., *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Giappichelli, 1989.
- Costanzo, A., *Logica dei dati normativi*, Giuffrè, 2005.
- Lo Giudice, A., *Il dramma del giudizio*, Mimesis, 2023.
- Osti, C., "Vincolo di rubrica e tipicità penale", in *Rivista italiani di diritto e procedura penale*, 2017.
- Vogliotti, M., "Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna", in *Quaderni fiorentini*, 2015.

15 M. Barcellona, B. Montanari, *Potere e negoziazione, Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchi, Roma, 2023.

- Epidendio, T., “La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura”, in *Giustizia insieme*, 24 maggio 2022, web.
- Costanzo, A., “Metodologia dei metodi e metodologia dei risultati. Per una riforma dell’art. 12 delle preleggi al codice civile”, in *Giustizia insieme*, 1° settembre 2021, web.
- Barcellona, P. (a cura di), *L’uso alternativo del diritto. Vol. I – Scienza giuridica e analisi marxista. Vol. II – Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- Scarpelli, U., “Modelli di giudice”, in *Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell’economia e teoria del diritto*, XI, 20, 2023.
- Engisch, K., *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. A. Baratta, Giuffrè, 1970.
- Velluzzi, V., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all’interpretazione*, ETS, 2012.
- Barcellona, M., Montanari, B., *Potere e negoziazione, Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchi, 2023.

Ombretta Di Giovine*

*Prevedibilità dell'esito giudiziario in materia penale
e ruolo della Corte di cassazione*

1. È ancora il tempo di un uso (consapevolmente) alternativo del diritto penale?

In premessa, confesso di aver incontrato difficoltà, forse anche per ragioni anagrafiche, nel decodificare le coordinate teoriche del discorso sull'uso alternativo del diritto.

Chi, come me, non abbia vissuto gli anni Settanta, arriva quasi a sorprendersi dell'idea che si sia fatto un *consapevole* 'uso alternativo' del diritto. Oggi, forse ingenuamente, ritengo non sia più (in linea di massima) tanto il tempo di un intenzionale uso alternativo del diritto, quanto quello della mera, spesso inconsapevole, precomprensione dell'interprete.

Tale "precomprensione", fino a poco tempo fa, era 'allargata', perché si fondava su visioni, convinzioni, valori e concetti "spessi", condivisi da un insieme omogeneo di persone. In periodi di forti spinte ideali, iniettava di assiologia la trama (più o meno) porosa del tessuto legislativo ma lo faceva in modo abbastanza omogeneo, nel senso che contrapposizioni c'erano anche allora, ma si giocavano tra gruppi al loro interno ampi.

Oggi la 'precomprensione' parrebbe più individuale e – coerentemente con lo spirito dei tempi – liquida, fluida, destrutturata, intrisa di un pensiero che da debole è divenuto superficiale, individualistico, a volte, narcisistico.

Credo, allora, che continuare a parlare di 'supplenza giudiziaria' come di una 'scelta' possa apparire – con alcune, invero vistose, eccezioni – un fuor d'opera.

Finché vigerà il *non liquet*, si darà una cooperazione tra formanti, ed è affatto fisiologico che, in una società la cui evoluzione è sempre più veloce e in cui il formante legislativo, per le note ragioni strutturali (globalizzazione, forza trainante dei sistemi sovranazionali, plutocrazia, tecnocrazia ecc.), versa in difficoltà, la supplenza giurisprudenziale tenderà a rafforzarsi e ad espandersi.

Anzi, il problema vero, nel momento attuale, sembra essere che neppure più il formante giurisprudenziale riesce a star dietro ai continui mutamenti della realtà, tanto veloci da trascendere la nostra capacità di controllo. Invece, la velocità e il modo con cui tale formante evolverà potrebbero essere ancora per parte controllabili, ed è quindi su questi aspetti 'di bassa cucina' che mi soffermerò in questa sede.

* ombretta.digiovine@giustizia.it, Consigliere Corte di cassazione.

2. Uno sguardo dall'esterno: la (forse fasulla e comunque superata) contrapposizione tra concezioni analitiche e pragmatiche dell'interpretazione nel diritto penale. Giurisprudenza vs. legge?

Premetto che, dal momento che mi propongo di rilevare lo scarto esistente tra la formazione del diritto giurisprudenziale per come me la ero immaginato e per quale è davvero, le considerazioni che svolgerò saranno impastate di note autobiografiche.

Sono stata a lungo un'accademica e nei primi anni del nuovo secolo, mi cominciai ad occupare del tema dell'interpretazione del diritto penale sostanziale, ormai una ventina di anni orsono.

Quando mi avvicinai al tema, erano già state pronunciate dalla Corte costituzionale le sentenze gemelle del 2007 (Corte cost. nn. 348 e 349) le quali sancirono il ruolo di fonte costituzionale, sebbene mediata, della giurisprudenza convenzionale europea.

Tuttavia, investendo altro dominio conoscitivo, tali pronunce non si erano ancora affacciate alla ribalta del palcoscenico penalistico, sicché il sistema delle fonti sembrava *unilevel* e la scena era occupata dalla sola legge, oltretutto statale.

Ebbi quindi buon gioco nel prendere in prestito le lenti della filosofia linguistica della seconda metà del Novecento, che contrapponevano le concezioni pragmatico-ermeneutiche – comunque visioni di stampo costruttiviste –, a quelle analitiche.

Allora, negli scritti specialistici campeggiava la distinzione tra significato (*die Bedeutung*) e senso (*der Sinn*) delle parole: il primo riconducibile ad una visione corrispondentista (la parola come riflesso della realtà); il secondo legato ad una visione contestualista.

Le ragioni a sostegno della visione pragmatico-contestualista mi parvero da subito più convincenti: qualunque testo – dunque anche quello legislativo (la disposizione) – al di là di ogni sforzo di precisione linguistica, è di per sé vago ed ambiguo, e può essere disambiguato e specificato soltanto nel confronto con il fatto e quindi nel momento applicativo, dando luogo – nel diritto – alla norma, in senso crisefulliano¹.

Correlativamente, tale constatazione spiegava in modo piano perché la giurisprudenza – quand'anche lo avesse voluto – mai avrebbe potuto dismettere il ruolo di co-protagonista nella produzione del diritto.

Eppure, nonostante pragmatismo e, in particolare, contestualismo interpretativi, fossero già diffusi nelle altre branche del diritto, erano invece avversati nel diritto penale².

Autorevole e maggioritaria dottrina anteponeva al piano dell'essere quello del dover essere, rivendicando il primato della legge e difendendo le concezioni di-

1 O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.

2 Con l'eccezione degli scritti di G. Fiandaca. *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Torino, 2002.

chiarative dell'interpretazione³, com'era comprensibile che fosse – in ragione delle peculiarità costituzionali della materia penale e della primazia fino ad allora indiscussa della riserva di legge – ma producendo un'artificiosa semplificazione del discorso, in quanto finiva con l'addossare tutte le croci ora a un legislatore pigro ed incompetente, ora a una giurisprudenza tiranna e prevaricatrice.

A dire il vero, non può escludersi che la polarizzazione all'interno della dottrina penalistica fosse più apparente che reale, come dimostrato dal fatto che le soluzioni dei singoli casi concreti erano, per larga parte, in sostanza condivise tra 'analitici' ed 'ermeneutici' e che, comunque, non sempre riflettevano gli assunti teorici di partenza⁴.

È cioè dubbio si sia mai dato, nel diritto tutto e in quello penale sostanziale in particolare, il rischio di una deriva scettica e nichilista. Né credo sarebbe mai potuto esistere un Richard Rorty, tantomeno un Deridda (e neppure un Nicolò Lipari) del diritto penale.

Tutt'al più, aleggiava un 'realismo negativo' alla Umberto Eco, essendosi teorizzato come il dato testuale legislativo rappresentasse il perimetro esterno, per quanto mutevole, comunque invalicabile, che cinge un'area di senso che spetta alla giurisprudenza definire, di volta in volta, attraverso operazioni mentali di natura per forza di cose analogica.

Fatto sta che, ancora meno di dieci anni fa, del tema dell'interpretazione la dottrina penalistica discorreva in modo piuttosto vivace. Poi, vi è calato il silenzio.

3 (segue). L'avvento del costituzionalismo europeo e il sedarsi delle dispute penalistiche in tema di interpretazione

La ragione del cambiamento risiede probabilmente nell'avvento del "secondo costituzionalismo", di matrice europea.

L'attenzione ai meccanismi di formazione del diritto giurisprudenziale prima in sede CEDU, poi in sede GUCE, e lo studio del ruolo che tale diritto ha sul piano interno (e viceversa) hanno veicolato l'idea (consapevole? rassegnata?) che la giurisprudenza – anche interna – svolga un fondamentale ruolo costitutivo nel diritto⁵.

Anzi, a dirla tutta, dopo il 'caso Scoppola'⁶, in una prospettiva diametralmente opposta a quella fino ad allora dominante, si stava cadendo addirittura

3 Per tutti, G. Marinucci, "L'analogia e la 'punibilità svincolata dalla conformità a fatti-specie penale'", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 ss.

4 F. Giunta, G. Carcaterra, O. Di Giovine, N. Mazzacuva, V. Velluzzi, "Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza (opinioni a confronto)", in *Criminalia*, 2010, 347 ss.

5 Dal che, il nuovo corso della dottrina penalistica. Vd. D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019.

6 Corte EDU Grande Camera *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009 risolse un caso di successione di leggi penali processuali nel tempo, relativo alla pena prevista per il caso in cui l'imputato avesse optato per il giudizio abbreviato, ravvisando un contrasto con l'art. 7

nell'equivoco concettuale di assimilare le sentenze delle Corti sovranazionali a fonti formali del diritto, che nel sistema gerarchico kelseniano precedessero addirittura la legge italiana, in quanto dotate di rilievo (sebbene mediato dall'art. 117 Cost.) costituzionale. Con tutte le paradossali conseguenze che ne sarebbero derivate – e che per un periodo di tempo effettivamente derivarono – sul piano del sindacato diffuso di costituzionalità, posto che alcuni giudici ordinari si ritennero legittimati a disapplicare la normativa nazionale quando ritenevano fosse in contrasto con quello che oltretutto arbitrariamente ergevano a 'precedente' europeo (senza considerare che la giurisprudenza europea ha potuto vantare una certa stabilità finché il contenzioso è stato molto contenuto, ma che, con l'espandersi della domanda di giustizia e di diritti fondamentali, ha presto cominciato a soffrire problemi non dissimili da quelli della nostra giurisdizione⁷) e vuoi anche pronunciato in relazione ad un diverso ordinamento nazionale diverso da quello italiano.

Dopo, con il 'caso Taricco'⁸, la situazione si normalizzò.

I rapporti tra formanti (oltre che tra Corti costituzionali) si riequilibrarono; il ruolo della giurisprudenza sovranazionale – questa volta CGUE – fu ricollocato nella giusta cornice teorica; si chiarì che la giurisprudenza (di qualunque organo) non è fonte in senso formale ma contribuisce alla formazione del diritto in un senso sostanziale, e cioè attraverso il dialogo (tra Corti) e, più ancora, tra gli argomenti che queste Corti sono in grado di elaborare e spendere nel reciproco confronto; le parole 'forza persuasiva' e 'autorevolezza' tornarono a prendere il posto di 'autorità' e 'prevalenza' nella discussione sui precedenti. Nell'eterna quadriglia tra *logos* e *nomos*, il primo prese di nuovo il posto del secondo.

La giurisprudenza (europea) che pure, per un istante, era stata elevata sul podio formale del diritto, ne fu destituita e dovette accontentarsi del ruolo, che le compete anche in ambito penale, di (co-)fonte sostanziale ed indiretta.

Ma, come ricordato nel primo paragrafo, anche questo fu un riconoscimento non da poco, una conquista teorica che, fino a poco tempo prima, era stata, almeno a parole, fortemente avversata.

CEDU, là dove sanciva la retroattività della disciplina più favorevole tra tutte quelle in vigore dal momento del fatto a quello della condanna definitiva. Sulla scia di tale sentenza fu, tra l'altro, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, d.l. 24 novembre 2000, convertito con mod. dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, con sentenza Corte cost. n. 213/2013. In argomento, per tutti, F. Viganò, E. Lemarque, "Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)", in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 31/03/2014.

7 Fu emblematica Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia del 4 marzo 2014, sul *ne bis in idem sostanziale*, il cui insegnamento venne di lì a poco 'puntualizzato' (o forse rinnegato) da Corte EDU, Grande Camera, A e B c. Norvegia, 15 novembre 2016.

8 CGUE, Grande Sezione, Taricco, 8 settembre 2015, che in sede di rinvio pregiudiziale ritenne inadeguata la disciplina italiana in tema di prescrizione e cui rispose, ventilando l'attivazione dei 'controlimiti'. ord. Corte Cost. n. 25/2017. Per tutti, A. Bernardi, C. Cupelli, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.

Di tale conquista si avvantaggiò, 'per trascinamento', la giurisprudenza interna, la cui funzione costitutiva – almeno questa è l'impressione – cessò di essere così animosamente contestata.

4. Uno sguardo dall'interno: la pratica del diritto giurisprudenziale di legittimità

Qui comincia il mio 'sguardo dall'interno', perché, a questo punto, come accennato, smisi di studiare i meccanismi dell'interpretazione penal-sostanzialistica per cominciare a praticarla e, due anni orsono, divenni giudice di Cassazione (ex art. 106, comma 3, Cost.) dove ho subito maturato la percezione – con la sofferenza che ciò comporta sul piano dell'elaborazione psicologica – del tempo e delle energie disperse nello studio di qualcosa che, con il senno del poi, mi sembra affatto pacifico.

Il ruolo del formante giurisprudenziale non rappresenta uno *step* del discorso teorico in materia di formazione del diritto penale, come credevo: ne è – ne è sempre stato – il presupposto.

Non è un punto di arrivo, nemmeno intermedio: è il 'km 0', da cui partire.

Beninteso, nel diritto penale, quantomeno sostanziale, il testo legislativo resta indispensabile e imprescindibile, ma nella pratica giurisprudenziale (cioè, per quel che concerne la mia esperienza, nelle 'camere di consiglio'), la legge è oggetto di espressa considerazione soltanto se di conio recente. Diversamente, resta invisibile, coperta, a volte sepolta, sotto una coltre di 'precedenti'.

Ciò accade perché, in nove casi su dieci, il dato legislativo si rivela insufficiente a fronte della complessità dei casi, che si manifesta anche nelle materie a minore tecnicismo, e cioè in quelli che hartianamente definiamo, a volte con troppo ottimismo, 'casi facili' (che, a un certo punto, cessano di esser tali).

Ovviamente tali difficoltà nascono nel momento in cui il diritto è calato sulla vicenda specifica, che finisce quindi per delimitarlo e formarlo: poiché il caso concreto è sempre nuovo e diverso, esso contribuisce a plasmare il diritto e a far evolvere il diritto penale. Anzi, è il motore propulsivo dei cambiamenti perché, tra l'altro, assorbe e veicola nuove istanze sociali, inietta assiologia, insuffla l'anima nei giudizi penali.

Peraltro, incidentalmente, anche in Cassazione – che pure è giudice della nomoflachia il caso concreto e quindi il fatto ha un rilievo 'guida', sebbene (di rado) inconsapevole, (solitamente) non dichiarato o (più spesso) occultato, condizionando la decisione concreta e quindi la formazione del diritto. Senza che ciò abbia alcunché di anomalo, alla luce di quanto seppur per *flash* rilevato in precedenza, sui meccanismi di formazione del diritto.

Certo, il fatto il giudice di Cassazione se lo trova già bello e formato dal giudice di merito: dopo due gradi di giudizio, dissodato, disincarnato, ma non ancora tanto esangue quanto lo *short-crime* che forma il precetto della fattispecie penale. Diciamo: un po' anemico.

Sicché la possibilità che il giudice di legittimità selezioni inconsapevolmente, al suo interno, alcune note con preferenza su altre, a seconda della sua pre-com-

pressione, ancora sopravvive. E se una selezione indebita determina il rischio di inquinare lo svolgimento della argomentazione e quindi anche la conclusione, è però anche vero che – come sentii dire una volta all’allora mio collega Costantino Visconti (che parafrasò una metafora dal grande Sciascia) il diritto senza fatto è come un sacco vuoto: non si regge in piedi.

Comunque, riprendendo le fila del discorso, il diritto giurisprudenziale di legittimità è composto dalla legge (a volte, nei termini chiariti), dal fatto, dalla dottrina (poca, ma fondamentale nei casi ‘difficili’), dal ragionamento e da... precedenti.

Dal punto di vista quantitativo, la pratica giurisprudenziale del diritto è composta, anzi, in massima parte, da ragionamento e da precedenti.

Un precedente si sovrappone ad un altro: alcune volte, vi si adagia spontaneamente; altre volte, vi viene calcato sopra a costo di qualche *stress*. Ma va riconosciuto che nel collegio si ragiona in massima misura sulle sentenze e ‘si interpreta le sentenze’, più ancora della legge.

E, sebbene a questo punto sia inutile precisarlo, i precedenti di cui si parla sono quelli della Corte di cassazione.

La nomofilachia è il motore di un’autoreferenzialità impressionante (almeno agli occhi della neofita, quale ancora sono) e oramai eretta a sistema legislativo (vd. *infra*).

Dunque, se vogliamo tenere ancora artificialmente in vita la vecchia concezione dichiarativa dell’interpretazione, facciamolo pure: ma dobbiamo essere consapevoli che si tratta di una finzione.

Per dirla con Francesco Iacoviello (brillante pensatore che è stato Avvocato Generale dello Stato presso la Corte di cassazione), il giudice sarà pure la bocca della legge, ma [...] le parole le sceglie la Cassazione⁹.

Nel senso precisato, anche il diritto penale italiano (come quello europeo, ma, allo stato, meno scopertamente) è, quindi, per larga parte, diritto giurisprudenziale.

Le scelte di criminalizzazione sono ovviamente effettuate dal Legislatore, ma, all’interno della cornice legislativa, vengono per forza di cose specificate dalla giurisprudenza che crea ‘sotto-tipi’ i quali, per la loro maggiore vicinanza ai casi concreti, finiscono con l’esercitare una forza suggestiva, di orientamento, forse anche maggiore di quella della legge (come ben sanno gli avvocati che, quando impongono un ricorso, prestano grande attenzione alla selezione dei precedenti di legittimità in cui ‘sussumere’ la vicenda concreta).

Una volta che si accetti tale dato, e ribadito che il fenomeno non ha nulla di eversivo e molto di fisiologico, diviene però urgente avviare una riflessione sul modo in cui si sta formando il diritto giurisprudenziale nazionale e su quale direzione ci piacerebbe prendesse, perché tale processo è, – forse (non ne sono del tutto sicura) – con un po’ di impegno, ancora per parte indirizzabile.

Per ora, basti delineare due opzioni difficilmente conciliabili, con annesso dilemma.

9 F. Iacoviello, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 1034.

La prima opzione è lasciare le cose più o meno come sono, vale a dire rassegnarsi all'idea che un tasso di incertezza nel diritto sia tollerabile ed anzi accettare che sia destinato ad aumentare, in ragione della crescente complessità del reale, dei problemi da risolvere e del pluralismo ideologico e pertanto interpretativo.

È una soluzione dolorosa, perché incertezza giurisprudenziale significa disparità di trattamento, il che aggiunge altra odiosità a quella connaturata al sistema criminale. Ma il suo prezzo andrebbe attentamente soppesato con quello della seconda opzione, per la quale sembra esprimersi la sensibilità dominante.

Questa è la stabilizzazione 'a tutti i costi' del precedente giurisprudenziale.

Non soltanto si ritiene (ormai da tempo) che il principio di legalità penale sia ormai conformato non più dalla riserva di legge, bensì dalla prevedibilità dell'esito giudiziario, ma sembra quasi che questa stia prendendo il posto che la riserva di legge aveva fino a qualche tempo fa occupato anche nelle ossessioni dei giuristi. Con quali possibili esiti cercherò di immaginare.

5. La Corte di cassazione come luogo della 'massimofilachia'. La punta dell'iceberg ...

Prima, però, è opportuno precisare che, sebbene abbia finora parlato di precedenti e sentenze, non è un mistero che, già oggi, il precedente tende a identificarsi e quindi ad appiattirsi sulla massima di diritto, che è poi quella selezionata dal Massimario della Corte di cassazione e divulgata attraverso il CED.

Ebbene, vista la mole di contenzioso gestito dalla Corte di cassazione, il passaggio dalla pronuncia (che rende ragione della decisione, argomentando e quindi persuadendo) alla massima-di-pronto-uso è un fenomeno ineludibile, con il quale bisogna fare i conti.

Per parte, va pure riconosciuto che si tratta di un fenomeno auspicabile, ove la *quaestio iuris* sia scontata. Riportando la massima, i giudici fanno economia (non soltanto di energie, ma anche) di parole, contenendo il rischio di distorsioni interpretative, dal momento che ogni lemma e ogni sintagma di troppo possono offuscare la chiarezza del messaggio normativo e dare luogo a fraintendimenti.

Stabilizzando il precedente, le massime rappresentano, insomma, un utile strumento di governo della complessità giurisprudenziale, un arnese fondamentale per raggiungere il citato obiettivo della prevedibilità.

Per questa ragione, rappresentano una risorsa.

D'altronde, sono però anche note le controindicazioni ad un loro uso massiccio¹⁰.

La persuasione esercitata dal precedente impigrisce l'interprete.

A volte, lo acceca, rendendogli invisibile il mutamento del contesto, ad esempio (è il caso più semplice) legislativo che, in base ad un criterio di c.d. interpretazione sistematica, potrebbe suggerire risultati diversi da quelli conseguiti

10 Quantomeno a partire dalle riflessioni – evocative sin dal titolo –, di F. Carnelutti, "Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)", in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, pp. 41 ss.

attraverso la mera ‘applicazione’ della massima, e così pregiudicare il buon esito della decisione (ma a mutare può ben essere anche il contesto sociologico, fattuale, assiologico, nell’adeguamento al quale il diritto giurisprudenziale accumulerebbe pericolosi ritardi).

Sicuramente, in genere, depaupera il discorso giuridico.

È infatti un rischio concreto, per parte inverte, che nel percorso motivazionale del giudice le massime prendano il posto delle argomentazioni, riscontrandosi già oggi sentenze che si limitano a richiamare i precedenti conformi, ma prive di autonoma argomentazione: nonostante sia proprio quest’ultima a mitigare l’aspetto autoritario del diritto giurisprudenziale, consentendo la verifica postuma del percorso decisionale. Nella motivazione risiede l’*accountability* della pratica del diritto.

Peraltro, alla Cassazione è espressamente affidato dall’art. 606, lett e) cod. proc. pen. il delicatissimo compito di esercitare un controllo sulla mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione delle sentenze dei giudici di merito. Quindi, sarebbe almeno sgradevolmente contraddittorio se la Cassazione potesse limitarsi a spendere l’argomento *ex auctoritate*, venendo meno, essa stessa, al proprio obbligo motivazionale.

Prendendo in prestito e adattando la nota metafora dworkiniana, no, dunque, alla massima giocata come ‘briscola’, o anche come *jolly*.

Non è auspicabile una giurisprudenza formata in assoluta prevalenza da “sentenze-massime”, con l’eccezione di pochi *leading cases* suscettibili di orientare la successiva giurisprudenza, destinata ad essere massimata a sua volta, così acuendo lo scarto tra una “giurisprudenza di serie a” ed una “giurisprudenza di serie b”, già oggi alimentato dalla commistione tra il principio devolutivo e il dislivello tra le possibilità difensive degli imputati (la Corte di cassazione può decidere solo dei motivi ad essa devoluti con il ricorso, ma l’articolazione dei motivi ovviamente risente delle capacità tecniche dell’avvocato, per cui si danno cattivi imputati’ difesi da ‘bravi avvocati’ e ‘bravi imputati’ che tuttavia scontano le conseguenze di ‘cattive difese’), oltre che dal solco che si va scavando tra la giurisprudenza delle Sezioni semplici e quella delle Sezioni Unite (su cui, *infra*).

Non soltanto la *ratio decidendi* non dovrebbe mai lasciare il passo alla pura enunciazione del principio di diritto, senza alcuna contestualizzazione e senza alcuno sforzo, seppur contenuto, di giustificazione, ma occorrerebbe quantomeno definire in modo chiaro i criteri sulla cui base selezionare i precedenti da massimare (che riguardano prevalentemente questioni nuove e questioni rilevanti), se non studiare *format* per la redazione delle massime (dando sempre spazio ad una sintetica descrizione della vicenda concreta).

Ma, soprattutto, bisognerebbe mettere mano, dal punto di vista strutturale, procedimentale ed organizzativo, al Massimario della Cassazione, che oggi si avvale del lavoro di pochi “prodi” (ed oberati) magistrati, e che – per quanto suoni male – rappresenta una fenomenale ‘agenzia’ di selezione dei precedenti e quindi del ‘penalmente rilevante’: il luogo fisico forse più importante che gestisce e in cui si forma il diritto. Sul punto proficua sarebbe, ovviamente, una collaborazione con le svariate competenze che l’accademia è in grado di offrire.

6. ... e la giurisprudenza sommersa

Ma il punto di cui forse all'esterno meno si coglie la potenzialità distorsiva concerne la giurisprudenza sommersa, e cioè il quantitativo di sentenze che, a livello sezionale (le Sezioni si specializzano nelle proprie materie di competenza tabellare), costituiscono diritto vivente, ma che non sono massimate per le difficoltà in cui versa l'ufficio del Massimario o, paradossalmente, perché veicolano soluzioni 'considerate' pacifiche nella prassi giudiziale di cassazione.

Tali sentenze, a meno che 'transitino' su qualche rivista *online* di larga lettura, non essendo agevolmente conoscibili, di fatto nemmeno 'esistono', a meno che si abbia una frequentazione abituale delle aule giudiziarie.

A causa dei criteri eventualmente casuali o opinabili della selezione, le massime sono, insomma, una parte non necessariamente rappresentativa (in termini quantitativi e a volte anche qualitativi) della giurisprudenza.

Il che, ovviamente, è un problema in un sistema sempre più 'giurisprudenziale', a fronte della crescente complessità del sistema delle fonti, oltre che sociale.

Se le massime non rispecchiano il reale diritto vivente, si erge un edificio su basi destinate a cedere, e si fallisce l'obiettivo ultimo della prevedibilità dell'esito giudiziario.

Prima ancora, il fenomeno genera per gli avvocati, soprattutto di nuovo corso, difficoltà nell'indirizzare la difesa in direzioni convenienti all'imputato. Il sommerso giurisprudenziale crea infatti il presupposto di una concorrenza sleale tra magistratura ed avvocatura, in ogni caso in cui la stabilizzazione del precedente ci sia ... ma non si veda.

Non è d'altronde una novità che la prevedibilità dell'esito giudiziario passi anche per l'accessibilità del diritto giurisprudenziale.

7. Prevedibilità della decisione giudiziaria: dovere o potere?

Nel ripercorrere le fasi più recenti del discorso teorico sul ruolo della giurisprudenza ero giunta al punto in cui prevedibilità dell'esito giudiziario giurisprudenziale e calcolabilità del diritto, ai presenti fini traducibili nel lemma penalistico 'tassatività', avevano soppiantato il ruolo della riserva di legge, sconvolgendo la scala delle priorità tradizionali e sostituendo l'obiettivo (comunque, per varie ragioni non conseguibile) della difesa della democrazia rappresentativa (incarnato, appunto dalla riserva di legge) con quello della certezza (interpretato, invece dalla tassatività) e, quindi, dell'eguaglianza.

Si trattava, tuttavia, di considerazioni ancora una volta concernenti il piano descrittivo, dell'essere.

Oggi, come accennato, constato che si sta riproducendo, per la solita eterogenesi dei fini, la contrapposizione che aveva a suo tempo interessato le diverse accezioni della legalità, intesa da alcuni in senso *hard* (quasi che la legge potesse essere l'unico formante del diritto) e da altri in senso *soft* (la legge che concorre con altri formanti) oppure – si potrebbe azzardare – tra una prospettiva ontica e una prospettiva deontica.

I sostenitori del ruolo (morigeratamente, fattualmente) creativo della giurisprudenza si vantavano dei pregi della loro posizione e del fatto che essa implica una responsabilizzazione del giudice. Si diceva: se sotto l'egida della concezione dichiarativa, in caso di contrasto giurisprudenziale, soccorreva la 'scusa' che una sentenza fosse giusta e l'altra 'semplicemente' sbagliata¹¹ (con la concezione dichiarativa «si salva il principio» di diritto e «si nascondono le vittime»), assumendo, invece, il ruolo costitutivo – 'debole' – della giurisprudenza, non ci sarebbe spazio per ipocrisie, in quanto all'interprete si pone il problema – innanzitutto 'morale' – di assicurare omogeneità interpretativa.

Ebbene, da un po', tale problema è diventato anche giuridico, e non è chiaro se questo sia un bene. Prima di trattare tale punto, sia però consentita una piccola digressione.

8. Il problema delle priorità. La stabilizzazione del precedente giurisprudenziale e il ruolo delle Sezioni Unite ieri...

Nell'ottica della prevedibilità dell'esito giudiziario, è sempre stato prioritario il ruolo delle Sezioni Unite (che realizza una nomofilachia, potrebbe dirsi, di serie a), potenti risolutori di controversie, le cui sentenze esercitavano una forza persuasiva particolare in ragione dell'autorevolezza dei suoi esponenti e soprattutto della bontà sue argomentazioni.

In verità, nella mia precedente vita di studiosa, mi ero concentrata su pochi temi ed avevo maturato la fallace impressione che le Sezioni Unite intervenissero abbastanza di rado, là dove la questione fosse di rilevanza 'speciale' (non soltanto 'particolare') oppure si fosse per lungo tempo trascinato un contrasto giurisprudenziale, non altrimenti risolvibile.

Dal di dentro del sistema, mi sembra di constatare che, invece, le Sezioni Unite si pronuncino con una certa frequenza (tanto che ai giudici sono somministrati, a distanza temporale anche ravvicinata, 'prospetti SUP', e cioè *report*, resoconti aggiornati delle questioni decise e di quelle ancora da decidere, in forma molto sintetica – si compongono solo degli estremi disponibili e dell'enunciazione del quesito giuridico nonché della eventuale risposta – e ciò nondimeno lunghi molte pagine).

Esse a volte sono chiamate ad intervenire su questioni su cui ancora non si è tentata per le vie ordinarie una composizione e su cui non è, pertanto, maturata quella naturale conflittualità che però è latrice di argomenti e che porta alla ponderazione delle tesi contrapposte, alla riflessione, all'esplorazione orientata alle conseguenze (perché testata su più casi concreti, e non su pochi).

La conseguenza, poco desiderabile, è che le decisioni rischiano di affastellarsi e specificarsi reciprocamente operando *distinguishing* orizzontali per casi sempre più particolari, con l'effetto, però, di moltiplicare 'principi casistici di diritto' e il correlato rischio di ingenerare confusione, anziché dissolverla.

11 Ancora F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, op. cit., p. 1033.

Così, premesso che esistono tanti possibili mondi giuridici alternativi, nel mio nuovo ruolo ho immediatamente constatato che quello che tocca la libertà degli imputati era già un mondo molto più 'tecnico-specializzato' di quanto ingenuamente pensassi guardandolo dall'osservatorio universitario.

Era il mondo di una giurisprudenza-ragno che tesseva una tela la cui trama interna tendeva gradualmente ad infittirsi, ma che un flusso potente di vento poteva ancora spezzare.

9. (segue) ... ed oggi. Le Sezioni Unite come la Sibilla cumana

Se questa era la situazione complessiva, qualche anno fa, il legislatore penale, sulla scia di quanto già sperimentato in materia civile (che però si colloca in quadro costituzionale diverso), ha rafforzato il ruolo delle Sezioni Unite, mettendolo 'a sistema', e cioè introducendo un apposito meccanismo normativo.

Come sappiamo, l'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. dispone che: «se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso».

Nel volgere di poco tempo, si è, quindi, passati dalla negazione del potere creativo in capo alla giurisprudenza alla consacrazione per via legislativa di tale ruolo.

Con un tratto di penna, è stato consacrato per le sentenze (più qualificate) della Cassazione un ruolo semi-normativo in un senso oramai innegabilmente formale: un ruolo mediatamente legislativo, nel senso che il legislatore può sempre intervenire a correggere la norma, ma finché non interviene, essa è legittimamente creata dall'interpretazione delle Sezioni Unite, mentre quelle semplici (dunque, pure i giudici di merito) sono tenute ad osservarla, potendosene discostare soltanto là dove rimettano nuovamente la questione alle stesse Sezioni Unite nella speranza che la decidano in modo diverso.

Una cosa è confidare nella capacità persuasiva (degli argomenti) del precedente; ben diversa cosa è vincolare ai precedenti la decisione della causa.

A rigor di logica, un congegno così 'spietato' avrebbe dovuto ravvivare (questa volta, dal mio punto di vista, a ragione) le perplessità della dottrina sostanzial-penalistica più tradizionale, che tanto aveva insistito – come si è detto, fino a poco tempo fa – sul difetto di legittimazione democratica dei giudici e rivitalizzare le note discussioni sulle ragioni militanti alla base della divisione di poteri montesquieuiana.

Così, però, non mi sembra sia accaduto.

Tuttavia, mettendo da parte ogni considerazione teorica sulla necessità dei contrappunti ordinamentali (come più volte rilevato, comunque travolti dal congegno da tempo *multilevel* delle fonti), è proprio il piano, pratico, della tenuta del sistema a preoccupare nel medio periodo.

In una prospettiva realistica, infatti, potrebbero forse anche accettarsi, da parte di taluno, (ulteriori) perdite in tema di rappresentatività del decisore penale ove sia prospettabile un serio e duraturo guadagno per l'efficienza del sistema e la certezza del diritto. È però dubbio che ciò accada.

Infatti, sullo sfondo immaginario della riforma si staglia lo scenario irenico di un diritto giurisprudenziale ‘qualificato’, composto esclusivamente di sentenze di legittimità (come già era, e per di più) a Sezioni Unite che taumaturgicamente sciogliono nodi, appianano divergenze, razionalizzano sistemi e disegnano sottosistemi, sopprimendo distonie e orchestrando la soave armonia di un diritto tutto coerente e razionale.

Sarà davvero così?

Fermo restando che sei anni sono ancora pochi per un bilancio, è difficile che tali aspettative si realizzino.

Il presupposto perché il meccanismo funzioni è, infatti, che alle Sezioni Unite si faccia un ricorso parsimonioso: ciò che – come poc’anzi detto – mai è stato.

Ancor più, che si assicurino i tempi per quella riflessione e quell’approfondimento che la ponderazione di decisioni dalla valenza ormai consacrata come simil-normativa esige, evitando la spinta cogente di quell’‘urgenza’ cui è ormai assegnato valore di principio (la ragionevole durata dei processi). Eppure, essendo state le Sezioni Unite immaginate dal legislatore come una semplice leva da azionare per ottenere certezza del diritto, è naturale la tentazione di interrogarle quasi siano un oracolo.

Nessuna sorpresa, insomma, se, in linea con lo spirito della riforma (e dei tempi), le Sezioni Unite verranno sempre più compulsate da quelle semplici per evitare in anticipo la nascita di contrasti, piuttosto che soltanto dopo aver cercato, e fallito, un confronto articolato.

Se così fosse, non sarebbero però messe nelle condizioni di avvalersi di tutto il prezioso *humus* di argomenti derivanti non soltanto dalla bontà in sé delle tesi contrapposte, ma anche dal confronto con la pluralità dei casi con cui la disposizione legislativa ha avuto modo, nel tempo, di confrontarsi e che hanno forgiato la resistenza della soluzione, facendole da *test*.

Né andrebbe sottovalutato il fisiologico ritardo con cui le Sezioni Unite prendono atto dei mutamenti sociali (e tecnologici), i quali vengono ovviamente intercettati per primi dai giudici di merito ma la cui funzione propulsiva, fino a poco tempo fa, comunque, “normale” verrebbe oggi frenata dalla vincolatività del precedente delle Sezioni Unite, con ciò che ne consegue in termini di burocratizzazione del diritto, appiattito in una dimensione efficientistica funzionale alla sicurezza dei traffici e al soddisfacimento dell’imperante logica economicistica che ci ha ormai irreversibilmente pervaso.

Ove alle Sezioni Unite si ricorra troppo spesso, lo scenario in precedenza evocato sarebbe quindi sostituito da un mondo giuridico fatto di rapporti di forza e di inflazione decisionale, in cui la giurisprudenza di legittimità vincola i giudici di merito e si forma al suo interno ‘a colpi’ (differiti) di Sezioni Unite, senza – quel che è peggio – scongiurare il rischio che le decisioni da queste assunte si pongano in reciproco contrasto tanto quanto oggi lo sono quelle a Sezioni semplici (peraltro, l’avvicendamento dei componenti, oltre che il loro numero allargato, non sempre è garanzia di maggiore ‘confronto’, favorendo, anzi, ulteriormente, la casualità e quindi la precarietà decisionale, a fronte, invece, della tendenziale specializzazione delle Sezioni semplici).

Oppure (sarebbe sostituito) da un mondo nel quale, per evitare rimessioni alle Sezioni Unite ed evitare l'affastellamento di decisioni-legge sul medesimo tema – con ciò che ne deriva in termini di ‘tempi morti’, in un sistema preoccupato di rendere giustizia sempre più tempestivamente – si affileranno le armi del *distinguishing* e proporranno sotto-categorizzazioni anche là dove ne difettino i presupposti, in tal modo producendo però complessità, anziché semplificazione.

Tale rischio è rafforzato per il fatto che la Corte di cassazione non è certo una monade, dovendo per contro confrontarsi con altri organi di giustizia anche sovraordinati, quali la Corte costituzionale e le Corti europee, dei cui orientamenti – anch’essi, come ricordato, mutevoli – non può certo disinteressarsi.

A ciò si aggiunge la propensione a ritenere ‘vincolanti’ le sentenze delle Sezioni Unite anche precedenti alla data di entrata in vigore dell’art. 618, comma 1-*bis*, cod. pen. nonché la tendenza – non so fino a che punto utile e corretta, visto il già rilevato difetto di legittimazione dei giudici, seppure delle Corti superiori – ad intendere in senso stretto e letterale non soltanto il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, bensì l’intera motivazione della sentenza: a concentrarsi, cioè, non tanto sulla *ratio decidendi* e quindi sugli argomenti giuridici, quanto, ancora una volta, sul testo della legge-sentenza. Ciò, anche quando – tutti i giudici, anche quelli delle Sezioni Unite sono fallibili – esse esondino quel perimetro all’inizio richiamato della norma che è il testo di legge, così sovra-interpretando il ruolo regolatore di tale organismo con effetti *erga omnes*, che esorbitano dalla decisione del caso concreto.

L’art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. ricorda, insomma, un po’ il dono di Apollo alla Sibilla cumana: non soltanto per il già rilevato ruolo di oracolo di cui ha insignito le Sezioni Unite, ma anche e soprattutto perché la Sibilla aveva voluto una vita infinita, dimenticandosi però di chiedere anche l’eterna giovinezza, con la sgradevole conseguenza che si condannò ad una esistenza lunga ma infelice.

Lungi dal veicolare stabilizzazione giurisprudenziale, non è escluso, quindi, che si riproponga una situazione di incertezza analoga a quella che già agita le Sezioni semplici, con la differenza, non secondaria, che ogni mutamento diverrebbe laborioso, a causa dell’inflessibile meccanismo ideato dal legislatore.

La tela del ragno, oltre che fitta, diverrebbe, allora, vischiosa e soprattutto inelastica, insensibile ai cambiamenti atmosferici. A rimanerci intrappolati potrebbero essere, per primi, gli stessi giudici di legittimità; poi, quel che più conta, i destinatari del ‘nuovo’ precetto penale giurisprudenziale.

10. Conclusione

Ecco, allora, compiutamente delineata l’alternativa che avevo abbozzato all’inizio.

Su un versante, era già collocata la ‘prevedibilità ad ogni costo’, la ‘prevedibilità purchessia’, che comporta però rischio di fissità, di insostenibilità sociale del diritto, di perdita della funzione regolativa della giurisprudenza già nel medio

periodo attraverso la creazione di un sistema artificiale, standardizzato e gerarchicamente orientato.

Sull'altro versante, c'è una prevedibilità tendenziale e mitigata, intesa come obiettivo non coercibile e meramente tendenziale, che fa il paio con la difesa di una maggiore flessibilità del discorso argomentativo, nei termini e nella cornice che ci è stata regalata dalla ricca riflessione teorica sviluppatasi, a diversi livelli, lo scorso secolo. Al centro di tale riflessione campeggiava il dubbio, che crea *impasse*, sacrifica posizioni concrete e lascia molte vittime sul suo cammino, ma che, in prospettiva, ha pure un'importante funzione euristica, di ricerca della "verità" e di miglioramento progressivo del sistema.

Per sdrammatizzare il dilemma (serio) legato alla scelta tra questi due corni, muoverò in conclusione da Frederick Schauer¹² una metafora irriverente, provando a svilupparla.

Osserva tale autore che, una volta che un giudice della Suprema Corte (immaginiamo le Sezioni Unite) abbia sancito che il tempo ideale di cottura di un uovo è di sei minuti, potrebbe darsi che gli altri giudici si attengano scrupolosamente a tale numero, assoggettandosi all'autorità della regola.

Questi giudici potrebbero invece rispettare la regola (non per la sua autorità, ma) per la sua autorevolezza, e cioè perché riconoscono che i 6 minuti rappresentano l'esito di un processo di esperimenti e prove che ha portato a presumere il carattere ottimale di questo tempo di cottura.

In tale seconda ipotesi, però, incontreranno difficoltà nell'assumere questa come una presunzione assoluta: e difficilmente resisteranno all'impulso di operare *distinzioni* in ragione della specificità dei casi, come quando, per esempio, sia estate e la temperatura esterna sfiori i 40°.

La preferenza di Schauer, noto sostenitore del 'giudicare per regole', va ovviamente alla prima ipotesi. Invece a noi tocca capire se ci piace di più che le uova siano cotte sempre in sei minuti (c.d. sovra-determinazione della regola), e pazienza se ce ne capitano di stracotte, o se vogliamo provare (è solo un tentativo!) a mangiarle finché sono digeribili e non hanno prodotto solfuro di ferro (sostanza moderatamente tossica) ... sapendo, però, che a qualcuno toccheranno crude.

La scelta è difficile e posso soltanto tornare, in conclusione, sull'idea che non mi sembra più il tempo di un uso alternativo del diritto, ma quello dello studio delle possibili alternative a *questo* diritto.

Bibliografia

- Bernardi, A., Cupelli, C., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2017.
- Carnelutti, F., "Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)", in *Riv. Dir. Proc.*, 1949.

¹² F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* [2009], Carrocci, Roma, 2016, p. 78.

- Di Giovine, O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006.
- Giunta, F., Carcaterra, G., Di Giovine, O., Mazzacuva, N., Velluzzi, V., “Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza (opinioni a confronto)”, in *Criminalia*, 2010.
- Iacoviello, F., *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2023.
- Marinucci, G., “L’analogia e la ‘punibilità svincolata dalla conformità a fattispecie penale’”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.
- Schauer, F., *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carrocci, 2016.
- Viganò, F., Lemarque, E., “Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)”, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 31/03/2014.

Tomaso Epidendio*

Potere del diritto e potenza del fatto

1. Introduzione: la doppia dicotomia potere/potenza e diritto/fatto

La doppia dicotomia del tema assegnato dagli organizzatori al mio intervento (potere/potenza e diritto/fatto) esprime, con una precisione terminologica densa di significati, una serie di provocazioni intellettuali e pratiche che meritano di essere esplicitate e approfondite. La prima sollecitazione è a chiedersi perché in relazione al diritto si usa il termine “potere”, mentre in relazione al fatto si usa il termine “potenza”.

“Potere” si dice in molti modi e si usa in molte accezioni, ma questo distinguere “potere” e “potenza” sembra orientare verso un intendere il “potere” come capacità di produrre effetti e la “potenza” come una capacità di lavoro che ha, anche in senso fisico, un suo raggio di azione, una propria estensione e una propria possibilità di espansione, qualcosa che, nel suo dinamismo, ha e pone un limite.

La doppia dicotomia sembra dunque porre il problema del rapporto tra l’astratta illimitatezza del produrre effetti, che potrebbe avere il diritto, e una forza espansiva e limitante che gli è esterna: la potenza del fatto, appunto.

Tuttavia, il rapporto che si istituisce tra i due termini è ancora più ricco e più complesso e va partitamente esaminato.

2. I pericoli della pangiuridicizzazione: la violenza del diritto

Il termine “potere” in connessione con il diritto, come capacità di produrre effetti, è anche evocativa dei connotati coattivi del diritto, di quel carattere di “violenza”, la violenza del “potere”, insita nel giuridico, che non dovrebbe mai essere dimenticata.

Ciò è ben espresso dal termine tedesco *Gewalt*, la cui radice indoeuropea *val* rimanda alla capacità di disporre di qualcosa, ma il cui significato comprende nello stesso tempo sia la *potestas*, sia la *violentia*¹.

* tomasoemilio.epidendio@giustizia.it, Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione.

1 È un’ambiguità ben nota nella letteratura giuridica tedesca. Cfr. A. Hirsch, *Recht auf Gewalt? Spuren philosophischer Gewaltrechtfertigung nach Hobbes*, Fink Verlag, Monaco, 2004.

Esiste, dunque, un carattere intrinsecamente violento del diritto che si annida in quella violenza che fonda e preserva l'ordinamento giuridico.

Dopo anni di riflessioni sul “pensiero debole”², sul “diritto mite”³, spesso nella estasiata affermazione del “diritto di avere diritti”⁴ si finisce per trascurare quel carattere impositivo, sotteso alla produzione di effetti, che l'attrazione di un problema sociale nell'ambito del diritto sempre comporta: ogni affermazione di un diritto come posizione giuridica attiva di un soggetto porta con sé una serie di posizioni giuridiche passive a carico di altri soggetti che sono tenuti a rispettarlo o ad attuarlo e, se non lo fanno, possono essere “costretti” a farlo attraverso la forza espressa dall'istituzione. In realtà, nella mia qualità di magistrato, nelle aule di giustizia non ho mai visto un diritto mite: ho visto, invece, che le decisioni giudiziarie comportano sempre gioia per alcuni e tristezza per altri e che ogni provvedimento, in quanto tale, sottende la possibilità di farlo valere con la forza, seppure forza pubblica⁵.

Basterebbe riprendere le riflessioni di Derrida nel suo “*force de loi*”⁶ per capire la prudenza che andrebbe adoperata nell'attrarre un fenomeno nel mondo del diritto, nel sottoporlo a una disciplina giuridica e, in ultima analisi, nel farlo entrare nelle aule di tribunale.

In questo modo si potrebbe, forse, comprendere meglio come questa “pan-giuridicizzazione” – che ormai è diventata “pan-penalizzazione” – alla quale stiamo tuttora assistendo, questo “eticismo legale” – che smarrisce i confini tra morale, etica e diritto – sia in fondo figlio della sottovalutazione della “violenza”, nel senso ora precisato, del diritto e che, trascurando un aspetto rilevante del giuridico, può rappresentare un rischio per tutti.

Neppure dovrebbe essere dimenticato che attrarre un fenomeno nel mondo del diritto, significa anche assoggettarlo a una “procedura” di accertamento e di verifica, che ha proprie peculiari regole, diverse da quelle che utilizzerebbe uno scienziato o uno storico⁷: significa attrarre il fenomeno in una procedura che obbedisce ad un sistema di limitazioni probatorie e di regole di giudizio che seguono una logica diversa rispetto a quelle che governano le scienze sociali, la politica o l'etica. Le forme del processo, quali oggi consolidate nel nostro sistema, curano infatti essenzialmente la terzietà per offrire decisioni imparziali, ma per farlo soffrono limitazioni del materiale conoscibile e impongono regole del giudicare a ciò conformate.

2 Cfr. G. Vattimo, P.A. Rovatti (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 2009.

3 Cfr. ora la nuova edizione di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 2024.

4 Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

5 Come non ricordare le osservazioni di Benjamin sulla violenza che pone il diritto e sulla violenza che conserva il diritto. Cfr. W. Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, in *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp, Francoforte sul Meno, 1991, pp. 179-203.

6 J. Derrida, *Force de loi. Le “fondement mystique de l'autorité”*, Editions galiléé, Paris, 1994.

7 Come nota Irti il giurista è sì storico, ma orientato dall'interesse classificatorio e dunque volto a cogliere soltanto i dati di fatto riconducibili a uno schema normativo. Cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 23.

Eppure, nonostante tutte queste differenze, quanto spesso si utilizzano – nell'opinione pubblica ma non solo – decisioni giuridiche per esprimere valutazioni politiche, etiche o morali.

Il “potere del diritto” ci dovrebbe dunque mettere in guardia da queste aspirazioni pan-giuridiciste e da queste generalizzazioni, ma lo spirito del tempo sembra andare in senso contrario.

3. L'aspirazione del diritto a “calcolare il futuro”

D'altro canto, non si deve neppure tralasciare che il diritto, nella sua essenza produttiva di effetti futuri, esprime anche l'aspirazione a poter contare su ciò che avverrà: in qualche misura il giuridico vorrebbe “calcolare” il futuro (nella sua dimensione statica) e “prevedere” (nella sua dimensione dinamica) quale sarà la valutazione dei comportamenti.

Come scrive Max Weber “ogni decisione giuridica concreta è l'applicazione di un principio giuridico astratto a una fattispecie concreta”⁸. Detto in altri termini, l'evento è già descritto in contorni tipici e generali dentro la norma (fattispecie astratta) e l'evento particolare che si verifica qui e ora (la fattispecie concreta) è solo un caso (altri direbbe un'“occorrenza”) della classe di eventi già descritti in precedenza dalla norma giuridica in vista della produzione futura di determinati effetti.

Se – come dice Ortega y Gasset⁹ – la vita è insicurezza – *recte* “preoccupazione” – allora l'uomo ha bisogno di una dimensione in cui la vita sia prevedibile ed il diritto sembra offrire appunto uno spazio in cui soddisfare questo bisogno di calcolare il futuro, salvo poi puntualmente deludere le aspettative, come anche negli ultimi tempi è facile verificare: calcolare il futuro tramite il diritto sembra infatti un'illusione.

Si tratta di quella che potremmo chiamare l'“illusione della fattispecie”, per la quale tutta l'opera del diritto si riduce alla sussunzione del fatto nella descrizione normativa offerta dal legislatore.

Si tratta insomma della cd. “crisi della fattispecie” che può essere riguardata sotto due aspetti: quello della “crisi fondazionale della logica sussuntiva”; quello della “crisi dei presupposti di calcolabilità delle fattispecie”.

Partiamo da quest'ultima.

Lo stesso Weber riconosceva che la calcolabilità del diritto è garantita solo da fattispecie generali e astratte di norme stabili. Tuttavia, generalità e astrattezza delle fattispecie e stabilità delle norme non sono caratteristiche intrinseche, ma emergenze storiche e, quindi, dipendenti dalla contingenza della loro concreta adozione nel legiferare storico.

Oggi assistiamo a tecniche legislative sempre meno rispettose della generalità e astrattezza. In realtà assistiamo a formulazioni sempre più analitiche che, nell'impos-

8 M. Weber, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, p. 278.

9 J. Ortega y Gasset, *Meditazioni sulla felicità*, SugarCo, Milano, 1996.

sibile sforzo di regolare tutto il possibile, si risolvono spesso in formulazioni oscure, enunciati ambigui che, talvolta, devono la loro approvazione – parlamentare, della legge, o governativa, dei decreti – proprio a quella loro ambiguità, che ha consentito il convergere compromissorio del consenso politico su un testo con tali caratteristiche.

Soprattutto il diritto è diventato sempre meno stabile: si verifica un vorticoso susseguirsi nel tempo di disposizioni sullo stesso oggetto, che spesso si embricano in un vortice di novellazioni tali da esaurire la nomenclatura della numerazione degli articoli che, dopo i cardinali arabi (1, 2, 3, etc.) e gli ordinali romani (*bis, ter, quater*), richiedono il fantasioso ricorso ai *bis.1* e così via.

Insomma, il diritto legislativo è, nella concretezza dell'attualità, sempre meno generale e astratto e sempre meno stabile; dunque, non risponde più ai criteri di calcolabilità della fattispecie che esprimevano questa tensione a dominare il futuro, ovvero a garantire quella che una volta si chiamava "certezza del diritto".

Quest'ultima è però minata anche da quella che ho chiamato la crisi fondazionale della logica sussuntiva.

Ormai da tempo – dopo la cd "rivoluzione ermeneutica" del diritto – si è riconosciuta la fallacia della riduzione operativa del diritto alla sola sussunzione e si è denunciato il mito del giudice "*bouche de la loi*", senza però rendersi conto dell'urgenza di trovare una nuova sistemazione e un nuovo inquadramento, che continuassero ad assicurare equilibri istituzionali tradizionali andati perduti, cioè quel minimo di prevedibilità delle decisioni che costituisce, in fondo, una delle ragioni d'essere del diritto.

Come è stato efficacemente e lucidamente osservato da Mario Barcellona¹⁰, una mutazione del diritto – e del ruolo che in esso svolge la giurisprudenza, anche nei sistemi a cd. diritto legislativo scritto – è intervenuta ad opera di un particolare modo di intendere l'interpretazione, teorizzato dalla cd. "ermeneutica giuridica", che così sintetizza: l'interpretazione di una disposizione, non dandosi un'accessibilità al senso autentico di un testo normativo che possa prescindere dalla soggettività di chi lo interpreta, costituisce sempre l'esito di un circolo ermeneutico, dove la comunicazione tra testo e interprete è permessa solo dalla "familiarità" dell'orizzonte dell'uno con quello dell'altro e, poiché l'orizzonte di un testo è in fondo la giusta soluzione di un caso della vita, l'interpretazione avviene sempre nel segno della "giustizia", di tal che non c'è alcuna "verità" del testo al di fuori della decisione che in suo nome viene pronunciata.

Al di là del giusto rilievo (sempre di Barcellona) che tutto ciò si basa su un radicale fraintendimento non solo di Heidegger, ma anche della stessa ermeneutica filosofica di Gadamer, non può mancarsi di rilevare che la cd. "ermeneutica giuridica" – così intesa – ha assunto storicamente un ruolo egemone nella concretezza della vita giudiziaria ed è qui che entra in gioco l'altro corno della doppia dicotomia: "la potenza del fatto".

Su questo secondo corno della dicotomia è opportuno ora soffermarsi brevemente.

10 M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi, Modena, 2022, p. 11.

4. Le due potenze del fatto

La “potenza del fatto” – contrapposta al “potere del diritto” – può evocare due idee: da un lato, sembra esprimere un limite al diritto, come potere di disciplinare solo “fatti possibili”; dall’altro, e più sottilmente, sembra richiamare quelle situazioni in cui è il fatto stesso (con la sua potenza) a reclamare il diritto, un suo bisogno di trovare attuazione nel diritto. Ad esempio, le sofferenze insopportabili di un malato terminale sembrano, per la “potenza” del fatto in cui consistono e che esercitano sull’essere umano che lo legge, reclamare una loro disciplina.

Si tratta di quelle situazioni (eccezionali?) in cui il fatto esprime una sorta di immedesimazione del criterio con l’oggetto del giudizio. Anzi, in queste situazioni, il fatto non sembra neppure più implicare un “giudizio” – inteso come *ius dicere* – ma una decisione (da *de-caedere*), un taglio tra le alternative che si impongono come scelta, dopo l’immediato confronto tra il giudice e il fatto medesimo: un confronto che – come ha notato Irti¹¹ – ha il sapore e l’intensità di una prova esistenziale, con tutto il coinvolgimento emotivo e sentimentale che ciò comporta.

Paradigmatico in questo senso è stato il caso della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale sull’aiuto al suicidio che, per gli aspetti che qui rilevano¹², ha portato alla ricostruzione *ex novo* di una fattispecie di non punibilità, ricalcata essenzialmente sulla selezione di elementi rilevanti del fatto, arricchita di una proceduralità prevista dalla legge per altri casi. Questa iscrizione del giudizio nel fatto – cioè, in alcuni elementi del fatto che, ad avviso dell’interprete, reclamavano di per se stessi una certa disciplina (nel senso della non punibilità) pur in assenza di una previsione legislativa – ha poi ancor più caratterizzato la giurisprudenza comune, che è seguita sul tema, e che ha ampliato i casi di non punibilità sulla base della selezione di altri elementi rilevanti dei fatti successivamente posti a giudizio.

Ecco allora che, in queste situazioni, il diritto perde tutto il suo consolatorio potere di calcolare il futuro, perché in qualche modo è sempre iscritto nella particolarità e nella concretezza irripetibile e singolare del fatto che accade, dal quale il singolo interprete astrae alcuni elementi, nei quali vede intrinsecamente iscritto un giudizio di approvazione o disapprovazione.

Ma anche nella quotidianità giuridica, dall’urto tra il potere della legge e la potenza del fatto, nasce (sempre e in ogni situazione) il “caso giuridico”, in virtù della legge che lo descrive in anticipo e lo valuta, approvandolo o disapprovandolo. Voglio dire che il magistrato non giudica mai e soltanto su fattispecie, ma su “casi giuridici”.

Il “caso”, diviene prima “esempio applicativo” della legge, ma poi finisce per esprimere la “domanda” che il fatto pone al diritto: il caso, dunque, non è mai dato, precedente, precostituito, ma si “costruisce” attraverso la formulazione di una “domanda” al diritto, una domanda che viene formulata dopo aver letto (o

11 N. Irti, *op. cit.*, p. 51.

12 Per una più ampia disamina degli effetti di sistema correlati a questa sentenza sia consentito rinviare al mio, “La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019. Apocalypse cum figuris”, in *Giudice Donna*, 2019, 2/3.

interpretato) il fatto sempre attraverso il diritto¹³. In altre parole, le fattispecie astratte sono solo le lenti attraverso le quali l'interprete considera il fatto e ne seleziona gli elementi rilevanti, ma le stesse fattispecie astratte sono selezionate sulla base di una lettura dello stesso fatto.

Si instaura perciò una circolarità – *recte* una “ricorsività” – dal fatto al diritto e dal diritto al fatto, in cui non esiste un inizio e un termine, se non in senso convenzionale (esattamente come nella geometria di un cerchio). In questo si esprime il carattere intimamente “complesso” del diritto, che non ne consente una “calcolabilità” in senso proprio, nel senso di una procedura algoritmica di tipo computazionale che consenta di stabilire in anticipo quali effetti giuridici saranno collegati a un determinato fatto.

Tuttavia, “incalcolabilità” – cioè, esatta determinazione *ex ante* di un unico risultato valido in base a un calcolo che tutti sono in grado di ripetere o verificare – non significa totale “imprevedibilità”; non significa, cioè, che ogni risultato interpretativo sia ammissibile e riconducibile solo al sostanziale arbitrio dell'interprete, *id est* alle sue personali convinzioni assiologiche.

Questo è il più grande errore della volgarizzazione/semplificazione della teoria ermeneutica applicata al diritto: avvalorare l'idea che l'interprete abbia una singolare libertà ermeneutica di far affiorare le proprie personali convinzioni nella lettura di un testo.

Eppure, è facile rilevare che, alla riconosciuta impossibilità ricostruttiva di una *intentio auctoris* (il mito della volontà del legislatore), non segue necessariamente la conclusione che per il diritto moderno l'unica strada possibile sia la *intentio lectoris* (la volontà del giudice): è pur sempre riconoscibile una *intentio operis* nella quale, pur restando molteplici (e potenzialmente infiniti) i significati attribuibili a un testo di legge, non tutti sono ammissibili e il contesto aiuta a selezionarne un ristretto numero di possibili.

Significativo è, del resto, il fatto che uno dei più importanti studiosi e divulgatori in Italia delle teorie dell'“opera aperta” e della “semiosi illimitata” – Umberto Eco – già nel 1990 sentiva il bisogno di scrivere un'opera intitolata “I limiti dell'interpretazione”, nella quale, con la semplicità dei grandi che non temono l'accusa di banalità, metteva alla berlina le derive decostruttive dell'ermeneutica e scriveva: “c'è nel Codice Rocco un comma che s'intitola ‘Turbata libertà degli incanti’ e posso leggere questo titolo come un incipit poetico, fra rondismo ed ermetismo, sui fremiti di un'adolescenza delusa. Ciò non toglie che le convenzioni linguistiche mi dicano che in quel testo ‘incanti’ vuol dire aste e l'articolo si riferisce alla turbativa d'asta. Ecco la differenza tra uso e interpretazione”¹⁴.

Non si cerchino dunque alibi in pretesi e male intesi approdi della linguistica o della filosofia per bollare come antiquato ogni tentativo di recuperare significato al principio di sottoposizione del giudice alla legge, che non solo resta ancora scritto

13 J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 41 ss.

14 U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, IV ed., Bompiani, Torino, 2004, p. 127.

nella nostra Costituzione all'art. 101, ma ha un preciso e fondamentale spazio di operatività e rappresenta un perno fondamentale su cui si regge il difficile equilibrio tra i poteri e sul quale si fonda – è bene non dimenticarlo – la stessa autonomia e indipendenza della magistratura.

Vecchi e inadeguati risultano invece gli approcci decostruzionistici¹⁵ e rivendicativi di una massima libertà del giudice nel trovare nel fatto il senso della sua giustizia, una formula che evoca spaventosamente da vicino i fantasmi del cd. “diritto libero” – utilizzato in epoca nazista per giustificare le più discutibili operazioni giuridiche – ma che, ricontestualizzato in una dimensione teorica di “uso alternativo del diritto”, che esalta la funzione sociale del giudice verso i più deboli, anche in chiave di tutela dei loro diritti costituzionalmente garantiti, non solleva in genere particolari preoccupazioni e incontra invece il maggioritario plauso della dottrina¹⁶.

Insomma, la cd. “ermeneutica giuridica” non ci condanna necessariamente a un “postdiritto”¹⁷ in cui, come in una notte hegeliana, tutte le vacche finiscono per essere nere.

Al contrario, ci chiama a una nuova e più approfondita riflessione sul significato della soggezione del giudice alla legge, quale può essere inteso nell'attualità.

Proprio su questo tema mi sembra che abbiano finito per contrapporsi storicamente due modelli di giudice che, in conclusione di questo intervento, vale la pena di esaminare brevemente più da vicino.

5. Conclusione: “giudice classico” e “giudice romantico”

Analizzando in modo più ampio il ruolo del giudice nella modernità – con precipui riferimenti a una realtà come quella statunitense, dalla quale molto ci divide – Mary Ann Glendon¹⁸ ha usato una metafora che è però efficace anche nel nostro contesto, riferendosi alla contrapposizione che sta storicamente avvenendo tra due modelli di giudice: il “giudice classico” e il “giudice romantico”.

Il giudice “classico” è quello che crede, ancora e ostinatamente, nel valore della “logica della fattispecie”, come la cornice in grado di garantire quel fragile equilibrio tra il potere del diritto e la potenza del fatto. Egli, dunque, ancora nell'oggi,

15 Sul decostruzionismo cfr. J. Derrida, *De la grammatologie*, Minuit, Paris, 1967. Per una introduzione al tema cfr. M. Ferraris, *La svolta testuale. Il decostruzionismo in Derrida, Lyotard, gli “Yale Critics”*, Unicopli, Milano, 1984. Sulla declinazione giuridica del decostruzionismo è nota la polemica tra Dworkin e Fish (S. Fish, *Is there a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Harvard, 1980); sul tema in Italia v. almeno il fondamentale G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 227-246.

16 Cfr. ad es. M. Vogliotti, “Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, p. 131. Per la parabola storica decritta dalla magistratura sotto questo aspetto, sia consentito rinviare al mio, “La grande decostruzione della magistratura”, in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2022 e ai riferimenti *ivi* contenuti.

17 Cfr. ad es. G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022.

18 Cfr. M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carrozza e M. Cartabia, Rubbettino, Milano, 2007.

aspira ad essere sobrio e impersonale nel massimo rispetto della democratica sovranità popolare, sostenuto dalla convinzione che – pur tra mille delusioni e molti limiti – i migliori assetti delle relazioni sociali possono essere garantiti solo dalla legge, che ha l'importante funzione di limitare la “violenza” del diritto. Egli concepisce il suo ruolo soprattutto in termini di un “servizio”.

In termini weberiani egli si muove sotto la stella dell'etica della “responsabilità” mentre, in termini costituzionali nazionali, è il giudice particolarmente attento al principio di sottoposizione alla legge ex art. 101 Cost., principio che rappresenta per lui il fondamento della sua imparzialità e autonomia ex art. 104 Cost. e della uguaglianza tra tutti i giudici che si distinguono solo per diversità di funzioni (art. 107 Cost.).

Il giudice “romantico”, invece, è quello che pensa per “valori” e si promuove, autolegittimandosi, ad essere autore primario dei relativi “bilanciamenti”. Egli è volontaristico, elitario (nella convinzione di essere investito, grazie alla sua cultura e preparazione, di una più alta funzione) e – trascinato dalla sua passione per la “giustizia” – tende ad espandere il suo ruolo, spesso riempiendo quegli spazi lasciati scoperti da una politica debole. Egli concepisce il suo ruolo in termini di un “potere” da esercitare per la promozione della “giustizia”.

In termini weberiani si muove sotto la stella dell'etica dei “principi” mentre, in termini costituzionali nazionali, egli si erge a paladino dei “diritti fondamentali”, selezionando quelli che ritiene di privilegiare (spesso appoggiandosi anche a Carte e giurisprudenze sovranazionali).

Entrambi i modelli, naturalmente, funzionano da schemi descrittivi astratti, dove i singoli giudici esibiscono spesso caratteri dell'uno e dell'altro modello.

Inutile dire, però, che negli ultimi tempi il giudice “romantico” sembra avere nella magistratura un particolare *appeal*, nella sempre più diffusa convinzione del valore del detto paolino secondo cui “la lettera uccide”.

Eppure, mi sento di aggiungere, l'irrazionalismo sentimentale e volontaristico, quando si accompagna alla “forza” del diritto, può “uccidere” ancor di più della lettera: e spero per tutti che l'avversione nutrita per il rigore del formalismo giuridico non ci precipiti negli abissi di un “nuovo” diritto libero.

Per ora, in forza di quel principio di omeostasi che governa tutti i sistemi – non solo quelli fisici, ma anche quelli istituzionali – stiamo “solo” assistendo ad una reazione della politica a quelli che sono stati interpretati come “sconfinamenti” della magistratura, in una sorta di lotta tra “poteri” in cui l'unica perdente certa è l'idea della giustizia come servizio.

Di fronte a queste sfide epocali c'è da chiedersi quale sia la posizione che la “dottrina” intende occupare.

A questo proposito mi pare ancor oggi efficace un'osservazione di Schmitt, contenuta in un suo scritto del 1912 (*Gesetz und Urteil*), secondo cui la “teoria del diritto” ha due vie davanti a sé: può limitarsi a servire la prassi giuridica e seguirla fedelmente, oppure può andare per la sua strada, lasciando che sia la prassi ad appropriarsi in seguito dei risultati che essa ha conseguito.

Negli ultimi tempi ho avuto spesso l'impressione che sia stata scelta la prima strada, ma spero invece che presto venga imboccata la seconda, perché credo che solo quest'ultima possa offrire davvero *theoria*, vale a dire “visione”.

Bibliografia

- Hirsch, A., *Recht auf Gewalt? Spuren philosophischer Gewaltrechtfertigung nach Hobbes*, Fink Verlag, 2004.
- Vattimo, G., Rovatti, P.A. (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, 2009.
- Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 2024.
- Rodotà, S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2015.
- Benjamin, W., *Zur Kritik der Gewalt*, in *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp, 1991.
- Derrida, J., *Force de loi. Le "fondement mystique de l'autorité"*, Editions galiléé, 1994.
- Irti, N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.
- Weber, M., *Economia e società*, Edizioni di Comunità, 1974.
- Ortega y Gasset, J., *Meditazioni sulla felicità*, SugarCo, Milano, 1996.
- Barcellona, M., *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi, 2022.
- Epidendio, T., "La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019. *Apocalypsis cum figuris*", in *Giudice Donna*, 2019, 2/3.
- Hruschka, J., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Il Mulino, 2009.
- Eco, U., *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 2004.
- Derrida, J., *De la grammatologie*, Minuit, 1967.
- Ferraris, M., *La svolta testuale. Il decostruzionismo in Derrida, Lyotard, gli "Yale Critics"* Unicopli, 1984.
- Fish, S., *Is there a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, 1980.
- Zaccaria, G., *Questioni di interpretazione*, Cedam, 1996.
- Vogliotti, M., "Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015.
- Epidendio, T., "La grande decostruzione della magistratura", in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2022.
- Zaccaria, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, 2022.
- Glendon, M.A., *Tradizioni in subbuglio*, Rubbettino, 2007.

Pasquale Femia*

Sperare dopo la speranza.

Cosa abbiamo imparato a sperare dopo la fine delle speranze

1. Una storia semplice: il Male e il Bene

Siamo chiamati, e non nascondo l'emozione, a celebrare un convegno che a distanza di cinquant'anni fa ancora parlare di sé, e non è affatto una cosa abituale¹; in genere i convegni vivono il tempo del loro svolgimento e poi nessuno ne parla più². Evidentemente, in quel convegno era in opera qualcosa che esprime una radice profonda del diritto: il rapporto con la speranza di cambiamento³. L'occasione mi induce, e i colleghi me lo perdonino, ad utilizzare un linguaggio forse più semplice del dovuto ed eccessivamente narrativo: ma per comprendere perché nel '72 si cercasse con tanta determinazione e senso di necessità epocale l'alternativa a qualcosa, la prima – semplice – domanda da porsi è: *alternativa a cosa?* Qual è la realtà, quale la possibilità diversa che si cercava?

* pfemia@unisa.it, Professore ordinario di Diritto privato presso la Seconda Università di Napoli.

1 Nel ripercorre lucidamente l'eredità, M. Barcellona, *Giudici Politica Democrazia. Uso alternativo o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo che cambia*, Castelvecchi, Roma, 2023, p. 43 ss.; diversa lettura, egualmente di alto rilievo, quella di N. Lipari, "L'uso alternativo del diritto", oggi, in *Rivista di diritto civile*, 2018, pp. 144-164.

2 P. Costa, "L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni Settanta", in *Democrazia e diritto*, 27 (1987), 3, pp. 15-56; Id., *L'alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni Settanta*, *ivi*, 47 (2010), 1/2, pp. 242-278; L. Nivarra, *La grande illusione. Come nacque e morì il marxismo giuridico in Italia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 57 ss.; M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2011, p. 36 ss.; C. Camardi, "L'uso alternativo del diritto fra teoria e prassi", in *Jus civile*, 5 (2023), pp. 970-978; T. Greco, "Modernità, diritto e legame sociale. (Una riflessione sul pensiero di Pietro Barcellona)", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31 (2001), 2, pp. 517-541; S. Mazzamuto, "Ricordo di Pietro Barcellona", in *Rassegna forense*, 2014, 2, pp. 431-435.

3 A circa un decennio di distanza scorreva criticamente P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 2 s., "di un atteggiamento di rivalsa [...] anche da parte di coloro che sono stati protagonisti delle vicende e dei dibattiti teorici e metodologici degli anni '70, di una vera e propria opera di rimozione di fronte a fenomeni e vicende che non solo hanno – come sarà facile dimostrare – ben altro spessore e complessità di quanto non appaia a prima vista, ma che denotano a mio avviso sommovimenti e trasformazioni più profonde e risalenti nel tempo nell'arco dell'intero secolo". P. Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Bollati Boringhieri, Torino, 1987, p. 42 ss., rispetto alle aporie dell'eguaglianza.

Comincerei come se fosse un racconto. È una storia breve e semplice:

L'alternativa al Male è il Bene.

Era la fine degli anni Sessanta. Da una parte c'è il Male, dall'altra il Bene. Il Male è al potere, si chiama borghesia e capitalismo. Il Bene è asservito: sono i lavoratori, le classi subalterne. Le classi subalterne sono ignoranti, e non capiscono che l'ordine nel quale vivono, il torto e il diritto, sono soltanto la maschera dell'estrazione di plusvalore – dello sfruttamento di tanti poveri a vantaggio di pochi ricchi.

Ma c'è una parola che vi salva, e non è la religione, è la politica. Gli intellettuali hanno capito la parola – se ne sono appropriati, ma soltanto per donarla e liberare i tanti.

Gli anni, i decenni, il secolo, tutto è passato. I poveri sono ancora poveri e i ricchi sono ancora ricchi.

2. Manovrare le contraddizioni del Male

Questo era lo sfondo ideale intorno al quale poteva muoversi il giurista che sulla fine degli anni Sessanta non sopportasse, pieno di orrore e disgusto, molto o tutto di quello che vedeva intorno a sé. E che fare? Siamo sul finire, dicevamo, degli anni Sessanta, si era nel pieno dei gloriosi Trenta: c'era stata la maggiore redistribuzione di reddito della modernità, c'erano allora un po' meno poveri in giro, e quindi – per una ragione che forse a quei protagonisti poteva non essere così chiara (cioè che fosse solo una congiuntura economica) – c'era anche minore disegualianza.

Si fa sentire la mobilità sociale: i poveri vanno all'università, attendono l'ingresso nel vero mondo borghese; quelli di loro che vanno a Giurisprudenza non attendono soltanto il piccolo concorso nella Pubblica Amministrazione, ma aspirano alla magistratura o, perché no, alle cattedre universitarie (per fare l'avvocato vero, quello che fa i soldi, la barriera di ceto era più difficile da scalare – l'eguaglianza sostanziale è più facile da praticare dentro i pubblici concorsi, lo Stato formale è costretto da se stesso a credere nella Costituzione che proclamano e che lo Stato materiale disattende finché può). La cultura era tutta una corrente di rinnovamento, di ricerca di una liberazione troppo a lungo attesa⁴.

Qualche figlio illuminato dei ricchi e qualche povero ben istruito nel paradigma della lotta allo sfruttamento mediante la rivoluzione culturale dentro/contro la legalità: queste figure (alle quali, con molta nostalgia, credo di potermi accodare come tardo epigono degli anni Ottanta) sono diventati giudici e professori di diritto; pensano adesso che sia giunto il momento di riadeguare il Bene al Male. C'era posto in quelle posizioni intellettuali: c'erano ricchezze maggiori che fare il giudice o il professore. Il potere vero migrava altrove, ma non lo si poteva ancora scorgere (o forse, scorrendo quel crinale, il nuovo intellettuale sentiva ancor più

4 M. Gotor, *Generazione Settanta. Storia del decennio più lungo del secolo breve 1966-1982*, Einaudi, Torino, 2022, p. 16 ss.; A. Saccoman, *Storie dagli anni Settanta. Dedicate a chi non c'era*, Unicopli, Milano, 2022.

forte il proprio dovere di denuncia e trasformazione radicale). Alla fine degli anni Sessanta si poteva ancora credere che il diritto fosse la scienza sociale egemone, quella che avrebbe comunque garantito l'eccellenza anche, non lo nascondiamo, di ceto a chi compisse quegli studi. Non sapevamo cosa sarebbe accaduto negli anni successivi, che il potere, in primo luogo quello simbolico, stesse voracemente correndo altrove, verso la nuova scienza della legittimazione del dominio, verso l'economia. Provenivamo da un Parlamento e da una Assemblea costituente composta in gran parte da giuristi.

Convinzione diffusa era che ci fosse più spazio per tutti. Ed allora cambiamolo, questo spazio. Usiamo il diritto per fare il Bene contro il Male. Ma il diritto non era il Male? Certo, e allora facciamo un altro diritto, un diritto alternativo, per una società che dall'alternanza scopra di aver preparato la rivoluzione⁵.

Facciamo rumore, facciamoci sentire. Diveniamo movimento, partito, frazione.

C'è un passo bellissimo dell'introduzione di Pietro Barcellona a quel convegno, dove si dice: 'Manovriamo la contraddizione', cioè cerchiamo di fare in modo che le debolezze intrinseche di questa società possano essere utilizzate per fare qualcosa di altro che sia qualcosa di bene⁶. Ecco, questo era l'afflato ideale di quel momento, che prevedeva però che la società fosse divisa, che fosse chiaro dove stava il bene e dove il male, che ci fosse una maggioranza che non condivideva questa parola illuminata che salvava, e quindi fosse necessario riunirsi, riconoscersi, farsi gruppo (o, avrebbe detto chi amava assai meno queste scelte, 'farsi fazione') e provare a migliorare il mondo⁷. La contraddizione nella realtà si riproduce nel diritto⁸: trasformare radicalmente il secondo per

5 Non tutti erano d'accordo. Significativa la testimonianza di Toni Negri, il quale nei primi anni del Duemila si interrogava sulla differenza tra i movimenti globalisti ai quali non "faceva schifo parlare di diritti, mentre nelle mia generazione, negli anni Sessanta-Settanta, a parlare di diritti ci si rivoltava lo stomaco": A. Negri, *Nuovi diritti e potere costituente*, in M. Tarì (a cura di), *Guerra e democrazia*, Manifestolibri, Roma, 2005, p. 116. Ho provato a rispondere alla domanda "Perché il diritto non fa schifo" in P. Femia, *Il giorno prima. Comune, insorgenza dei diritti, sovversione infrasistemica*, in S. Chignola (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Ombrecorte, Verona, 2012, p. 124 ss.

6 P. Barcellona, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Roma-Bari, 1973, p. IX ss.

7 Alcuni anni dopo Cesare Salvi ribadiva "le linee di politica del diritto costruite su quelle basi propongono una aggregazione dei giuristi intorno ai momenti di conflittualità e ai "soggetti esclusi", che salta la centralità del rapporto tra classi sociali e stato: è al giudice, in definitiva, che si affida il ruolo di strumento per l'emersione delle contraddizioni del sistema giuridico e sociale": C. Salvi, *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Introduzione a Id.* (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Feltrinelli, Milano 1978, ora in Id., *Cinquant'anni di scritti giuridici*, RomaTre Press, Roma 2024, p. 126.

8 Così scrive, in diverso clima culturale, Mario Barcellona, discutendo Duncan Kennedy: "La contraddizione, dunque, si dà nella "realtà" e si riproduce nel diritto. Ma proprio perché tale contraddizione è – per così dire – originaria, essa non è razionalmente risolvibile: "non vi è alcun metasistema che ci dia le chiavi" (op. cit., p. 116). E "il riconoscimento di ... [tale] contraddizione significa che non possiamo "equilibrare" valori e regole individualiste ed altruiste ... eccetto nel senso tautologico che possiamo, come dato di fatto, decidere se dobbiamo" (op. loc. cit.). L'antinomia normativa tra individualismo ed altruismo, dunque, non è razionalmente com-

rivoluzionare il primo. Questa era l'alternativa giuridica al diritto dentro il diritto. Un concetto quasi paradossale che presupponeva l'intrinseca contraddittorietà dell'ordine giuridico.

3. L'orizzonte carcerario del profitto solitario

Poi sono arrivati gli anni Ottanta e gli anni Novanta. Nel prosieguo del racconto, ci hanno convinto che i paladini del Bene fossero assassini. Che parlare con le maiuscole (quindi il Bene e il Male) fosse violenza metafisica⁹. Che il capitalismo fosse un orizzonte intransitabile e che soltanto dentro l'orizzonte carcerario del profitto solitario si desse la costituzione della libertà e l'unica forma di giustizia possibile. L'idea era che solo il mercato vi salverà. La parola è un'altra. Le disegualianze possono stare dove stanno perché sono necessarie. L'eguaglianza? Solo di opportunità; poi chi deve crepare, crepi.

A quel punto, che fare? Chiudersi nella professione, ripiegarsi sul proprio immaginario professionale: dialoghi con la giurisprudenza (ovvero: sono un avvocato, giudici andiamo d'accordo, che faccio affari); diritto vivente¹⁰. L'essere, che è un linguaggio, è un ottimo modo per vivere nella parola senza poter formare proposizioni¹¹. Qualche nichilista protesta: gli ermeneuti comunità interpretante sono "compagni che sbagliano". Niente valori, solo norme, solo politica: ovvero i valori non ci sono, ma amministriamo benissimo la loro inconsistenza. Non ci sono, ma di essi si parla. Non esistono, discorrono. Parlano di noi mentre noi parliamo di loro. E che gli affari siano, tanto i ricchi governano la politica. Tutto bene, contiamo ancora qualcosa. Non è più chiaro dove sia il Bene e il Male, non lo si può più dire in termini apodittici. Farsi gruppo non garantisce l'alternativa. Non mi permetto di parlare dinanzi ad un maestro, quale il Professor Zaccaria, della proposta dell'ermeneutica, mi limito a dire che l'ermeneutica giuridica negli anni Ottanta è stata l'uscita di sicurezza, la risposta culturale ai conflitti del decennio precedente¹².

ponibile ma può essere solo risolta in modo del tutto precario e arbitrario da una "decisione", che si sovrappone al diritto e che, perciò, azzerava la distinzione tra legislazione e giurisdizione": M. Barcellona, *Critica del positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 194, nt. 58; (il passo citato è di D. Kennedy, *Forma e sostanza nella giurisdizione di diritto privato*, trad. it., ESI, Napoli, 1992).

9 Un esempio significativo nelle critiche di Irti all'aggressività dei valori: N. Irti, "Quattro giuristi del nostro tempo", in *Rivista di diritto privato*, 3 (1998), 4, p. 756 ss.

10 Fare una nota qui significherebbe far dispiacere molti (alcuni dei quali non ci sono più). Unica cosa che si possa dire: dal punto di vista storico, gli anni Ottanta e i Novanta hanno rappresentato (per molti, ma non per tutti) una fase di ripiegamento professionale e di definitiva marginalizzazione della scienza giuridica civilistica nel movimento culturale.

11 P.G. Monateri, "Correct our watches by the public clocks (Interpretazione del diritto e nihilismo giuridico)", in *Riv. critica dir. privato*, 1997, p. 403 ss.

12 G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984; F. Viola, *L'ermeneutica giuridica in cammino. Sulle orme di Giuseppe Zaccaria*, in D. Canale, E. Pariotti e B. Pastore (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, Carocci, Roma, 2019, pp. 107-114.

E oggi che siamo saltati dagli anni Novanta del Novecento agli anni Venti del Duemila, qual è il problema? Tra ermeneutiche in conflitto non si dà comunità interpretante, ma soltanto provvisoria incomunicabilità.

Il problema è, e forse per questo se ne parla ancora, il desiderio di non perdere la speranza. Da qui il titolo di questa relazione: ‘sperare dopo la speranza’. Ci hanno tolto la speranza, e allora?

Negli ultimi Venti o Trenta anni tra scetticismi vari e intransitabilità dell’orizzonte carcerario del profitto solitario, come l’ho voluto chiamare, non c’era speranza. Il diritto non poteva altro che essere amministrazione dell’esistente e magari viene anche chiamato a far parte di qualcosa che aspirerebbe ad essere parte di un nome più sofisticato (benché chi lo propose, Foucault, non aveva certo questa intenzione): “governamentalità”, qualcosa che certamente è più di “*governance*”, il modo per il quale il mondo, il sistema, è amministrazione¹³. A me sembra che chi ragioni così pensi che il diritto sia sostanzialmente un condominio: molta forma, buone educate relazioni a coprire avversioni insuperabili, discreti guadagni, molta comunità di facciata¹⁴. È un orizzonte intransitabile la “governamentalità”? Una bella vita per i più fortunati, tra comodi *otia* nelle sere del proprio studio legale?

4. La destituzione giuridica delle emozioni

Se l’uso alternativo è la speranza, dopo la strage postmoderna delle illusioni, noi dobbiamo chiederci se il diritto possa fare qualcosa, ancora, per sperare dopo la speranza.

Per provare ad immaginare un rinnovamento dall’interno, qualcosa che non sia una rivoluzione, la quale è politica, bisogna lavorare dentro le istituzioni. Si può *sperare* dentro le istituzioni?

Propongo un percorso che possa rappresentare una via di uscita in un contesto che è profondamente diverso da quello del 1972, in un contesto non direi di pluralismo ma di molecolarizzazione¹⁵: siamo una folla solitaria, viene diffusa la narrazione secondo la quale saremmo soltanto tanti individui ridotti a disperatamente

13 M. Foucault, “La governamentalità”, in *Aut-aut*, 167-168 (1978), pp. 12-29; S. Chignola, *L’impossibile del sovrano. Governamentalità e liberalismo in Michel Foucault*, in Id. (a cura di), *Governare la vita. Un seminario sui Corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-79)*, Ombrecorte, Verona, 2006, pp. 37-70.

14 Riflette lucidamente sul punto, nella transizione dall’ordinamento ad un coacervo di negoziazioni infinite, B. Montanari, *Dall’Ordinamento alla Governance. Uno slittamento di piani*, in Id., *L’avventura della parola. Venti anni di filosofia del diritto (2000-2020)*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 87 ss.

15 Tra le malinconie postmoderne e globali potremmo indicare la transizione da questa formula da F. Guattari, *La rivoluzione molecolare. La nuova lotta di classe* [1977], trad. it., Einaudi, Torino, 1997 alla neoliberale “norma giuridica granulare” del c.d. diritto personalizzato: O. Ben-Shahar e A. Porat, *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 10 ss.

calcolare le proprie funzioni di utilità, che è poi un' utilità miserabile: che cosa ci guadagno, che cosa ci perdo da qualcosa. Ma l'ordine sociale lo posso pensare *ex novo* o no? Il problema è il posto delle emozioni nel diritto¹⁶.

Io ho sempre amato, e amo moltissimo, Rudolf von Jhering, che nella *Lotta per il diritto* scrive che chi non sa cosa sia la sofferenza potrebbe aver studiato tutto il *Corpus iuris* ma nulla saprebbe del diritto¹⁷. Riprende questo tema, ai primi del Novecento, Alessandro Levi, che scrive un saggio bellissimo: *Giustizia e dolore*¹⁸. Il senso del torto è *in primis* un senso di reazione individuale contro qualcosa che mi fa soffrire e il diritto è una risposta politico-istituzionale affinché ciascuno possa uscir fuori dal suo dolore individuale¹⁹.

La destituzione giuridica delle emozioni è la non trascesa eredità della Pandettistica: nata in un ambiente (il conservatorismo autoritario tedesco) che non voleva sperare, che voleva trasformare la società in una caserma – salvo esplodere di totalitarismo, vittima della propria stessa ottusità militare, della sua razionalizzazione distruttiva.

La Pandettistica ha molti meriti, primo fra tutto la fiducia nella sintesi razionale²⁰; ma ha una grave colpa: ci ha insegnato che parlare di dolore o di gioia,

16 T. Greco, *Dal dolore alla giustizia. Strategie di risposta tra carità e diritto*, in V. Omaggio (a cura di), *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 407-440; T. Greco, *Il Magnificat di Machiavelli. Un inno di lotta per la giustizia*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2020, 1, mimesisjournals.com/ojs/index.php/index.

17 R. von Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it. di R. Mariano, Hoepli, Milano, 1875, p. 174: “Ma in verità nel dolore risiede tutto il mistero del Diritto. Il dolore, che l'uomo risente per la violazione del diritto suo, contiene l'istintiva confessione fatta a se stesso, costrettovi dalla violenza, di ciò che il Diritto è per lui; prima per lui in quanto singolo, e poscia anche in quanto membro della comunanza. Ed è certo, che in quest'unico momento, sotto la forma dell'affetto, del sentimento immediato, il significato, l'essenza vera del Diritto si manifesta con maggior vigore ed efficacia che non in cento anni di possesso pacifico e di tranquillo godimento. Chi in se stesso o in altri non ha fatto esperienza di siffatto dolore non sa cosa sia il Diritto, avesse pure nella testa tutto il *Corpus Juris*”. Mi permetto di rinviare a P. Femia, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 175 ss.

18 Pubblicato, a causa delle persecuzioni antiebraiche, con lo pseudonimo di Aldo Sale Sverni, *Giustizia e dolore*, in *Rivista di filosofia*, 1942, pp. 43-62, è il primo di una serie di scritti poi raccolti in A. Levi, *Riflessioni sul problema della giustizia (in appendice: La giustizia, appunti per una conferenza, [di] Ludovico Limentani)*, Biancardi, Lodi, 1943 e poi in Id., *Scritti minori di Filosofia del diritto*, II, Cedam, Padova, 1957, pp. 303-379. Cfr., sul punto, le accurate ricerche di M.A. Simonelli, *Il diritto e la sua ombra. Le idealità giuridiche nella cultura del positivismo italiano*, in *Annali del Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione* – Università degli Studi del Molise, Arti Grafiche La Regione, Campobasso, 2009, p. 191 ss.; la connessione tra Jhering e Levi non è sfuggita ad un lettore attento, colto e sensibile: T. Greco, *Nelle braccia del diritto? Le regole per morire, tra dolore e giustizia*, in I. Belloni, T. Greco, L. Milazzo (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, II, *La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 39.

19 Cfr. B. Montanari, “Potere e dignità della persona”, in *Jus*, 2013, 3, pp. 429-461; Id., *La fragilità del potere. Uomo, la vita, la morte*, Mimesis, Milano, 2014.

20 Molto se ne discute: H.P. Haferkamp e T. Reppen, *Wie pandektistisch war die Pandektistik? – Einleitung*, in H.P. Haferkamp, T. Reppen (Hgg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?* Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 1-16.

di qualcosa che non sia puro calcolo, pura razionalità concettuale, è qualcosa di peggiore, qualcosa che non abbia importanza. Ad un certo punto la Pandettistica ha condotto ad una razionalizzazione distruttiva, e non è un caso che la patria della Pandettistica sia stata anche la patria del totalitarismo più feroce, perché tu reprimi, reprimi, reprimi, e a un certo punto il diritto diventa mostruoso, perché vengono fuori solamente le passioni distruttive.

La razionalizzazione distruttiva è nichilismo. In quanto critica della misura nel diritto, della pretesa eternista, il nichilismo ha molto da insegnarci²¹. Vorrei qui, come contributo al dibattito, proporvi di distinguere, non nel nichilismo, ma tra i nichilisti, gli aperti e i coperti. I nichilisti aperti non portano alla disperazione. In loro la cupezza è gioiosa: liberati dalle apparenze che ci sia qualcosa, i loro discorsi dalla postura triste comunicano una sotterranea orgiastica danza intorno al Nulla. Non fanno nulla a nessuno. Tutti li riconoscono, li sentono persone felici, appagate, compiute nella declamazione dell'incompiutezza – e nulla, tutto va bene.

I nichilisti coperti no. Essi non comunicano gioia. La loro postura è scientifica. Non hanno rinunciato al privilegio dell'osservatore. Guardano il mondo da fuori. La fusione ermeneutica degli orizzonti, loro non la bevono. Solennemente assisi dal non luogo del loro intelletto, vogliono attivamente convincerci che tutto sia consumato, che la macchina della realtà funziona né potrebbe funzionare altrimenti – e che quindi non c'è speranza. Sperare è da sciocchi; significa rinunciare al trono dell'Osservatore, l'unico luogo della scienza; significa mettersi a fare letteratura, politica, religione. Chissà perché nessun nichilista coperto senta il disagio della sua attività, quando (legittimamente, per carità: *legem, non solam iustitiam, colimus*) raccoglie frutti simbolici o economici dalla propria sapienza, chiamata adesso lavoro.

Il nichilismo coperto (potremmo chiamarlo il nichilismo esteriore) uccide la speranza. L'esteriorità gnoseologica è psicologicamente e politicamente conservatrice. Di un conservatorismo che mente a se stesso.

21 M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., p. 249, dal quale riprendiamo, *in medias res*, talune sue deduzioni: "(h) Nel momento in cui viene decisa, questa "misura" cessa di essere solo una possibile risposta al problema della "giusta misura" e diviene norma, *nomos*. (i) E con ciò da proporzione secondo un'*axia*, incorporandosi nel *nomos* ed assumendone la forma, la "misura" deliberata necessariamente si tramuta in calcolo. (j) Ma l'artificialità di questa "misura" implica necessariamente uno scarto, che si dà nelle possibilità abbandonate e nella molteplicità dei significati sociali che la sua assunzione nel *nomos* ha escluso o preclude. (k) Questo insopprimibile scarto è, appunto, all'origine della critica del *nomos*, e della ricerca e della proposizione di una "misura" più giusta. (l) Il *nomos*, dunque, nasce dal problema della giustizia (della giusta "misura") ma ricrea sempre il problema della giustizia, ossia di una nuova "misura" che superi lo scarto creato dalla "misura" istituita". È ovviamente possibile una critica esterna, orientata a delegittimare questa pratica in nome della legalità costituzionale: P. Perlingieri, "Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto", in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pp. 1-8; G. Perlingieri, "La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti", in *Rassegna di diritto civile*, 2008, pp. 601-606.

5. La speranza giuridica

Come liberare il sistema giuridico dalla falsa coscienza del dover essere il fantasma compiuto della governamentalità? Di dover essere soltanto un ragionamento senza sangue, senza emozioni. Detto in modo che possa apparire più metodologico – come affermava il Prof. Barcellona, ci sono due letture una metodologica e l'altra giurisdizionale²²: che rapporto c'è tra speranza e struttura? Come si introduce la speranza nella struttura del diritto? Attenzione, qui non si tratta dell'utopia, neanche l'utopia concreta nel senso di Ernst Bloch²³. La speranza non è intesa qui quale forza umana, politica, propulsiva per il mutamento del diritto dall'esterno; essa indubbiamente opera, ma il punto di osservazione nel quale vogliamo coglierla è diverso (se si vuole, successivo): è la *speranza interna*, la speranza come *categoria giuridica immanente*: è la speranza che sorge quando la realtà è frazionata, ed ha una parte orribile. Quando la realtà è compatta, ma orribile, c'è spazio soltanto per l'*utopia*, per il desiderio di immaginare la possibilità di un altro mondo e di muovere il mondo a partire dalla sua utopia. La speranza giuridica è un concetto produttivo, costruttivo; significa credere che sia possibile trovare nella legalità la risposta al perché non tutto quello che vedo intorno a me è tollerabile.

È possibile immaginare una forza giuridica di movimento. Le frazioni della speranza erano le forze del movimento, dell'evoluzione verso la giustizia. Adesso quella strada è sbarrata – non dalle filosofie politiche scettico-liberali a lungo dominanti, ma dalla perdita di una fede politica, di una compattezza utopica verso la quale orientarsi: questa è la tragica differenza del presente.

Per riaprire quella strada dall'interno, bisognerà certo convincere i giudici e i professori che l'orizzonte politico del sistema attuale è giuridicamente transitabile, cioè che è possibile che il diritto stesso cambi sovvertendo se stesso e non sia il fantasma della governamentalità. Quest'ultimi non credono più alla transitabilità politica dell'orizzonte sistemico capitalista. Non credono almeno che in loro possa esservi una sia pur minima forza di cambiamento.

E chi dica il contrario è sentito come un vano cantore di poetico professionalismo – lodi alla giustizia di quelle che non facciano male a nessuno.

Il fondamento della speranza è il realismo, la funzione della speranza è la transizione, la struttura della speranza è la divisione del presente.

La frammentazione sociale è divenuta polverizzazione, folla solitaria. Una legge universale – il mercato è il Bene – unifica tutti, polverizzandoli in monadi.

Come reagire, per chi abbia fede nel movimento costituzionale, per chi non voglia credere che basti fare esegesi della giurisprudenza costituzionale? Procederò, in modo imperdonabilmente sommario, per punti:

22 M. Barcellona, *Giudici Politica Democrazia*, op. cit., p. 8 ss.

23 Ricordiamo soltanto la raccolta italiana più recente: E. Bloch, *Speranza e utopia. Conversazioni 1964-1975*, trad. it., Mimesis, Milano, 2022.

a) *Realismo*: in quale contesto facciamo teoria? «Dove siamo quando pensiamo», diceva Hannah Arendt²⁴; direi da giurista: che cosa ho intorno se voglio cambiare la realtà?

b) *Apertura cognitiva*: il grande passaggio di Niklas Luhmann: come insegnare al sistema ad apprendere dall'esterno, senza diventare censura dell'esterno, come garantire che nel diritto non ci siano destituzioni epistemiche?

c) Rapporti tra *Costituzione, ordinamento, movimento giuridico*.

d) *Diritto soggettivo, contro-diritto, accelerazione analogica*.

6. Realismo: non tutte le conoscenze democratiche sono conoscenze parlamentari

Cominciamo con il Realismo. Molto spesso discutiamo su cosa sia la legalità, la fedeltà alla legge, quali siano i limiti del giudice e diciamo che il giudice non possa sostituirsi al legislatore. Questo sul piano dell'immaginario ideale, ma guardiamo per un istante alla realtà: dov'è il popolo? C'è il populismo, non il popolo²⁵. Oggi mi sembra che la politica si sia ridotta all'infantilizzazione seduttiva del popolo a scopo di mercato elettorale. Il Parlamento è un luogo trasparente, fatto di persone che vengono selezionate in altri luoghi non trasparenti – e sarebbe questa la sede di elezione della sovranità popolare? Non ditemi che la rappresentatività e la politica sia solo lì dentro.

Un breve frammento di teoria dei sistemi: esiste un sistema giuridico, economico, ci sarà un sistema universitario, ma non c'è un sistema politico²⁶. *La politica è l'emergenza della necessità di cambiare qualcosa all'interno di un sistema, quale che esso sia*. Quindi, non c'è il sistema politico, ma ci sono i momenti politici all'interno di un sistema. E allora, fare diritto in questo contesto significa che non posso abbandonarmi al monopolio parlamentare sull'epistemologia sistemica. Non posso dire che il Parlamento sia l'unico luogo attraverso il quale arrivano le conoscenze e vengono filtrate in regole che rappresentino la volontà popolare. Quel meccanismo è sì intransitabile, ma non può essere esaurito, non può valere da se stesso, è necessario che tutte le altre forze del diritto assumano la loro potenza e capacità democratica. Quindi, realismo significa *'operiamo in un sistema populista'*, non c'è la rappresentatività popolare di Montesquieu, non c'è la separazione dei poteri. Occorre guardarsi intorno e avere il coraggio di riconoscerlo.

24 H. Arendt, *La vita della mente*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2009, p. 291 ss.

25 Sul populismo N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2020.

26 Ho discusso di politica e società come funzioni trascendentali all'interno della teoria dei sistemi in P. Femia, *Benito Cereno in Bucovina*, in A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), *Il diritto frammentato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 23-113 (102 ss.).

7. Come apprende un sistema?

Passiamo al secondo punto: come apprende un sistema? Di qui, l'apertura cognitiva. Il sistema apprende come capita, ogni pretesa di predeterminazione è totalitarismo. Piccolo alfabeto luhmaniano: *irritazione*. Spieghiamo: c'è il sistema, ci sono le sue procedure, il sistema ripete sempre sé stesso, e ad un certo punto dall'esterno arriva qualcosa, l'irritazione, si reagisce e viene prodotto qualcosa di nuovo²⁷. Chiamiamola apertura all'esterno, coscienza sociale del giurista, chiamiamola sensibilità politica, chiamiamola come volete, ma quello che conta è che quell'apertura cognitiva non può essere regolata *ex ante*. Non posso dire che certe conoscenze vanno bene se vengono da una parte e non vanno bene se vengono dall'altra. Il sistema apprende ovunque²⁸. E noi giuristi, se non vogliamo essere soltanto i nemici della storia, dobbiamo consentire che le conoscenze vengano da qualunque parte possano arrivare. Sarà poi il sistema al suo interno a filtrarle secondo i propri caratteri istituzionali, secondo le proprie procedure. Ma mai chiudersi. Il sistema non può avere censure preventive. E quindi, può anche sperare. Si può parlare di speranza, si può parlare di accettare che nel sistema entrino forze irrazionali, che sarà poi compito delle istituzioni filtrare e razionalizzare, ma non si possono chiudere *ex ante*.

8. Primato della Costituzione: e poi?

Giungiamo al terzo passaggio: *Costituzione, ordinamento, movimento*. È un passaggio complesso e delicato per me anche sul piano personale. Ho trascorso la vita a battermi per la legalità costituzionale, ci ho creduto e ci credo, ho scritto sull'applicazione diretta della Costituzione, ho persino scritto (neanche ricordo più bene dove), scandalizzando molti miei colleghi, sulla possibilità di una disapplicazione da parte del giudice ordinario, del sindacato diffuso sulla costituzionalità e non solo di sindacato accentrato: avrei quindi tutti i caratteri per apparire un idola costituzionale. Come tutti quelli che amano la propria fede, ad un certo punto ho temuto di trovarmi intorno degli eretici che sembravano più fedeli di me stesso. E quindi, ho una grandissima paura del feticismo

27 Ho proposto di distinguere irritazione e infiltrazione sistemica in P. Femia, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, in C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, 15 ss. (23 ss.).

28 Osserva, con una punta di caustico acume, A. Schütz, "Thinking the law with and against Luhmann, Legendre, Agamben", in *Law and Critique*, 11 (2000), p. 134: "Now the notion of closure is "deep-level": plainly unseparable from autopoietic thought, if not outright synonymous with the core gesture at work in it. On the other hand, autopoiesis comes complete with a nuanced conceptual background, in which "openness" has also its role to play, even if it is only an extremely subordinate role, which does not extend to the formation of systems. The irony is that this arrangement, and in particular Niklas Luhmann's willingness to popularize the opportunistic formula "operationally closed but cognitively open", has saved autopoiesis, at least to some extent, from outright ostracism".

costituzionale. Il costituzionalismo è il motore della storia, la più grande scoperta del Novecento, la sua vera eredità. Anzi, non il costituzionalismo, le Corti Costituzionali sono la vera novità che il Novecento ci ha consegnato. Ebbene, se vedo che quel discorso, che ha radicalmente cambiato il modo di considerare il diritto e la politica, è diventata l'esegesi dei *dicta* della Corte, o l'esegesi testuale di 139 articoli, lì provo davvero sdegno. Non può essere solo questo il costituzionalismo. Perché, se diventa solo questo, non serve a niente. Diventa una funzione repressiva, cioè nega se stesso. Che fare? L'unica possibilità è ammettere che la Costituzione sia il fondamento dell'ordinamento, ma non sia il fondamento di tutti gli atti giuridici. Un fedele può pensare che una foglia non cada se Dio non vuole: ecco noi non possiamo pensare che un atto non si produca, se non sia già contenuto nella Costituzione. Voler dire che c'è tutto nella Costituzione, anche il tempo, anche la storia, trasforma la Costituzione in un mostro che decide del futuro, e nell'esegesi testuale di 139 articoli si radica la censura del futuro²⁹. Dobbiamo quindi ammettere che la Costituzione sia il centro dell'ordinamento, ma non sia l'ordinamento per intero³⁰.

29 Una riflessione sullo iato tra Costituzione scritta e costituzionalismo giurisprudenziale – di là dalle ipocrisie di un certo letteralismo nordamericano – è appena agli inizi: cfr., utilmente, T. Wischmeyer, “The Stakes of the Unwritten Constitutional Norms and Principles Debate in Germany”, in *VerfBlog*, 08.07.2024/, in <https://verfassungsblog.de/unwritten-constitutional-norms-and-principles-debate-in-germany/>; già prima nel lavoro monografico di H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 398 ss., il quale con molto realismo ricerca le fonti del diritto costituzionale non scritto. Come pressoché ogni cosa nel dibattito costituzionale, tale dibattito può avere effetti regressivi (riduzione politica della giurisdizione) o garantisti (definizione degli spazi di convivenza civile non modificabili per il solo mutamento giurisprudenziale). Un punto di partenza molto utile è la riflessione sui rapporti storici tra scrittura costituzionale e risoluzione della violenza di L. Colley, *Navi, penne e cannoni. Guerre, costituzioni e la creazione del mondo moderno*, Rizzoli, Milano, 2022 (trad. it. di *The Gun, the Ship, and the Pen: Warfare, Constitutions, and the Making of the Modern World*, Princeton University Press, Princeton, 2021); cfr., anche, G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 3 ss.

30 Riconosco l'estrema pericolosità della nozione (con la quale faccio i conti da alcuni anni) di *feticismo costituzionale*, al punto da dubitare che nell'attuale barbarica dialettica politica sia saggio continuare ad utilizzarla. Essa aveva l'intento polemico di svegliare le coscienze affinché non fosse svilito il messaggio esistenziale e democratico contenuto nel costituzionalismo; aveva come bersaglio le legioni di dottori i quali, piuttosto che riflettere sui valori repubblicani, discorrono, ebbri di vacuità, di virgole, sillabe e *obiter dicta*. Era quindi una categoria dettata dall'insofferenza di un combattente deluso, che trova improvvisamente il proprio campo occupato da noiosissimi esegeti. Ma vedo ora – con una banale ricerca su Google – di non essere l'unico a far uso di questa formula. Mi capita di leggere di *feticismo costituzionale* sia in un blog del 2011 che in un altro (piuttosto preoccupante, quest'ultimo, del 2024): entrambi – da opposte e radicali sponde politiche – impiegano la formula con l'intenzione di svalutare, attraverso la Costituzione repubblicana, l'intero assetto democratico della Repubblica. Non li citerò, chi voglia potrà agevolmente cercarli da sé. Mi preme soltanto avvertire che soltanto muovendo da una convinta fede repubblicana, democratica e costituzionalista è possibile discorrere di feticismo costituzionale *giuridicamente*. Il resto è retorica di parte politica, e non certo della migliore.

L'ordinamento è produzione di ordine continuamente instabile e non ce ne dobbiamo meravigliare. Noi veniamo da una eredità kelseniana, che ci ha detto che la norma fa parte dell'ordinamento perché è valida e la validità kelseniana non ha bisogno del tempo. Non è temporalizzata. Non c'è tempo nel diritto, la norma è valida per sempre, la desuetudine non la abroga. Non abbiamo neanche avuto il coraggio di scrivere apertamente che la proprietà era prescrittibile.

Quindi il tempo è un'emozione che viene cancellata; cancellata la temporalità, il senso della fragilità umana. Per riportare il tempo nel sistema bisogna ammettere che esso entra attraverso due possibilità: l'interpretazione, sul piano della legge, e l'analogia, sul piano dell'applicazione. Il rapporto di fondazione analogico è il rapporto di somiglianza, il quale ha una radice emozionale: devo immaginare che quello stato del mondo che sto sperimentando somigli ad un altro, devo *sentirlo* affine ad uno stato del mondo già prescritto da una regola. Il *plus* epistemico che mi fa giungere all'analogia è l'emozione, che poi viene razionalizzata. Il sistema sta lì per quello, per ricondurre tutto a ragione. Ma non può negare che il suo motore, il motore analogico, è l'emozione. E tra queste vi è la speranza³¹.

9. Il contro-diritto di sperare

Concludo analizzando il quarto punto: *i diritti soggettivi, o i contro diritti, o i diritti trans-soggettivi*.

Il diritto soggettivo non è l'insieme delle esecuzioni del diritto oggettivo. Questa è un'opinione di molti. Sicuramente Kelsen penserebbe così. Jhering non lo pensava. Molti oggi non lo pensano il diritto soggettivo non è un mero atto esecutivo del diritto oggettivo. E non è neanche il giusnaturalismo. È l'idea che il diritto parte e muove dal basso. La folla solitaria, questo popolo che è stato massacrato e distrutto, privato della sua coscienza politica e ridotto soltanto a una polverizzazione di egoisti osservanti o disubbidienti secondo contingenza³², può risollevarsi soltanto se abbia un'idea del diritto soggettivo che non sia soltanto 'il fatto mio', ben di là dal paradigma proprietario. Il diritto soggettivo deve avere un potenziale trans-soggettivo³³. È possibile agire da sé non per se stessi, non in modo appropriativo. È possibile avere diritti soggettivi non appropriabili. È questo già il danno alla persona? No. Se qualcuno danneggia la mia persona, io chiedo i danni, e con i soldi del risarcimento farò ciò che ritengo più utile. Ma le azioni popolari, tanto ricordate da chi oggi parla di beni comuni, o quella coraggiosa attività con la quale molti privatisti e molti giovani cercano di

31 Molto stimolante la ricerca di O. Di Giovine, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Il Mulino, Bologna, 2022.

32 Cfr. B. Montanari, "Soggetto umano – soggetto giuridico: il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta", in *Jus*, 2008, 1, pp. 91-119.

33 G. Teubner, *Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki, J. Horst (Hrsg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 357 ss.

costruire giudizi di responsabilità civile per cambiamento climatico, ma in nome di chi lo fanno? Del proprio utile, del proprio patrimonio, o del proprio diritto? Il loro diritto è il diritto che va oltre se stessi. Esprime uno stato del mondo, che non è appropriabile³⁴. Caos giudiziario? La democrazia non deve avere timore di una giurisdizione non monolitica³⁵, e in una certa misura anche imprevedibile: altrimenti in cosa sperare? Nello splendore della forma di un sistema legislativo composto da designati da pochissimi capi e votato dalla metà (per ora) dei suoi rappresentanti? La variazione giurisprudenziale è una funzione evolutiva (e certo involutiva, dipende dal giudizio politico). Dobbiamo accettare l'idea che si possa modificare il diritto individualmente con azioni buone e azioni cattive. Occorre accettare il caos: quel caos porta il movimento e l'ordine lo riporterà la magistratura come istituzione e il sistema legislativo se e quando avrà la forza di uscire fuori: ma accettiamo che ci sia il movimento.

L'idea portante è dare forza al mutamento anche nella forma dell'azione individuale in nome di una collettività che si costituisce volta per volta. Nessuno di noi è più legittimato a parlare per il Bene con la B maiuscola. È questa la speranza che è stata perduta, ma possiamo in nome di una idea di Bene creare aggregazioni e rimettere in movimento il dibattito sociale (poi il bene troverà la sua strada; e se non la trovasse, tanti saluti alla società). Il diritto può fare anche questo. Salvare l'epistemologia giuridica, salvare l'apertura cognitiva dei sistemi, e salvarlo rafforzando il diritto soggettivo nella tutela collettiva. Certo, questo richiede anche un atteggiamento coraggioso da parte della magistratura. Questo, mi perdonerete, non è il diritto vivente, ma tutt'altro. È riconoscere che il processo sia anche una funzione di apertura cognitiva. Noi civilisti possiamo orientare i comportamenti e le condizioni sociali molto più di quanto possiamo immaginare³⁶ (andate a togliere un bel po' di soldi ad una multinazionale con un giudizio di responsabilità: farà molto più male che dare gli arresti domiciliari ad un amministratore delegato, condannarlo con condizionale e magari assolverlo in Cassazione dopo dieci anni). Segno, questo, che un ottimo diritto civile, forse, può evitarci un pessimo diritto penale.

Nel 1973, purtroppo, avevo undici anni e le emozioni del convegno sull'uso alternativo non ho potuto vivere – e molto mi dispiace, sono certo che avrei sentito

34 Il discorso del testo è fin troppo ellittico. Per approfondimenti rinvio a P. Femia, *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2024; Id., *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki, J. Horst (Hrsg.), *Gegenrechte*, cit., p. 343 ss.; una applicazione brillante ed originale in V. Conte, "Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali", in *DPCE online*, 2023, p. 669-682.

35 Un punto di vista molto intelligente in A. Kulick, *Horizontalwirkung im Vergleich. Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, p. 279 ss.

36 Consonanti le belle pagine di B. Montanari, *La figura del giurista al tempo del "post-pensiero"*, in Id., *L'avventura della parola*, cit., p. 133 ss.

forte la fascinazione per quel clima intellettuale fervido; e nell'orrendo, egoista e ridanciano decennio successivo ho vissuto nel suo mito (magari avendone anche timore); i due volumi di quel convegno hanno dato ai giuristi una possibilità di sperare. E se negli anni nei quali siamo cresciuti ci hanno insegnato a 'disperare', che quella era utopia e null'altro di cui occuparsi, bene ribatterei: non era utopia, era *speranza*. Convinciamoci che dopo la fine della speranza si possa sperare giuridicamente in una ripresa della comunicazione collettiva attraverso l'attivazione di diritti soggettivi non appropriativi.

Bibliografia

- Barcellona, M., *Giudici Politica Democrazia. Uso alternativo o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo che cambia*, Castelvechi, 2023.
- Lipari, N., "L'uso alternativo del diritto", in *Rivista di diritto civile*, 2018.
- Costa, P., "L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni Settanta", in *Democrazia e diritto*, 27 (1987), 3 e 47 (2010), 1/2.
- Nivarra, L., *La grande illusione. Come nacque e morì il marxismo giuridico in Italia*, Giappichelli, 2015.
- Cossutta, M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Edizioni Università di Trieste, 2011.
- Camardi, C., "L'uso alternativo del diritto fra teoria e prassi", in *Jus civile*, 5, 2023.
- Greco, T., "Modernità, diritto e legame sociale. (Una riflessione sul pensiero di Pietro Barcellona)", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31, 2001.
- Mazzamuto, S., "Ricordo di Pietro Barcellona", in *Rassegna forense*, 2, 2014.
- Barcellona, P., *I soggetti e le norme*, Giuffrè, 1984.
- Barcellona, P., *L'individualismo proprietario*, Bollati Boringhieri, 1987.
- Gotor, M., *Generazione Settanta. Storia del decennio più lungo del secolo breve 1966-1982*, Einaudi, 2022.
- Saccoman, A., *Storie dagli anni Settanta. Dedicate a chi non c'era*, Unicopli, 2022.
- Tari, M. (a cura di), *Guerra e democrazia*, Manifestolibri, 2005.
- Chignola, S. (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Ombrecorte, 2012.
- Barcellona, P., *L'uso alternativo del diritto, I*, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, 1973.
- Salvi, C., Barcellona, P., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Feltrinelli, 1978.
- Salvi, C., *Cinquant'anni di scritti giuridici*, RomaTre Press, 2024.
- Barcellona, M., *Critica del positivismo giuridico*, Giappichelli, 2006.
- Kennedy, D., *Forma e sostanza nella giurisdizione di diritto privato*, ESI, 1992.
- Irti, N., "Quattro giuristi del nostro tempo", in *Rivista di diritto privato*, 3, 1998.
- Monateri, P.G., "Correct our watches by the public clocks (Interpretazione del diritto e nihilismo giuridico)", in *Riv. critica dir. privato*, 1997.
- Zaccaria, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, 1984.
- Canale, D., Pariotti, E., Pastore, B. (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, Carocci, 2019.
- Foucault, M., "La governamentalità", in *Aut-aut*, 167-168, 1978.
- Chignola, S., *Governare la vita. Un seminario sui Corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-79)*, Ombrecorte, 2006.

- Montanari, B., *L'avventura della parola. Venti anni di filosofia del diritto (2000-2020)*, Giappichelli, 2022.
- Guattari, F., *La rivoluzione molecolare. La nuova lotta di classe*, trad. it., Einaudi, 1997.
- Ben-Shahar, O., Porat, A., *Personalized Law. Different Rules for Different People*, University Press, Oxford, 2021.
- Omaggio, V., (a cura di), *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, Editoriale Scientifica, 2005.
- Greco, T., "Il Magnificat di Machiavelli. Un inno di lotta per la giustizia", in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 1, 2020.
- von Jhering, R., *La lotta per il diritto*, Hoepli, 1875.
- Femia, P., *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Il Mulino, 2024.
- Levi, A., *Riflessioni sul problema della giustizia*, Biancardi, 1943.
- Levi, A., *Scritti minori di Filosofia del diritto*, Cedam, 1957.
- Simonelli, M.A., *Il diritto e la sua ombra. Le idealità giuridiche nella cultura del positivismo italiano*, Annali del Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione – Università degli Studi del Molise, 2009.
- Belloni, I., Greco, T., Milazzo, L. (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, Giappichelli, 2015.
- Montanari, B., "Potere e dignità della persona", in *Jus*, 2013.
- Montanari, B., *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Mimesis, 2014.
- Haferkamp, H.P., Repgen, T. (Hgg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Mohr Siebeck, 2017.
- Perlingieri, P., "Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto", in *Rassegna di diritto civile*, 2005.
- Perlingieri, G., "La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti", in *Rassegna di diritto civile*, 2008, pp. 601-606.
- Bloch, E., *Speranza e utopia. Conversazioni 1964-1975*, Mimesis, 2022.
- Arendt, H., *La vita della mente*, Il Mulino, 2009.
- Urbinati, N., *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, 2020.
- Febbrajo, A., Gambino F. (a cura di), *Il diritto frammentato*, Giuffrè, 2013.
- Perlingieri, C., Ruggeri, L. (a cura di), *Internet e diritto civile*, ESI, 2015.
- Schütz, A., "Thinking the law with and against Luhmann, Legendre, Agamben", in *Law and Critique*, 11, 2000.
- Wischmeyer, T., "The Stakes of the Unwritten Constitutional Norms and Principles Debate in Germany", in *VerfBlog*, 2024.
- Wolff, H.A., *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, 2000.
- Colley, L., *Navi, penne e cannoni. Guerre, costituzioni e la creazione del mondo moderno*, Rizzoli, 2022.
- Azzariti, G., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, 2021.
- Di Giovine, O., *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Il Mulino, 2022.
- Montanari, B., "Soggetto umano – soggetto giuridico: il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta", in *Jus*, 1, 2008.
- Fischer-Lescano, A., Franzki, H., Horst, J. (Hrsg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, 2018.
- Femia, P., *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Il Mulino, 2024.

Conte, V., “Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali”, in *DPCE online*, 2023.

Kulick, A., *Horizontalwirkung im Vergleich. Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Mohr Siebeck, 2020.

Giovanni Fiandaca*

*Uso “alternativo” del diritto, principio di legalità
e poteri della giurisdizione nell’ambito della giustizia penale*

1. Premesse

La locuzione “uso alternativo del diritto”, considerata nella sua genesi e nel contesto del convegno catanese del maggio 1972, ha avuto come orizzonte privilegiato di riferimento il diritto privato, il diritto dell’economia e il diritto del lavoro e sindacale. Questa prevalente angolazione disciplinare derivava, com’è noto, dal fatto che la locuzione predetta fu escogitata in seno a un gruppo di agguerriti studiosi e docenti di diritto privato, di orientamento marxista o comunque politicamente progressista, accomunati dall’interesse a discutere e verificare se, e fino a che punto, gli strumenti giuridici in particolare dell’autonomia privata propri del diritto borghese potessero essere utilizzati in vista dell’emancipazione delle classi lavoratrici e dei soggetti socialmente più deboli. Conseguentemente, assumeva un ruolo centrale l’obiettivo di mettere a fuoco la funzione politica dello stesso diritto civile e delle discipline connesse, nonché gli stretti rapporti tra politica, economia, diritto e società.

Ma non è vero che il settore della giustizia penale sia stato del tutto trascurato. Se tra i partecipanti al convegno non figurava alcun esponente della dottrina penalistica accademica, era stata invece opportunamente programmata la partecipazione di non pochi magistrati “di sinistra”, in quel tempo impegnati in una vivace e articolata discussione (nell’ambito di nuove riviste come, ad esempio, l’emblematica *Quale giustizia* nata nel 1970) sulla politicità del diritto e sulla possibilità di interpretarlo e applicarlo in chiave antiborghese; e, tra questi esponenti della magistratura progressista, alcuni come ad esempio Domenico Pulitanò e Luigi Ferrajoli erano tutt’altro che disinteressati a porre in evidenza le implicazioni politiche del diritto penale e a contestarne l’ispirazione di fondo autoritaria e conservatrice, predominante specie in quell’epoca (non a caso, Pulitanò sarebbe successivamente diventato professore di diritto penale tra i più valorosi e Ferrajoli, passato anch’egli all’insegnamento universitario, da valentissimo filosofo del diritto avrebbe rivolto una costante attenzione teorica alle questioni inerenti al garantismo penale). Ma, a prescindere dal ridotto spazio occupato nel convegno catanese, la prospettiva di un possibile uso alternativo della stessa giustizia penale, mentre esulava allora dagli interessi speculativi dei penalisti accademici,

* giovanni.fiandaca@unipa.it, Emerito nell’Università di Palermo.

era in realtà – proprio a partire dai primi anni '70 del Novecento – oggetto di dibattito politico-culturale nei settori appunto più all'avanguardia della magistratura; e non mancano neppure esempi di concreta prassi giudiziaria politicamente dissonante dalla conservatrice giurisprudenza penale predominante. Ne daremo qualche riscontro nel prosieguo di queste pagine.

2. Il 'penale' nel convegno catanese

Ancorché del tutto minoritario, come accennato, il 'penale' non ha mancato di essere in qualche misura rappresentato pure all'interno della discussione convegnistica catanese. Alludo, in primo luogo, ad un sintetico ma denso intervento di Domenico Pulitanò, allora giovane magistrato, il quale si preoccupava di illustrare la posizione di *Magistratura democratica* (d'ora in avanti, MD), di cui era esponente, sulla giurisprudenza alternativa: ponendo invero l'accento, più che sugli aspetti astrattamente teorici e metodologici (a suo giudizio, meno decisivi), sul profilo ritenuto politicamente essenziale, vale a dire quello del confronto tra i rispettivi contenuti concreti delle decisioni dei magistrati democratici e dei provvedimenti dei magistrati tradizionalisti. Ciò a cominciare dall'individuazione dei valori di riferimento nelle scelte interpretative, da ricercare nella cornice costituzionale piuttosto che nel diritto positivo preesistente e da porre alla base di percorsi argomentativi trasparenti e quanto più possibile controllabili. Ma nell'additare un orientamento ermeneutico-ricostruttivo costituzionalmente orientato – ecco il punto che merita di essere sottolineato – Pulitanò tendeva, nel contempo, a fugare il sospetto di voler proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegalitaria (come temuto da alcuni critici delle posizioni di MD): egli, piuttosto, manifestava in proposito la convinzione che un uso alternativo in chiave progressista del diritto borghese non fosse legittimamente praticabile sempre, ma soltanto nei casi in cui gli spazi lasciati aperti dal legislatore consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali. Così opinando, egli mostrava da un lato di rifiutare un certo ideologismo estremistico presente nelle ali politicamente più radicali di MD; e, dall'altro, di rimanere legato – da magistrato esperto in particolare di discipline penalistiche – ai valori garantistici sottostanti al principio di legalità penale (principio che, com'è noto, ha in materia di delitti e pene una valenza rafforzata rispetto ad altri settori dell'ordinamento)¹.

In coerenza con le suddette premesse, egli faceva una emblematica esemplificazione di un possibile uso alternativo richiamando la problematica dei reati di opinione, e argomentava secondo le seguenti cadenze: “Qui la tradizione con cui ci scontriamo è quella della dittatura, del codice Rocco sopravvissuto, della dife-

1 L'intervento di Domenico Pulitanò riassunto nel testo è pubblicato col titolo *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, p. 61 ss.

sa a oltranza del prestigio delle istituzioni, dell'ordine pubblico come ordine di regime, ecc. [...]. Contro questa tradizione tuttora viva i magistrati democratici fanno appello al principio della libertà di pensiero, codificato dalla Costituzione; cioè a un principio illuministico, che come principio generale di libertà è di volta in volta strumento di tutela e di lotta delle classi sociali in ascesa contro l'establishment, e oggi, pertanto, un valore da realizzare nell'interesse del movimento dei lavoratori"². A ben vedere, in un approccio come questo non venivano proposte soluzioni ermeneutiche ancorate a valori alternativi a quelli propri della democrazia borghese; più limitatamente, veniva valorizzata la dimensione potenzialmente universalistica delle libertà fondamentali di matrice illuministica, a vantaggio delle minoranze e delle classi subalterne.

Riferimenti espliciti all'esigenza di compiere scelte interpretative politicamente non neutrali, volte a far prevalere i principi costituzionali di libertà rispetto alle norme repressive dei codici fascisti si rinvencono altresì nelle prese di posizione convegnistiche di Luigi Ferrajoli, il quale sembrava peraltro manifestare una maggiore radicalità oppositiva rispetto a Pulitanò: sottolineando la inconciliabilità delle diverse anime politiche compresenti in una Costituzione compromissoria come quella italiana, egli tendeva a enfatizzare il richiamo a quelle sole parti del testo costituzionale suscettibili di essere utilizzate in funzione alternativa agli orientamenti giurisprudenziali conservatori³. Nonostante questa apparente maggiore radicalità, anche Ferrajoli si preoccupava tuttavia di ammonire circa la ineludibile necessità di agire, in quanto giudici, in ogni caso "all'interno della legalità: il rifiuto o la svalutazione della Costituzione sarebbe una fuga in avanti che non gioverebbe né punto né poco alle possibilità di sviluppo di una giurisprudenza alternativa"⁴. Si trattava, beninteso, di dichiarazioni di principio a livello di generali enunciazioni programmatiche: non è da escludere – come appresso accenneremo – che la legalità penale venisse poi di fatto elusa o aggirata, in alcuni casi, da concrete decisioni giudiziali di giudici-interpreti di orientamento alternativo.

Non spetta a chi scrive stilare un bilancio complessivo degli esiti del convegno catanese, non ultimo proprio perché il diritto penale vi ha rivestito un ruolo marginale. Per quello che può valere, mi limito a rilevare che mentre alcune delle relazioni principali (soprattutto di matrice accademica) apparivano maggiormente interessate a ricercare impostazioni teoriche innovative, idonee a concettualizzare e giustificare un possibile uso di classe del diritto borghese, peraltro senza che dalla discussione collettiva si riuscisse alla fine a rinvenire elementi di sufficiente convergenza indispensabili in vista dell'ambizioso obiettivo teorico perseguito⁵, i magistrati di MD presenti tendevano invece (comprensibilmente!) ad attribuire minore rilievo agli aspetti teorici. Considerati, detti aspetti, astratti se non

2 Ivi, p. 63.

3 L. Ferrajoli, *Replica*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *op. cit.*, p. 287 ss.

4 Ivi, p. 288.

5 Per un bilancio sostanzialmente consonante quasi a ridosso del convegno catanese cfr. G. Cotturri, "Uso alternativo del diritto", in *Quale giustizia*, n. 21-22/1973, p. 367 ss.

debitamente correlati in sede di indagine ai profili storico-politici connessi alle situazioni socio-economiche reali e, di conseguenza, alle concrete possibilità di adozione e sviluppo di orientamenti giurisprudenziali funzionali all'emancipazione delle classi subalterne⁶.

3. Uno sguardo agli orientamenti penalistici alternativi della magistratura 'di sinistra'

A prescindere e al di là del convegno catanese, il diritto penale ha avuto nel periodo considerato uno spazio non secondario – più in generale – nei dibattiti e nella prassi applicativa dei magistrati 'di sinistra' o politicamente progressisti. Al centro delle discussioni, delle riflessioni e delle questioni affrontate nei dibattiti e nei provvedimenti giudiziari dei magistrati non conservatori sono rinvenibili aspetti tematici e problematici pur sempre coinvolgenti – non diversamente da quanto accadeva negli ambiti extrapenalistici dell'ordinamento – la politicità del diritto e la non neutralità della stessa interpretazione penalistica, influenzabile anch'essa sia da ideologie a monte sia da giudizi di valore extranormativi e da 'precomprensioni' di vario genere, che affondano a loro volta le radici nel ceto sociale di provenienza, nelle preferenze culturali e persino nella sensibilità personale dei singoli interpreti. Solo che in campo penale – è appena il caso di esplicitarlo e ribadirlo – locuzioni come "uso alternativo del diritto" o "giurisprudenza alternativa" presentavano (e continuano a presentare) un tasso di più marcata problematicità e ambiguità. Ciò per l'evidente ragione che il vincolo del giudice alla legge scritta è (almeno teoricamente) inderogabile in forza del ruolo rafforzato rivestito dal principio penalistico di legalità come riserve di legge: per cui il grado di manipolabilità delle formule legislative dovrebbe, già in partenza, risultare molto più basso che in altri settori – e ciò pur ammettendo, fuori da vecchie ipocrisie vetero-positivistiche – che lo stesso principio di legalità, ragionevolmente e realisticamente inteso, non preclude spazi di discrezionalità valutativa più o meno ampia anche in sede di interpretazione delle fattispecie incriminatrici. Certo, il vero problema che si poneva allora, e torna periodicamente a riproporsi, riguarda la possibile individuazione di un chiaro e univoco discrimine tra interpretazioni legittime e illegittime, in quanto compatibili o incompatibili con i principi di riserva di legge e divisione dei poteri: un problema, questo, di sempre meno agevole soluzione che è peraltro andato acuendosi nel corso degli ultimi decenni, considerato il crescente peso che il cosiddetto diritto giurisprudenziale è andato progressivamente acquisendo anche in ambito penalistico, con una corrispondente più accentuata attitudine *lato sensu* 'creativa' di pubblici ministeri e giudici⁷.

6 Cfr. in questo senso, ad esempio, l'intervento di F. Governatori, *Orientamenti della giurisprudenza, riviste giuridiche e mezzi di comunicazione*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *op. cit.*, p. 51 ss.

7 Per rilievi più dettagliati rinvio a G. Fiandaca, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica. Un confronto con Domenico Pulitanò*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 80 ss.

Quanto alle tendenze di fondo dei magistrati politicamente schierati a sinistra, così come a partire dai primi anni '70 del Novecento andavano emergendo – sia nei dibattiti in riviste come la citata *Quale giustizia*, sia in decisioni giudiziarie che vi venivano riportate – ribadirei in sintesi uno sguardo d'insieme che ebbi occasione di delineare ormai non poco tempo fa⁸.

Premesso che si tratta di tendenze non facilmente ricomponibili in un quadro unitario, ci si imbatte talvolta in interventi polemici a caldo, volti a giustificare l'attivismo di "giudici d'assalto" in processi di notevole rilievo politico a carico di personaggi appartenenti a gruppi sociali dominanti⁹. Talatra, si cerca di accreditare – sia pure senza adeguato approfondimento – un ruolo dello stesso diritto penale nella prospettiva di trasformazione sociale ed emancipazione delle classi subalterne ritenuta imposta dalla Carta costituzionale: in questa ottica di diritto penale 'propulsivo' o 'promozionale', l'accento viene spesso posto sull'esigenza di rafforzare la tutela degli interessi collettivi o diffusi¹⁰. Com'è agevole notare, si tratta di prese di posizione che, per quanto frammentarie, convergono nel sottintendere una concezione del diritto penale quale strumento politicamente orientato a promuovere cambiamenti sociali, o anche a realizzare in qualche modo funzioni di cosiddetta supplenza nei confronti di un potere politico-amministrativo non di rado inefficiente o latitante¹¹. In questo orizzonte di finalizzazione politica, il ruolo attribuito al penale sembra risentire del modo di valutare il rapporto e le dinamiche contingenti tra i poteri istituzionali: muovendo cioè da una interpretazione in chiave conflittuale delle relazioni intercorrenti tra il sottosistema giudiziario e il sistema politico, specie i magistrati aderenti a MD giungono tendenzialmente a ritenere che il principale compito della giustizia penale consista nell'assicurare un controllo di legalità sull'operato dei pubblici poteri e nel fronteggiare le forme di criminalità del potere (illeciti tipici dei 'colletti bianchi', corruzione politico-amministrativa, criminalità organizzata).

Ancora, merita di essere richiamata una prassi giudiziaria 'alternativa', in particolare di alcuni giudici di sinistra radicale e di dichiarata ispirazione marxista (facenti parte dei nuclei originari di MD), incline per pregiudiziale convinzione ideologica a condannare al minimo della pena autori di delitti contro il patrimonio appartenenti alle aree della povertà e dell'emarginazione sociale, partendo appunto dal presupposto giustificativo del carattere classista e discriminatorio del diritto penale positivo¹².

8 Mi riferisco in particolare al mio scritto "Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina", in *Questione giustizia*, n. 1/1991, p. 14 ss.. In particolare v. p. 27 ss.

9 Ad esempio, M. Ramat, "I pretori d'assalto", in *Quale giustizia*, n. 23-24/1973, p. 601 ss.

10 A titolo esemplificativo, si veda l'intervento redazionale "Inquinamenti: pesci grossi e pesci piccoli", in *Quale giustizia*, n. 20/1973, p. 238 ss.

11 Per rilievi critici in proposito cfr. D. Pulitanò, "Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato", in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1983, p. 93 ss.

12 Questo orientamento ideologicamente clemenzialista è ben descritto nel libro autobiografico del noto giudice di Magistratura Democratica, F. Misiani (in collaborazione con C. Bonini), *La toga rossa. Storia di un giudice*, Tropea, Milano, 1998.

Fin qui si è, invero, fatto riferimento a tendenze di fondo non esenti da possibili rilievi critici in varie direzioni. Cominciando dalla prassi clemenzialistica da ultimo menzionata, certo è che una scelta pregiudiziale di sanzionare con i minimi edittali per pregiudizio ideologico sollevava allora (e solleverebbe oggi) seri problemi di compatibilità con la logica penalistica sottostante alla commisurazione giudiziale della pena: in base alla quale ciò che (almeno in linea di principio) soprattutto rileva – al di là della eventuale condizione di emarginazione sociale dell'autore di reato – è l'esigenza di individualizzare la risposta punitiva sulla base di una valutazione complessiva della personalità del reo, da compiere alla prevalente stregua della finalità rieducativa preveduta dall'art. 27, comma 3, della Costituzione.

Non solo. A giudizio di chi scrive, abbastanza discutibile è anche la pretesa di attribuire al diritto penale la funzione di contribuire all'evoluzione o al miglioramento della vita sociale attraverso la promozione di nuovi valori (specie a carattere collettivo) o di modelli di comportamento ispirati a una più elevata etica pubblica. Assegnare ad esso un compito più promozionale o propulsivo che conservativo di valori o standard di condotta già socialmente acquisiti, a ben vedere, crea il rischio di assecondare forme di pedagogia statale autoritaria proprio in considerazione del fatto che la coercizione penale costituisce lo strumento più intollerante, invasivo e perciò illiberale di cui un ordinamento giuridico dispone. Analoghe e più accentuate riserve critiche riguardano la tentazione – diffusasi peraltro nei decenni successivi anche al di là della sinistra giudiziaria strettamente intesa – di utilizzare la giustizia penale come mezzo di rinnovamento politico e di moralizzazione pubblica; tentazione, questa, sfociata infine in forme anche estremiste di un populismo giudiziario, alla cui stregua il magistrato (specie d'accusa) pretenderebbe di assumere il ruolo di più autentico rappresentante e interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (in particolare, del popolo delle persone oneste), fungendo da attore politico-mediatico-giudiziario ad un tempo, al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza o di aperto conflitto con il potere politico ufficiale¹³. È forse azzardato ipotizzare, oggi, che alcuni germi del sopravvenuto e deprecabile fenomeno del populismo giudiziario abbiano potuto avere come iniziale terreno di coltura l'orientamento politico-culturale antagonista di MD e, più in generale, delle correnti politicamente progressiste della magistratura?

Enfatizzare, inoltre, l'idoneità pragmatica della giustizia penale a esercitare un controllo di legalità ad ampio raggio sull'esercizio dei poteri pubblici, nonché a contrastare efficacemente forme di grave criminalità collettiva od organizzata (corruzione diffusa, mafie ecc.) – oltre a sopravvalutare le capacità di prestazione del sottosistema penale e giudiziario – fomenta la tendenza opportunistica del sistema politico a deresponsabilizzarsi col delegare alla magistratura funzioni di lotta alla grande criminalità sistemica, la cui prevenzione richiederebbe invece più radicali ed impegnativi interventi a monte, in chiave di risanamento economico-sociale e

13 Per rilievi più articolati rinvio a G. Fiandaca, "Populismo penale e populismo giudiziario", in *Criminalia. Annuario di scienze criminali*, 2013, p. 95 ss.

di azioni riformistiche in varie direzioni. Per di più, un'attività giudiziaria concepita soprattutto come lotta contro fenomeni generali, piuttosto che in termini di repressione di singoli reati, comporta inevitabilmente rischi di iper-repressivismo con conseguente prevalenza accordata alla funzione coercitiva rispetto all'osservanza delle garanzie individuali¹⁴.

La medaglia ha, tuttavia, un rovescio. È anche vero cioè che nell'esperienza complessiva della magistratura di orientamento progressista, e degli stessi aderenti a MD, emerge una ulteriore rappresentazione del penale, non soltanto a mio avviso più in linea con i principi di fondo che dovrebbero presiedere all'esercizio del potere punitivo in una democrazia costituzionale. Alludo cioè alla presenza di una seconda anima, divenuta col tempo però tendenzialmente minoritaria, contraddistinta questa volta da una sensibilità squisitamente liberal-garantistica. Come sopra accennato, questa sensibilità si è manifestata sin dalle iniziali prese di posizione dei magistrati democratici e si è espressa al meglio nella denuncia e nella contestazione sia delle deformazioni autoritarie della giurisprudenza conservatrice, sia delle norme sostanziali e processuali più repressive contenute nella legislazione ereditata dal regime fascista. Questo forte contributo allo svecchiamento dei codici, tramite la valorizzazione dei principi costituzionali, rappresenta il frutto meno ambiguo di un approccio penalistico concepito e praticato all'insegna dell'"alternatività" rispetto agli orientamenti conservatori e illiberali in precedenza predominanti.

Tra i lasciti positivi della migliore giurisprudenza alternativa rientra, senza dubbio, anche il contributo fornito ad una più aggiornata e più matura comprensione delle caratteristiche dell'attività interpretativa, e delle ragioni per le quali pure in diritto penale l'interpretazione normativa non può essere realisticamente immunizzata da componenti volontaristiche e politico-valutative latamente intese¹⁵.

4. Brevi riferimenti a prospettive penalistiche e criminologiche politicamente alternative, da sinistra, nell'orizzonte della dottrina accademica

Nonostante non coinvolti e dunque assenti nel convegno catanese del maggio '72, ci sono stati studiosi accademici di discipline penalistiche inclini, in quello stesso frangente storico, a indagare i temi della penalità e i fenomeni criminali da una prospettiva politica di sinistra condizionata anche da dichiarate premesse marxiste. In realtà, si è trattato di un gruppo molto minoritario di esponenti dottrinali, concentrati in particolare all'università di Bologna, le cui figure principali

14 Per riferimenti esemplificativi a criticabili torsioni degli strumenti d'indagine e repressivi verificatesi nell'ambito della cosiddetta "rivoluzione giudiziaria" milanese dei primi anni Novanta dello scorso secolo cfr. G. Fiandaca, "Mani pulite trenta anni dopo: un'impresa giudiziaria straordinaria, ma non esemplare", in *Giustiziatinsieme.it.*, 16 febbraio 2022.

15 Nell'ambito della rinnovata riflessione sull'attività interpretativa sviluppata nei primi anni '70 del Novecento, di cui troviamo riscontro nelle più significative riviste magistratuali dell'epoca, merita a tutt'oggi di essere richiamato N. Bobbio, "Quale giustizia, quale legge, quale giudice", in *Quale giustizia*, n. 8/1971, p. 268 ss.

corrispondono ai nomi di Franco Bricola e Alessandro Baratta: due studiosi divenuti meritatamente celebri (e purtroppo, entrambi prematuramente scomparsi), che diedero insieme vita alla innovativa rivista *La questione criminale* (1975-1981). In approssimativa sintesi, le novità più rilevanti nel dibattito aperto nel contesto di allora erano costituite dal guardare ai temi e problemi della giustizia penale in un'ottica non solo normativistica, ma anche attenta alle dimensioni empiriche e ai condizionamenti economico-sociali. Analizzando i fattori socialmente discriminatori che rendono il diritto penale un diritto di classe e, altresì, mettendo allo scoperto i presupposti ideologici e gli approcci tutt'altro che politicamente neutrali della criminologia tradizionale.

Se Bricola nel ruolo prevalente di giurista era interessato soprattutto a rinnovare la teoria generale del reato riformulandola su basi costituzionali¹⁶, e nel contempo era sensibile alla prospettiva di riconcepire il diritto penale fuori dai condizionamenti di classe¹⁷, è però stato in particolare Baratta a muovere critiche radicali all'ideologia della difesa sociale di origine borghese e a cercare di delineare un approccio socio-criminologico con matrici marxiste alternativo rispetto alla criminologia tradizionalmente predominante: additando come obiettivi principali “costruire una teoria materialistica (economico-politica) della devianza, dei comportamenti socialmente negativi e della criminalizzazione, ed elaborare le linee di una politica criminale alternativa, di una politica delle classi subalterne nel settore della devianza”; solo partendo dall'interesse di queste ultime sarebbe stato possibile prima comprendere le funzioni esercitate dal diritto penale per la conservazione e riproduzione dei rapporti sociali di diseguaglianza tipici del sistema capitalistico, e pensare poi una politica criminale alternativa basata meno sulla repressione penale e in misura assai maggiore sulla trasformazione sociale e istituzionale e sull'attività di prevenzione¹⁸.

A ben vedere, un approccio teorico come quello fin qui accennato di Baratta si caratterizzava più come un abbozzo di indicazioni teoriche e strategiche da sviluppare e approfondire, che come lo sbocco di una teorizzazione compiuta e definita. In ogni caso, la tensione politico-ideologica, che tendeva verosimilmente a prevalere rispetto all'elaborazione scientifica, era tale da postulare mutamenti di tipo rivoluzionario quali precondizioni strutturali del nuovo diritto penale vagheggiato. Mentre la storia successiva da allora ad oggi, come sappiamo, si è dispiegata lungo direzioni tutt'altro che compatibili con gli orientamenti di fondo di un pensiero criminologico critico e alternativo in senso barattiano.

16 F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. it.*, XIV, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss. Per una recente rilettura critica della teorizzazione bricoliana sia consentito rinviare a G. Fiandaca, “Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal codice penale Rocco a oggi”, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4/2023, p. 1291 ss.; cfr. altresì M. Donini, “La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola”, in *Lo Stato*, n. 18/2022, p. 359 ss.

17 F. Bricola, “Intervento al dibattito su: Per una politica criminale del movimento operaio”, in *La quest. crim.*, 1975, p. 485.

18 A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 199 ss.

5. Rilievi su principio di legalità penale e potere interpretativo del giudice nella realtà contemporanea

È stato ben rilevato che i giuristi e i giudici impegnati nel tentativo di concepire e attuare usi alternativi del diritto, operavano in sintonia con processi sociali di crescita democratica ed emancipazione che cinquant'anni fa erano realmente in atto nel nostro paese, e di cui essi si sentivano parte e al tempo stesso promotori. Si trattava dunque di un contesto di riferimento assai diverso da quello odierno, connotato invece da una società frammentata, atomizzata, priva di valori comuni e divisa in gruppi di interessi in conflitto tra loro; in questo complesso (se non caotico) scenario la stessa Costituzione ha non da ora smarrito la funzione di indicare direzioni evolutive univoche¹⁹.

L'accentuato pluralismo di oggi, che si atteggia – non ultimo – a pluralismo politico-culturale, non risparmia gli stessi giuristi e giudici. Ciò comporta un accrescimento di profili problematici e di ragioni di possibile tensione conflittuale nel definire gli spazi e delimitare i confini della discrezionalità politico-valutativa spettante al potere giudiziario: nella sopravvenuta mancanza (o insufficienza) di forme di sostanziale copertura legittimatrice derivante da processi collettivi di mutamento di cui può sentirsi parte e interprete, il giudice rischia infatti di orientare la incomprimibile dimensione politica dell'attività interpretativa soprattutto in base alle soggettive preferenze politico-ideologiche e alla personale sensibilità culturale. Fino a che punto è legittimo far prevalere il soggettivismo interpretativo senza sfociare in un vero e proprio libertinaggio ermeneutico? L'interrogativo solleva problemi più spinosi e dubbi più tormentosi proprio nell'ambito del diritto penale, in cui – è superfluo ribadirlo – il principio di legalità come riserva di legge ha (almeno in linea teorica o di principio) una vincolatività ben maggiore che in altri settori ordinamentali.

Non essendo questa la sede per ricostruire un quadro dettagliato degli orientamenti in tema di interpretazione penalistica che attualmente si contendono il campo, sia consentito limitarsi soltanto ad alcune notazioni. Non senza premettere, però, che il tema dell'interpretazione giuridica è assurdo di recente a oggetto anche di attenzione pubblica – divenendo esso stesso parte del persistente conflitto nostrano tra politica e giustizia – a causa delle polemiche esplose in occasione di alcuni provvedimenti giudiziari risultati sgraditi all'attuale maggioranza di destra-centro, con la conseguenza che i magistrati coinvolti sono stati accusati di decisioni scorrette in punto di diritto per presunto pregiudizio politico-ideologico. Ricontrando i sintomi di una linea di tendenza politico-governativa a vincolare la magistratura agli orientamenti della maggioranza, riducendo dunque i confini entro cui la giurisdizione può legittimamente interpretare e applicare le disposizioni normative, non a caso l'Associazione nazionale magistrati ha incentrato il suo ultimo congresso (tenutosi a Palermo nei giorni 10-12 maggio 2024) proprio su inter-

19 N. Rossi, "Dalla giurisprudenza alternativa alle problematiche dell'oggi", in *Questione giustizia*, 14 aprile 2023.

pretazione e imparzialità: con l'intento di promuovere una discussione tendente, appunto, a sollecitare rinnovate riflessioni sul potere interpretativo dei giudici nel contesto attuale; ma nel contempo con la volontà – come si legge nella relazione introduttiva di Giuseppe Santalucia, (al momento in cui si scrive) Presidente in carica dell'ANM – di ricercare un confronto e di evitare una contrapposizione preconcepita con la politica, così fugando “fantasmi di un passato che non vogliamo ritorni ad inquinare il discorso sulla giustizia”. Pur con una tale prudenza di approccio, la relazione introduttiva contesta con chiarezza la risorgente tentazione politica di mortificare il giudice-interprete nel ruolo di una sorta di servo del sovrano politico, cioè di fedele e passivo interprete della lettera delle leggi scritte: rivendicando con fermezza la conquista storico-culturale raggiunta dalla magistratura italiana sin dal celebre congresso associativo nazionale di Gardone (1965), in cui si riconobbe unitariamente il dovere dei magistrati di interpretare le leggi in conformità alla Costituzione, con applicazione diretta – ove possibile – dei principi costituzionali, e dunque senza un necessario ricorso alla Consulta. Nel lungo tempo che ci separa da allora ad oggi, gli spazi di manovra dell'interprete sono andati invero progressivamente aumentando a causa, rispettivamente, del sovrapporsi del costituzionalismo europeo al costituzionalismo domestico e della accresciuta difficoltà delle maggioranze politiche di formulare – per dirlo con le parole di Santalucia – “prescrizioni sufficientemente univoche in ragione del tributo pagato a logiche compromissorie conseguenti alla carenza di omogeneità nelle scelte di valore e conseguentemente nelle visioni programmatiche”. Tutto vero. È anche vero però che, letta con attenzione nel suo insieme, la citata relazione si limita a difendere gli spazi di potere interpretativo finora utilizzati dalla giurisdizione, respingendo la figura del giudice burocrate privo di idee e di passioni ma senza apportare contributi di reale novità, tanto meno in tema interpretazione penalistica (anzi ribadendo, con citazione di giurisprudenza anche recente, il carattere dichiarativo dell'interpretazione giudiziaria, che si limiterebbe a portare alla luce un significato precettivo già interamente contenuto nel testo normativo, nel rispetto dei limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato legislativo). Né mi sembra che novità di rilievo siano, al riguardo, affiorate nell'ambito del successivo dibattito congressuale.

Orbene, la mia complessiva impressione è che la magistratura non solo manifesti in atto un atteggiamento di comprensibile cautela nel continuare comunque a rivendicare adeguati spazi di potere interpretativo, ma riveli anche una capacità di riflessione ed elaborazione culturale ben più modesta rispetto agli anni in cui si apriva e ferveva il confronto dialettico tra magistrati novatori e magistrati conservatori; ciò anche a causa – è da supporre – del progressivo impoverimento culturale dei gruppi associativi (incluso quello di MD) e della loro prevalente trasformazione in strutture di potere corporativo.

Se guardiamo a questo punto all'orizzonte accademico, e consideriamo più in particolare il tema dell'interpretazione penalistica, il quadro di riferimento appare sotto certi aspetti più articolato e complesso che in passato. Per un verso, tende ancor oggi a predominare tra i penalisti universitari l'adesione (più genericamente ideologica, che tecnicamente motivata) a una teoria conoscitivo-dichiarativa dell'interpretazione, depurata da momenti di politicità e valutatività,

considerata la più coerente col principio di legalità penale e col principio della divisione dei poteri; ma, per altro verso, permane non poca incertezza circa il discrimine tra interpretazioni rispettivamente ammissibili e inammissibili (il che, ovviamente, incide negativamente sulla attitudine della dottrina accademica a controllare la legalità delle interpretazioni giurisprudenziali). Ma esiste anche un filone dottrinale minoritario, aperto alle acquisizioni delle più aggiornate teorie dell'interpretazione giuridica in sede giusfilosofica e in parte influenzato dalla filosofia ermeneutica di matrice gadameriana, disposta ad ammettere che la stessa interpretazione penalistica possa sfociare in forme di 'creatività', purché moderata o debole²⁰, da intendere nei sensi seguenti: accettare come fondata, anche in ambito penalistico, la distinzione tra *disposizione* e *norma* (nel senso che è il giudice a ricavare la norma attribuendo significato alla disposizione scritta attraverso il lavoro interpretativo); riconoscere che il giudice-interprete sceglie l'interpretazione più plausibile tra più interpretazioni possibili, e ciò sulla base di considerazioni teleologiche, di opzioni politico-criminali, di argomentazioni orientate alle conseguenze o comunque di giudizi di valore; nel valorizzare la mediazione ermeneutica tra fattispecie normativa e caso concreto, ecc. Certo, rimane anche per gli studiosi di orientamento ermeneutico la oggettiva difficoltà di distinguere la suddetta forma di creatività sul piano "semantico" da una creatività forte di natura "pragmatica", che si traduce in vera e propria produzione di nuovo diritto in violazione del principio della divisione dei poteri²¹: nella molteplice varietà dei casi concreti, il discrimine tra interpretazione di un diritto pur sempre preesistente e produzione di norme nuove può infatti non di rado rimanere problematico, fluido, incerto. D'altra parte, il problema è tutt'altro che nuovo o recente: intorno ai criteri di distinzione tra interpretazione e creazione giuridica, e circa la contraddizione tra il divieto normativo per i giudici di creare diritto e la presa d'atto realistica che essi in alcuni casi di fatto lo creano, si discute da più di duecento anni. "L'unica cosa certa, nonostante i fiumi di inchiostro corsi su questi temi, è che vi è ancora bisogno di far chiarezza": lo affermava Mauro Barberis quasi venti anni fa²². E, in effetti, gli sforzi di rendere le cose più chiare proseguono fino a oggi, pure nell'ambito del diritto penale, con la prospettazione di criteri differenziali sempre più sottili e sofisticati²³. Ma mi sia consentito manifestare alquanto scetticismo sulla possibilità di pervenire in proposito, grazie a futuri sviluppi della riflessione teorica, ad approdi dottrinali e giurisprudenziali sicuri e omogenei al punto da apparire risolutivi una volta per tutte.

20 In questo filone dottrinale rientra anche chi scrive: nell'ambito di più prese di posizione, cfr. ad esempio G. Fiandaca, "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione", in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.

21 Per la distinzione tra creatività in senso semantico e creatività in senso pragmatico si veda G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 333 ss.

22 M. Barberis, "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione", in *Anuario 2004* – Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, p. 10.

23 Si veda, molto di recente, la ricca e complessa prospettazione di criteri distintivi contenuta in M. Donini, *Diritto penale*, parte gen., I, Giuffrè, Milano, 2024, p. 647 ss.

Bibliografia

- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, 1973.
- Cotturri, G., "Usò alternativo del diritto", in *Quale giustizia*, n. 21-22, 1973.
- Dodaro, G., Dova, M., Pecorella, C., Ruga Riva, C., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, 2022.
- Fiandaca, G., "Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina", in *Questione giustizia*, n. 1, 1991.
- Ramat, M., "I pretori d'assalto", in *Quale giustizia*, n. 23-24, 1973.
- Pulitanò, D., "Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato", in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1983.
- Misiani, F., *La toga rossa. Storia di un giudice*, Tropea, 1998.
- Fiandaca, G., "Populismo penale e populismo giudiziario", in *Criminalia. Annuario di scienze criminali*, 2013.
- Fiandaca, G., "Mani pulite trenta anni dopo: un'impresa giudiziaria straordinaria, ma non esemplare", in *Giustiziainsieme.it.*, 16 febbraio 2022.
- Bobbio, N., "Quale giustizia, quale legge, quale giudice", in *Quale giustizia*, n. 8, 1971.
- Bricola, F., voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. it.*, XIV, Utet, 1973.
- Fiandaca, G., "Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal codice penale Rocco a oggi", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4, 2023.
- Donini, M., "La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola", in *Lo Stato*, n. 18, 2022.
- Bricola, F., "Intervento al dibattito su: Per una politica criminale del movimento operaio", in *La quest. crim.*, 1975.
- Baratta, A., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, 1982.
- Rossi, N., "Dalla giurisprudenza alternativa alle problematiche dell'oggi", in *Questione giustizia*, 14 aprile 2023.
- Fiandaca, G., "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione", in *Cass. pen.*, 2005.
- Pino, G., *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, 2021.
- Barberis, M., "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione", in *Annuario 2004 – Associazione italiana dei costituzionalisti*, Cedam.
- Donini, M., *Diritto penale*, parte gen., I, Giuffrè, 2024.

Geminello Preterossi*

Contro l'ideologia della neutralità.

Dall'uso alternativo del diritto alla critica del "diritto vivente"

Giustamente Mario Barcellona ha sottolineato, nel suo discorso introduttivo al simposio catanese per il cinquantenario dello storico convegno sull'uso alternativo del diritto, che si trattò di un tentativo di mettere in atto un'operazione egemonica: l'obiettivo era ridefinire l'identità del giurista attraverso il marxismo; il punto di partenza era un'analisi severa della condizione della scienza giuridica. Oggi è sempre più difficile che tali momenti di lucidità critica, autoriflessiva, che pongono domande di fondo sui presupposti e sui fini, si manifestino negli studi giuridici: l'ultimo, raro e perciò meritevole esempio è il libro di Massimo Luciani *Ogni cosa al suo posto* (Giuffrè, 2023), che ha il grande merito di dire ciò che è sotto gli occhi di tutti ma proprio perciò deve essere taciuto, tra conformismo e cecità. Bisogna dire che anche allora la consapevolezza critica, nell'ambito del progetto culturale "egemonico", era soprattutto di Pietro Barcellona, il quale era ben consapevole del fatto che "tutte le operazioni di astrazione presuppongono una scelta", e vedeva perciò il carattere ideologico del "metodo" della separazione e dell'astrazione (seguendo uno stilema vagamente marxista, ma che in realtà è stato fatto proprio da storici e teorici del diritto non necessariamente marxisti, capaci di storicizzare per davvero le fonti, i loro contesti di produzione sociale e culturale, la genealogia del "dato" giuridico, decostruendone la pretesa di autonomia).

Ma P. Barcellona sapeva che la falsa coscienza può annidarsi in più modi nelle pretese di autonomia della scienza giuridica. E che allo stesso tempo il suo lessico ha un potenziale di qualificazione semantica per le relazioni sociali che non è meramente sovrastrutturale, e deve perciò essere compreso attraverso un costante movimento interno/esterno al "giuridico", con rigore e pazienza, rifuggendo tanto le manipolazioni formalistiche quanto le banalizzazioni materialistiche. Se un approccio storico-critico mette in questione il giuspositivismo ideologico, acritico, ancor di più dovrebbe renderci avvertiti rispetto alla pretesa sacerdotale del ceto dei giuristi, convertiti a un nuovo assolutismo, quello del diritto giurisprudenziale, che consente operazioni politiche surrettizie, o peggio espone il "potere neutro" della magistratura, posto a presidio della legalità (ordinaria e costituzionale), a fungere da mezzo di copertura per forzature e stiracchiamenti

* gpreterossi@unisa.it, Professore ordinario di Filosofia del diritto nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Salerno.

della legittimità democratico-costituzionale, graditi a quei poteri che oggi costituiscono quella anomala (oltre che illegittima) costituzione materiale, che si pretende apolitica, della tecnica.

La legge in fondo era ancora determinata dall'indirizzo politico, che in un sistema pluralistico-rappresentativo è, o dovrebbe essere, espressione della volontà popolare. Per quanto la si veli attraverso costruzioni dogmatiche, anche raffinate, tale matrice "politica" permane e si manifesta: basta acquisirne consapevolezza e il giuspositivismo cambia volto, offrendo strumenti per demistificare l'ideologia della neutralità. Invece il "diritto vivente" non si sa bene come trovi il suo punto di identificazione certo, e soprattutto per chi, e mosso da chi "viva" (cioè quali siano le forze e i poteri in campo, che lo determinano realmente). P. Barcellona è sempre stato consapevole dei rischi ideologici insiti nell'autolegittimazione del ceto dei giuristi, e infatti proponeva, già cinquant'anni fa, un'operazione verità.

Le vie attraverso le quali il lascito di quel convegno si è almeno in parte tradotto in una sorta di delega alla magistratura e alla giurisprudenza postmoderna sono complesse, articolate, non risolvibili in attribuzioni di responsabilità facili. Ma certo, nell'impostazione teorica, già allora si avvertiva la presenza di due filoni possibili: uno di politica del diritto consapevole, in cui diritto, politica e cultura rimanevano distinti e allo stesso tempo venivano riconosciuti nei loro nessi reciproci, una che prefigurava un'eclissi della politica e lo slittamento verso la giurisdizione di determinate istanze di cambiamento, che però nella puntualità della decisione giurisdizionale non potranno mai trovare soluzione chiare, generali, frutto di un dibattito etico-culturale aperto.

È un problema, quello dei "poteri neutri", del rapporto tra neutralità giuridica e neutralizzazione politica, di notevole interesse, perché essenziale ai fini di una comprensione sistematica dello Stato costituzionale del secondo Novecento e del doppio lato che lo costituisce (politico e garantistico). L'indipendenza, che li qualifica (in particolare la magistratura), mi pare possa essere qualificata come una condizione "ontologica", e allo stesso tempo *deve* essere tale. Ecco, appunto, lo *Sollen*. Non è che esista in natura, l'indipendenza: è inevitabilmente basata su presupposti che sono di natura storica, sociale e culturale. Ha bisogno di un *habitat*, che ha precisi presupposti. Sulle condizioni di possibilità epistemologiche, comunicative e in definitiva antropologiche dell'orizzonte di senso che sostiene lo Stato costituzionale democratico e il suo *ethos*, sottoscrivo le riflessioni di Bruno Montanari, che ci invitano a riflettere radicalmente sul collasso di una visione critica profonda, che affetta ormai in generale le *élites*, comprese quelle giuridiche, preda di luoghi comuni conformisti e politicamente corretti, istericamente in cerca di "assoluti" (scientisti e tecnocratici), preda di veri e propri corto-circuiti identitari moralistici (all'insegna di un'inclusione retorica, mentre quella sociale reale, frutto di politiche economiche lavoriste e del Welfare è stata da tempo disattivata in nome del "pilota automatico"), e allo stesso tempo incapaci di accettare che domande di senso "ultime" possano essere poste e discusse (ad esempio in campo bioetico e sanitario, sull'impatto psico-antropologico delle tecnologie digitali, sull'intelligenza artificiale). Un mix di aggressività e autoaccecamento pernicioso e intellettualmente imbarazzante.

Sul piano dell'assetto dei poteri dello Stato costituzionale di diritto, le istituzioni di garanzia, i "custodi" vivono oggi una condizione problematica, tra arretramento sulle questioni sostanziali decisive e strisciante scivolamento verso una politicizzazione indiretta che non giova alla credibilità del circuito della legittimazione democratica. La magistratura, nello specifico, vive oggi una condizione "amletica", perché da un lato soffre una crisi di "consenso", la cui ricerca per certi aspetti poteva anche apparire criticabile in astratto, ma che nella sostanza è corrisposto in passato al riconoscimento di un ruolo largamente positivo svolto dal potere giudiziario (o meglio da alcuni suoi settori, cioè da quegli avamposti che si sono ritrovati, per coerenza civile e fedeltà ai doveri costituzionali, in prima fila nel fronteggiare terrorismo, criminalità organizzata, stragismo, poteri occulti e corrotti, malaffare economico). Tali avamposti hanno rappresentato oggettivamente un presidio democratico, oltretutto in fasi particolarmente delicate della storia del Paese. Naturalmente anche allora esisteva una magistratura della palude, della convivenza se non della connivenza con certi poteri illegali e incostituzionali. Ma una parte allora significativa della magistratura, di cui quegli avamposti erano simboli, era impregnata di una cultura rigorosamente costituzionale, che prendeva sul serio l'innovazione rappresentata dalla Carta del 1948 in termini di trasparenza del potere, nesso tra libertà in relazione e uguaglianza sostanziale, giustizia sociale e cultura delle regole. Quel riconoscimento sociale diffuso, pertanto, era soprattutto relativo al contributo fornito dalla giurisdizione all'attuazione costituzionale. Adesso tale riconoscimento, se non è venuto meno del tutto, è certamente scemato, assai ridotto. Naturalmente, dall'altro lato ci sono le insidie, gli attacchi generici e strumentali al controllo di legalità in quanto tale, il cui vero fine non è quello di avere un equilibrio tra giustizia, politica ed economia, ma di asservire la prima ai poteri dominanti. Tali attacchi non sono solo "esterni", ma di fatto anche "interni" al sistema politico-istituzionale (e alla stessa giurisdizione), e quindi c'è l'esigenza del tutto comprensibile di difendersi, ma soprattutto di introdurre delle specifiche, delle distinzioni perché altrimenti il modo di affrontare i problemi del sistema giustizia, che ci sono, diventa simile a quello di tifoserie schierate, sotto slogan e striscioni: così non si va da nessuna parte. La magistratura deve imparare a difendersi anche da quelle tendenze, ad essa interne, all'accomodamento, al quieto vivere, alla burocratizzazione, alla chiusura classista e corporativa. C'è un'obiettivo difficile a recuperare un punto di vista complesso. Ma si tratta di una questione generale: la storia, come coscienza storico-politica profonda, critica, è sparita.

Se riprendiamo oggi i due volumi del convegno catanese di cinquant'anni fa, si ha netta l'impressione che prioritaria sia innanzitutto l'esigenza di una solida e profonda storicizzazione. In prima battuta, a me pare impossibile non chiedersi se l'uso alternativo del diritto – formula che, nella sua ambiguità, mantiene una sua efficacia, ed era il precipitato della svolta culturale che una nuova generazione di magistrati e giuristi aveva impresso al tradizionale circuito giustizia-politica – non sia da considerarsi nel complesso datato, almeno per come fu veicolato e recepito allora. Però, se ci si addentra un po' di più, si scoprono degli elementi ancora interessanti, e che in qualche modo ci interpellano: innanzitutto, notiamo una sorta di realismo critico (che oggi latita), uno sguardo alla realtà sociale concreta, ai suoi

vincoli e anche alle sue potenzialità, enfatizzate al punto che si ritiene praticabile una trasformazione radicale, para-rivoluzionaria, usando il diritto (e in particolar modo la nuova normatività costituzionale). Certo, si percepisce una temperatura ideologica marcata, però a leggere quei testi (o almeno la gran parte di essi) con un occhio, per così dire, vergine, ci si rende conto che affiorano orientamenti molto diversi. E quindi il convegno non fu l'espressione di un *Moloch* ideologico. Anzi c'era, a mio avviso, un'impronta "eretica" di fondo, che si tratta di far riaffiorare: è quella di chi ha voluto quel convegno, ossia di Pietro Barcellona. Bisogna prendere sul serio quanto egli scrive nel saggio introduttivo, che è forse il testo più impegnato filosoficamente. Lo sottolineo fin d'ora: la filosofia sta soprattutto nel contributo di Barcellona. La cifra più autentica del convegno, nel senso del pensiero radicale, sta nel suo percorso. Ciò non implica peraltro che la sua impostazione sia stata poi effettivamente sviluppata, anzi io credo che egli non fosse del tutto contento dell'esito del convegno, nella misura in cui esso non realizzava il suo scopo di ingaggiare fino in fondo una battaglia egemonica. C'è una sua affermazione che vale la pena di riportare alla lettera, perché è molto efficace: "Paradossalmente, l'incremento della domanda pubblica di giustizia è direttamente proporzionale alla perdita di funzione degli strumenti giuridici". Questa è la questione da cui Barcellona parte. La situazione che descriveva, quanto meno nel modo in cui allora veniva percepita, coniugava una grande domanda di giustizia con una sostanziale inadeguatezza degli strumenti giuridici, il tutto associato, direi, a una condizione amletica della scienza giuridica. L'identità della scienza giuridica, la funzione sociale dei giuristi, si erano fatte incerte, inadeguate alle esigenze, evidentemente. E qui entra in gioco l'operazione "marxismo giuridico", cioè l'idea di utilizzare il marxismo, inteso in un senso ampio, anche un po' generico se si vuole, per rilanciare e irrobustire una politica del diritto diversa. Di fatto si immaginava una politica del diritto fatta soprattutto dai civilisti, aspetto alquanto impressionante, perché significava che il lascito, certamente poderoso, del dibattito sull'attuazione della costituzione e sulla precettività dei suoi principi – tutta quella stagione che era iniziata, almeno nel dibattito teorico, fin dai primi anni Cinquanta con protagonisti del calibro di Vezio Crisafulli, Costantino Mortati, Piero Calamandrei, Carlo Esposito ecc. – veniva del tutto a mancare. Non vi è traccia qui dell'eredità di Costantino Mortati, che non viene nominato una sola volta. È come se ci fosse stata una cesura e quel mondo, che pure aveva supportato, trainato la costituzione, avesse cessato di parlare.

Quella che si tenta a Catania mezzo secolo fa è un'operazione di rottura, anche all'interno del recinto delle discipline giuridiche, perché fa *tabula rasa* delle riflessioni precedenti. Probabilmente il fatto che il convegno nascesse in un ambito prevalentemente civilistico facilitava le cose in tal senso, ma tanto non basta a giustificare l'approccio: doveva esserci altro e di più, probabilmente si avvertiva un'usura, si aveva il sentore che gli strumenti ereditati dal grande dibattito costituzionalistico del dopoguerra, pur pregevoli, non fossero sufficienti ad affrontare le nuove sfide che la crisi del centrosinistra, i movimenti sociali sorti dal Sessantotto e le minacce crescenti alla democrazia (strategia della tensione) ponevano. Infatti, se si approfondisce, si vede subito quali sono queste nuove sfide. Intanto c'è l'idea – di per sé ben poco "marxista ortodossa" – del diritto come leva di una

trasformazione sociale così urgente e radicale da porsi nei termini di una vera e propria “rivoluzione legale”. È il clima dei primi anni Settanta, indubbiamente, ma non solo; dal mio punto di vista c'è anche una comprensione – in Pietro Barcellona è lampante – delle vicende del capitalismo maturo, di quello che un giurista conservatore come Ernst Forsthoff chiamerà lo “Stato della società industriale”. Basta seguire il filo del discorso inaugurale di Barcellona, che parla di uno Stato pianificatore, il quale si intreccia con le grandi *corporations*. Siamo ben prima della globalizzazione dispiegata, in cui accadrà l'inimmaginabile, eppure anche in quel contesto in cui l'economia è largamente incapsulata nello Stato, in cui non vige il diritto assoluto del libero movimento dei capitali e non si può delocalizzare a piacimento, c'è comunque la percezione di un blocco transnazionale di potere che si sta costituendo o si è già costituito, il quale si innesta in uno Stato che è sempre più apparato (ecco la crisi dell'indirizzo politico, dell'energia politica della costituzione che Mortati vedeva), cioè amministrazione come gestione manageriale e tecnica. Questa conteneva certamente elementi di politicità, perché esprimeva interessi e conflitti, ma in maniera sempre più indiretta, non esplicita. Stavamo entrando allora in una fase nuova dello “Stato pluriclasse”: aumentava il peso dei poteri privati, ma non perdeva di centralità il ruolo dei sindacati, tanto per dirne una. Parafrasando Carl Schmitt, si potrebbe dire che si stava entrando in una fase nuova dello “Stato totale quantitativo (pluriclasse)”. E si può sostenere che l'introduzione di Barcellona sottolinea di fatto proprio tali elementi di totalizzazione sociale e neutralizzazione politica, seppur entro una cornice pluralista e formalmente democratica, ma in cui le forme istituzionali della partecipazione cominciavano a dare segni di stanchezza. Nulla a che fare con la sclerotizzazione dell'ultimo ventennio, che ha condotto al “nulla di politica” attuale, ma qualche segnale c'era e gli ideatori del convegno lo avvertono.

L'idea che ne conseguiva era che, in una fase storica del genere, fosse non solo ideologicamente discutibile, ma concretamente impraticabile accontentarsi di un ruolo neutrale, apolitico del “giuridico”, perché sarebbe stato un atteggiamento ingannevole e per di più inefficace. Inoltre, la tendenza fondamentale di quegli anni (economia mista e innovazione tecnica), ambivalente perché non era veramente, o pienamente, liberante (ma che certo, implicando un compromesso, segnava un passo in avanti nella vicenda del capitalismo), poteva anche aprire la strada a ulteriori processi di liberazione umana, ma a patto di accelerare coraggiosamente nei processi di socializzazione di massa, cercando anche vie inedite. Alla luce del post, della stretta tragica della seconda metà degli anni Settanta, ci si illudeva largamente, s'intende; però allora l'idea-guida e probabilmente anche la percezione diffusa nei movimenti sociali era questa: assumendo l'ottica marxista di fronte a quei processi di trasformazione tecnologica e sociale del capitalismo maturo, invece di vedervi una realtà magmatica che lascia spiazzati, invece di richiamare semplicemente la costituzione del 1948 per rilegittimare un compromesso, per così dire, integralmente keynesiano, attraverso un rilancio della “programmazione”, si pensò che si potesse tentare di andare oltre, perché nella realtà sociale in trasformazione c'era qualcosa di più, ciò che consentiva di lavorare sulle contraddizioni, di insediarsi in esse per cercare di far leva (anche a costo di cor-

rere qualche rischio). E poi c'era anche un tema di liberazione dei singoli: quello che si intravedeva era un *Moloch* tecnocratico, come viene detto esplicitamente (non a caso viene utilizzato anche l'aggettivo "neoliberale", con una non banale anticipazione, o meglio presaga intuizione, di temi che esploderanno un decennio dopo), e questo *Moloch* tecnocratico ha bisogno di trovare una controparte che, tra resistenza e sfida, trovi le vie per riaprire gli spazi di un'autonomia privata. È un paradosso, visto che si tratta di un convegno in cui si propone il recupero del marxismo, ma sotto sotto scorre anche questo fiume; forse perché c'è questa matrice privatistica, forse perché, almeno nell'ottica di Barcellona, c'è la consapevolezza della necessità di leggere in modo nuovo le forme del capitalismo maturo (*La razionalità del capitalismo maturo* è non a caso il titolo di un libro che Jürgen Habermas scriverà pochi anni dopo). Ma soprattutto perché c'è il bisogno di fare un'operazione che non sia semplicemente quella tradizionale portata avanti dalla lotta politica del PCI e dalle altre forze della sinistra, condotta soprattutto in Parlamento. Ciò va bene, ma non basta. Ecco quindi che si cerca lo spazio per un uso sociale del diritto più diffuso, più libero, che finisce per investire in prima battuta la giurisdizione. Naturalmente si trattava di un'iniziativa con mille ambiguità, perché, ragionando *a posteriori*, alla luce della radicale giurisdizionalizzazione cui abbiamo assistito negli ultimi decenni, non so quanto possiamo esser contenti. Magari dovuta spesso a ragioni importanti e gravi, di cui personalmente colgo tutta la serietà, ma certo quella "supplenza" ha contribuito a uno squilibrio non fisiologico, che richiederebbe una risposta politica coraggiosa: nel senso innanzitutto di un'assunzione di responsabilità, anche rispetto ai buchi neri della storia del Paese, nel segno di un discorso di verità complessivo, sulle cause dell'esaurimento della spinta propulsiva della Repubblica, sulla genesi dell'Italia del vincolo esterno, sugli attacchi interni ed esterni all'autonomia della politica e le conseguenze di lungo periodo che essi hanno determinato (non solo un'estrema fragilità delle strutture portanti del Paese, ma anche un evidente impoverimento culturale e una subalternità della politica ai poteri tecno-finanziari e ai disciplinatori esterni ormai imbarazzante, in un circuito perverso che, non vedendosi inversioni di rotta efficaci, indebolisce nel complesso il Paese).

Veniamo ora ai filosofi. Ebbene i filosofi si occupano o di giurisdizione o di marxismo. Umberto Cerroni fa un discorso interno all'esegesi marxista. Giovanni Tarello fa un discorso interno alla filosofia del diritto, in particolare alla filosofia del diritto analitica, e sul giurista-interprete. Luigi Ferrajoli fa un discorso sulla magistratura, sull'esperienza che stava vivendo, e sulla politicità "costituzionale" di quell'esperienza nuova. Biagio De Giovanni fa un discorso interno alla sua peculiare rilettura del plesso hegel-marxista (stava scrivendo in quegli anni un noto volume sulla logica hegeliana riproiettata sul Capitale). Il suo era un lavoro critico ai bordi del PCI, quasi eretico senza mai essere eretico fino in fondo. E tale era anche la condizione di Pietro Barcellona. Ho avuto la fortuna di frequentarlo, anche in maniera intensa, verso la fine degli anni Novanta, quando si collocava già "oltre", in quanto era venuto a mancargli il contesto di riferimento: i tanti fattori che facevano da perimetro alla sua riflessione, a partire ovviamente dal Partito Comunista Italiano, non c'erano più, e lui, pur ricavandone sofferenza e rabbia,

aveva già intrapreso un suo percorso in solitudine che a posteriori possiamo giudicare molto più anticipatore che strano. Dunque, posso attestare una continuità. È chiaro che il Barcellona che vuole questo convegno, e scrive l'introduzione che ne dà l'impostazione teorica, sta dentro un contesto ed è fiducioso sulle possibilità di trasformare la società attraverso l'uso (alternativo) del diritto. Con "contesto" intendo uno Stato in cui la politica conta, perché è un'arena democratica reale, di rappresentazione del conflitto sociale (un elemento decisivo che verrà spazzato via dalla globalizzazione e dal neoliberalismo, che ovviamente non sono eventi naturali ma hanno una serie di cause geopolitiche e geoeconomiche precise, per quanto complesse); e poi soprattutto il Partito, perché, come affermava lui a ragione, se non abbiamo un'identità collettiva, magari da criticare, siamo soli. Tale elemento di radicalità della critica era una cifra distintiva di Barcellona, ed è già presente in queste pagine. Si noti che, pur essendo allora molto più inserito in un collettivo, molto più condizionato dalla "Chiesa laica" comunista, manifesta comunque un'inquietudine, e che la domanda di fondo riguarda la modernità matura. Barcellona sarebbe infatti diventato, non a caso, un critico della modernità. Ricordo che discutevamo spesso proprio su questo, perché, quantunque avessimo un terreno comune e condividessimo certi autori e studi, ci trovavamo su posizioni diverse nei confronti della modernità: io ritenevo che fosse giusto fare la critica interna del moderno, ma in nome delle sue promesse non mantenute, non di un progetto di liquidazione, mentre lui aveva assunto un atteggiamento di abbandono che mi pareva discutibile (oggi sarei più possibilista, o perlomeno comprensivo).

Qui, nell'uso alternativo del diritto, non c'è ancora tutto questo, né potrebbe esserci. C'è molta più speranza, ci sono i contesti e ci sono i soggetti a fare da quadro di riferimento, e tuttavia già si profila la percezione che la società capitalistica matura, avanzata, contiene moltissime insidie, ha dentro di sé un dispositivo di "dominio dolce" che si dissimula e che, mentre finge di assicurare partecipazione, in realtà sottrae potere. Ciò spiega anche la valorizzazione dell'elemento in teoria "privatistico", o se si preferisce individualizzante, della giurisdizione (ma in generale dell'autonomia sociale e del protagonismo delle formazioni intermedie che il diritto può assicurare). Sarebbe interessante seguire il ragionamento punto per punto, ma l'essenza del discorso di Barcellona è questa: il giurista non riesce più ad avere un rapporto con la società, tutti si lamentano che vi è una difficoltà nel leggerla; è come se il *fatto*, con cui il diritto non può non fare i conti, sfuggisse di mano, anche perché espropriato dal *Moloch* pubblico-privato, ovvero amministrativo-gestionale-economico, che toglie spazio ai soggetti. In fondo l'idea è proprio che in questo corto-circuito micidiale scompaiano i soggetti incarnati, che invece vanno rimessi in campo, a partire dal singolo, per arrivare ai gruppi (tale ricerca intorno ai "soggetti" presuppone poi, a partire dagli anni Ottanta, una nozione di soggettività ben più complessa di quella postulata dalla vulgata marxista, perché attraversata da opacità e ambivalenze psicoanalitiche ed esposta a una sfida teo-antropologica originaria). Poi c'è la questione politica, ovvero la constatazione che lo Stato rappresentativo è in crisi, perché è il governo a far tutto: c'era già allora, benché agli albori, un indirizzo di governo che trattava direttamente con i gruppi di pressione, in qualche modo precedendo (se non talvolta aggirando) la mediazione

parlamentare. Certo, quella modalità di governo aveva anche aspetti positivi, i sindacati contavano molto, c'era un conflitto portato nelle istituzioni che assicurava ancora una contrattazione non al ribasso per i lavoratori, e di alto spessore politico. Non dimentichiamo però che nello stesso periodo Mortati scriveva il suo saggio *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in cui segnalava la crisi dell'indirizzo politico e dell'energia costituente iniziale; lo stesso Mortati poco più tardi redasse la voce sull'Art. 1 del *Commentario Branca*, dove denunciava la sempre più accentuata marginalità del Parlamento, immaginando dei nuovi strumenti politici (mai solo tecnici!) di integrazione socio-politica, anche in termini di democrazia diretta, per riattivare il meccanismo rappresentativo inceppato. Quindi i giuristi dell'uso alternativo del diritto – o almeno alcuni di loro, e Barcellona certamente tra questi – avvertivano una problematica che era sentita anche da uno dei grandi padri della costituzione italiana. E avvertivano, appunto, la necessità di trovare meccanismi diversi, perché “i meccanismi di mediazione tradizionali sono inadeguati al capitalismo maturo”. In sintesi, lo Stato del capitalismo maturo impone un uso alternativo del diritto – questa la tesi di fondo – perché bisogna muovere dalla critica dell'apoliticità del diritto, per arrivare a una politica del diritto alternativa sulla base di una appartenenza di classe, o comunque di una scelta di campo “popolare” e “lavorista” (che poi era quella della nostra costituzione). Scrive a pagina 20 del I volume laterziano Pietro Barcellona: “Si tratta di sviluppare la contraddizione immanente nel compromesso neoliberale fra le teorie democratiche della rivoluzione borghese, il principio di apertura delle decisioni costituzionali e la dottrina del liberalismo economico d'ispirazione utilitaristica”. Subito dopo punta decisamente sul bisogno di una politica agonistica che consenta di uscire dalla stasi del centrosinistra ormai in crisi e dalla democrazia bloccata, che impediva un vero ricambio ideale e di interessi (non di mere burocrazie partitiche), per riportare la società viva dentro l'ordinamento. E il modo per farlo era “usare” il diritto portandolo al di là di se stesso, o forse nel nucleo più politico della promessa che la modernità in esso aveva riposto.

Credo che la chiave più profonda di quello storico convegno catanese consistesse nel tentativo di individuare una leva critica del compromesso socialdemocratico che già stava rivelando le sue difficoltà o veniva percepito come stantio. Personalmente ne ho nostalgia e credo che dovremmo tornarci, o comunque ritengo che se non si recuperano le sue coordinate fondamentali non ci sia lo spazio per il rilancio di un costituzionalismo democratico e sociale e neppure per un suo equo aggiornamento (ad esempio nel senso della sostenibilità ecologica, della ripartizione del lavoro di cura, degli squilibri di genere ecc.), che in ogni caso non può significare regresso sociale per il lavoro né ulteriore inferiorizzazione per i ceti subalterni chiamati a pagare il costo dell'ennesima “distruzione creatrice” travestita da modernizzazione tecnologica. Però allora, in quel contesto (ed è per questo che parlo di storicizzazione e di clima del tempo), è chiaro che il “compromesso keynesiano all'italiana” veniva sentito (alla luce di quanto ne è seguito, forse in parte ingiustamente) come ambiguo, inadeguato, esposto al rischio di condurre non nella direzione della emancipazione sociale ma in quella della totalizzazione dolce, e il riformismo giuridico (viene usata proprio quest'espressione, allora) era in qualche

modo una chiave di rimobilitazione della società per cercare di uscire da un clima opprimente, soggetto a pulsioni reazionarie e velleitarie. Il diritto, seppur forzato a un uso polemico, era in fondo un ancoraggio ancora istituzionale, perché definiva un terreno di lotta legalitario, non violento. Com'è chiaro a chiunque non voglia credere alle favole di comodo di un certo establishment, la storia del potere in Italia, del suo lato opaco, fatto di condizionamenti e strette antidemocratiche, ha pesato come un macigno su tutti i tentativi seri di rinnovamento politico del Paese. Quindi bisogna sempre tener conto anche di questa ipoteca costante, che negli anni Settanta peraltro era assai pesante, per inquadrare la proposta, in sé azzardata, di un uso "alternativo" del diritto: si cercava, tra l'altro, anche una leva a suo modo istituzionale, giuridica, per un vero cambiamento, che potesse arginare (facendo da contrappeso) le tentazioni autoritarie e antidemocratiche di un pezzo di classe dirigente reazionaria e iper-atlantista, scongiurando il rischio estremo della guerra civile. Appropriarsi del diritto in chiave polemica, radicalizzare il portato normativo della costituzione in funzione di difesa democratica, era anche un modo per reagire alla sovversione dall'alto riparandosi dietro le istituzioni e i principi giuridici consacrati dalla costituzione, smascherando i veri eversori.

D'altra parte, è vero che oggi ciò che resta dell'uso alternativo del diritto sembra divenuto tutt'altro rispetto agli obiettivi di Pietro Barcellona, cioè creazionismo giuridico come compensazione della crisi della rappresentanza politica e al contempo vettore di spoliticizzazione. Pertanto, il rischio che il diritto giurisprudenziale deprivato dell'indirizzo politico democratico non sia più un elemento minimale di certezza, ma anzi un fattore caotico, cresce esponenzialmente. Un diritto del genere non è più in grado di frenare alcunché e perciò fallisce la sfida dell'ordine, contribuendo alla guerra di tutti contro tutti dopo la civilizzazione. Il pendolo si muove sempre tra conflitto e ordine, e il diritto sta in mezzo a queste due dimensioni: se si sposta troppo sull'ordine come presupposto, esso si riduce a mero fattore di stabilizzazione conservatrice, se è solo agonismo senza forma diventa un epifenomeno del mero potere, che è violenza immediata e non mediabile. In quel convegno, a mio avviso, i rischi di uno squilibrio permanente c'erano, ma c'era anche il tentativo di valorizzare il "giuridico" in un modo che all'epoca aveva un senso: le aspettative sul diritto, la consapevolezza della sua politicità (in senso ampio, gramsciano) come qualificazione intrinseca e dinamica del concetto di diritto moderno, erano allora maggiori rispetto all'oggi. Viviamo un tempo a-dialettico, che dura da più di un trentennio, in cui il ceto dei giuristi si autolegittima, illudendosi di contare, anti-politicamente, come mosca cocchiera del globalismo, dell'anti-sovranià, dei poteri indiretti finanziari e tecnocratici, rifuggendo come la peste la comprensione critica di ciò che veramente conta, cioè la genealogia delle crisi che corrodono dall'interno, in una successione esponenziale, l'effettività del regime neoliberale occidentale. Certi termini-concetto – potere, conflitto, eccezione, patria, nazione, popolo, identità, confini – sono diventati tabù: il risultato è che ci investono con violenza, senza che le istituzioni e la scienza giuridica, tranne alcune eccezioni, siano in grado di cogliere la portata della sfida e reagire. La scienza del diritto, e le stesse istituzioni di garanzia di uno Stato che si fa sempre più post-costituzionale, devono interrogarsi sul proprio contributo alla decostituzionalizza-

zione. Nella lunga stagione neoliberale, ma in particolare con l'impressionante sequenza di crisi inaugurate con il crollo finanziario del 2008, l'uso alternativo del diritto avviene soprattutto dall'alto, ad opera delle classi dirigenti, nel senso di un sovversivismo che oggi si traveste tecnocraticamente, attraverso l'uso strumentale dell'emergenza a fini di legittimazione delle progressive disattivazioni costituzionali (soprattutto sul terreno della costituzione economica e dello Stato sociale, ma anche su quello delle libertà e dello sdoganamento del principio di discriminazione, così come della sterilizzazione della sovranità popolare non allineata al vincolo esterno). Insomma, siamo di fronte al paradosso di un "uso alternativo" rovesciato: non per attuare realmente la costituzione-progetto del 1948, ma per aggirarla e sterilizzarne la portata emancipativa.

Eligio Resta*

L'inquietudine del giurista

1. Autoriflessione

Nonostante il secolo breve, cinquanta anni di distanza contano e pesano, specialmente se si riferiscono a una vicenda culturale di rilevante importanza. Ottima iniziativa quella di riprendere quel dibattito su *L'uso alternativo del diritto*, per discutere temi, presupposti, conseguenze, esiti; per allora e per oggi. E anche per misurarci su come eravamo e come siamo. È sempre utile un'autoriflessione, non certo mancante di spirito critico, da parte di un ceti intellettuale che si voglia interrogare sul proprio ruolo, sul proprio destino, sugli strumenti culturali che adopera e sui suoi riferimenti storico sociali. Questo vale per tutti i ceti intellettuali ma, in maniera non marginale e secondaria, per i giuristi, vista l'ipertrofia che ha visto crescere, nel nostro paese, ma non soltanto, l'esperienza giuridica.

Valga per tutti il giudizio di O. Marquard che, ha parlato di “tribunalizzazione della storia” per indicare la crescita dell'elemento giurisdizionale come connotato rilevante nella esperienza culturale della post modernità. Ci sono del resto molti indicatori che indicano tale ipertrofia del diritto che finisce per invadere, a torto o a ragione, la vita delle persone e della società nel suo complesso. Crescono diritti e conseguentemente doveri, riversandosi poi sui giudici e i tribunali; aumenta in una parola la complessità del sistema. Si è parlato persino di “clinica dei diritti” per indicare la sostituzione del bene con il “diritto a quel bene” e poi si istituiscono tribunali ad hoc. Con esiti sicuramente malinconici.

Al giudice finiamo per chiedere tutto, persino la felicità, pensando di poter derogare alla eccedenza inevitabile della vita sulle forme. Ripeto, nel bene e nel male. Ma questo avviene in maniera contraddittoria, perché vi sono zone rilevanti della vita individuale e collettiva che sfuggono a qualsiasi controllo giuridico e ad alcuna tutela. Tra deficit e ipertrofia corre un filo sottile di complicità.

La conseguenza è che l'intera esperienza giuridica si trova di fronte all'aumento della complessità del sistema sociale. Ad essa si chiede una nuova funzione regolativa e di controllo dei conflitti; e, inevitabilmente, i giuristi e tutti i ceti interessati, devono riadeguare il proprio ruolo, spesso non potendolo fare o potendolo fare solo a fatica. Già M. S. Giannini, da attento osservatore, invitava i giuristi a

* eligio.resta@uniroma3.it, Emerito nell'Università di Roma Tre.

smettere i “raccontini” e a adeguare la propria narrazione, adeguandola alla nuova complessità sia nella sfera pubblica che in quella privata.

Per queste ragioni, e tante altre, è utile riprendere quella esperienza, ripensando a quegli anni e a quel mutamento radicale che si veniva ipotizzando in quell’epoca, anche là, di forti cambiamenti. Rilevante la tematizzazione dei problemi da cui quel dibattito partiva, non meno della riflessione sull’adeguamento critico della regolazione, interpretazione e applicazione del diritto rispetto al quadro costituzionale; accanto però a un’autoriflessione sulla propria cultura, sulla formazione, sul metodo, sugli strumenti di comunicazione e tanti altri.

Non ultimo, la ricerca di riferimenti storico sociali alla soggettività sociale cui rapportarsi e, in una parola, alla ideologia politica: il tutto in un quadro di spinta culturale emancipativa che sembra essere il cuore segreto dell’orologio di quell’esperienza.

2. Una malattia salutare

Convergono lì due dimensioni: una più propria di quell’epoca, di quel tempo tutto particolare, e per certi versi irripetibile, che ne fa un “evento” culturale. E un’altra meno, più generale e, per così dire, tipica di tutte le esperienze giuridiche; non uso il termine universale, perché troppo impegnativo. Lo si può rendere con l’aggettivo “strutturale”, non episodico, quasi connaturato all’esperienza giuridica.

Con la prima si evidenzia una “effervescenza culturale” che fanno dei giuristi grandi intellettuali. La prima operazione è quella di rimuovere steccati tra sé e gli altri saperi sociali, togliere l’isolamento autogiustificato con la tecnica della “purezza” quasi sacerdotale. Così il diritto diventa un grande osservatorio sociale attraverso cui valutare e giudicare sistema sociale e sistema economico politico. E questo, lungi dallo sminuire la cultura giuridica, spinge per una sua valorizzazione.

Tra oggetto e scienza si ridefiniscono confini e relazioni. Questo non avviene in astratto, ma misurandosi sulle questioni della vita pubblica, partendo da una constatazione radicale della divaricazione tra dover essere normativo (soprattutto costituzionale) e i fatti reali. L’interessante sta proprio nella “critica” tra un mondo raccontato, anche dalla scienza giuridica, e un mondo diverso nella sua essenza reale. Un’effervescenza culturale che ha a che fare con una coscienza critica (come per la psichiatria, la medicina, la magistratura, persino la polizia) che punta il suo sguardo su quella vita pubblica, ma che non trascura di scavare nelle coscienze individuali. Cambiano così i riferimenti e gli interlocutori con l’attenzione per i cambiamenti che mettono in discussione le incertezze della storia.

La seconda invece, molto più presente nelle vicende storiche del ceto dei giuristi era quella indicata allora come “frustrazione” per una scienza inane rispetto alla domanda pubblica di giustizia. Le parole di P. Barcellona sono una rappresentazione viva ed efficace di questo elemento di frustrazione. Scrive che “di fronte a un potere che si sposta (camaleonticamente) verso zone sempre meno accessibili al controllo giuridico” i giuristi cominciano a interrogarsi sul significato del proprio

ruolo. In particolare, vengono in discussione sia l'ideologia del ceto, sia la funzione di legittimazione del potere solitamente svolta o assegnata alla scienza giuridica". E in esse contano tanto l'ideologia, quanto soprattutto la legittimazione, con un legame forte insorto fra le due. Ne va dunque della identità culturale del giurista, dovuta al non sentirsi più a proprio agio negli abiti acconciati da una storia e da un destino in cui non ci si riconosce.

Nascono qui "passaggi obbligati" che costringono a scegliere, più che per un'ideologia (che pure viene indicata), per itinerari che mettono in gioco l'intero essere giurista.

Dalla frustrazione, dunque, è nato un visibile sentimento di "inquietudine" che lunge dal paralizzare, attiva coscienze, richiama saperi, manifesta credenze e ideologie. Definirei l'inquietudine di cui si parla come una "malattia salutare" che porta a scuotersi e a ripensare se stessi. Dicevo che è la dimensione meno datata di quella vicenda perché la vedo ripetersi continuamente nella storia dei giuristi. Bisognerebbe anzi studiare di più e più a fondo questa correlazione tra l'inquietudine e il giurista. Anche semplicemente interrogarsi da che parte stare, essendo la giustizia un gioco sempre tragico che ti impone di de-cidere, significa farsi sommergere dall'inquietudine. Si sa che non tutto può essere oggetto di temperamento né tutto può convivere pacificamente quando si incontra un "dissidio" inconciliabile (gli esempi sono tanti e tutti eloquenti).

E come si sa da C. Schmitt, che con le epoche tragiche ha convissuto, più i tempi "si fanno inquieti" più il giurista è obbligato a schierarsi abbandonando l'impossibile neutralità ("gli ameni parchi a tutela della natura"). Si potrebbe ripercorrere l'intera storia del diritto animata dall'inquietudine; la nascita del moderno è significativamente segnata dalle guerre civili di religione e Hobbes ne rappresenta il senso del tragico in maniera eloquente. Senza dimenticare il costituzionalismo e la grande codificazione moderni, legati all'assassinio fondatore del re, nella Rivoluzione francese.

Nell'inquietudine si riaffaccia il "tragico", che ti obbliga a scegliere (spesso senza poterlo fare!). Ne nasce spesso la consapevolezza dell'esistenza di una contraddizione.

È Hegel a rappresentarla meglio degli altri. In un noto frammento coevo alla *Costituzione della Germania* nel 1804 Hegel introduce il tema della "contraddizione sempre crescente, tra le determinatezze della vita e l'anelito verso la vita migliore". Non si tratta di una semplice divaricazione, ma di vera e propria *Widerspruch*, appunto contraddizione, con un margine crescente di inconciliabilità, tra anelito alla vita migliore e una vita "determinata", così come essa è consegnata dalla storia. Si noti come in tedesco storia e destino abbiano identica radice (*Geschick* e *Geschichte*).

Non si può superare quella contraddizione con una *fremde Gewalt* (una violenza esterna e estranea) che forzi il destino della storia. Sarebbe, si dice, *un nuovo dolore*. Il frammento, giustamente incompiuto, termina con un *Oder*, "oppure", con altre soluzioni oltre quelle esaminate. La sospensione compresa nell'oppure crea pensosità (*Nachdenklichkeit*) che, come insegna Blumenberg, arricchisce il pensiero; ne aumenta le possibilità.

Da questo l'inquietudine che nasce dalla contraddizione crescente tra determinatezza e anelito verso la vita migliore (*das bessere leben*). È un sentimento universale, frequente in tutte le epoche di passaggio e in tutte le effervescenze culturali. E non c'è dubbio che, in certa misura, fosse presente in tutti i movimenti emancipativi e, quindi, nell'esperienza di cui parliamo. Il diritto che ci si trovava di fronte partecipava delle determinatezze della vita (di quella vita) e contrastava con un vero e proprio anelito verso un diritto e un'esperienza giuridica, sociale, umana, migliore.

3. Ideologia e critica

Non è un caso che una delle parole chiave usate in tale esperienza sia, appunto, *contraddizione*, che dal lessico hegeliano era entrato a far parte del linguaggio marxista.

Riposa qui però uno dei problemi che nascevano in quel movimento. Se la contraddizione veniva svelata come meccanismo ideologico che "copriva" una realtà attraverso un racconto di sé, il nodo veniva a concentrarsi sulla "critica dell'ideologia". Il diritto eguale che veniva raccontato nascondeva una società di classi (Cotturri) e neutralità, universalità e equidistanza della legge erano soltanto "favole". L'insistenza sulla divaricazione tra legalità costituzionale e pratiche giuridiche quotidiane, tra dover essere e paese reale era costruita sullo schema della critica dell'ideologia che, dallo svelamento, richiedeva un passo decisivo in avanti.

Ma, non va dimenticato, era appunto "contraddizione". È bene peraltro ricordarlo oggi che di "critici dell'ideologia" ci sono rimasti soltanto i bambini, che valutano gli adulti per quello che sono e per quello che fanno, e non per quello che dicono di essere o dicono di fare.

Questo nodo rimane irrisolto come appare, del resto, anche all'interno della tradizione marxista. L'ideologia consiste in un racconto (una favola, appunto) che va svelata come una bugia; ci sono persino in quel dibattito fughe in avanti di giudici e giuristi, anche tedeschi, secondo cui il diritto e lo Stato borghesi non si possono cambiare. Ma vi è anche tutt'altra posizione che coincide con un'altra lettura della critica dell'ideologia presente anche nel dibattito della sinistra. Non ci si ferma, infatti, all'*Ideologia tedesca*, ma si scava in tanti altri passaggi della produzione marxiana, come le *Lettere* della tarda produzione e gli scritti di Engels che considera i "racconti" nascosti nell'ideologia non soltanto come bugia, falsità, ma come luogo, appunto, di una contraddizione. Sono anche da intendere come promessa mancata che obbliga, come un dover essere che vincola e impone realizzazione. Come, dice Engels, la diversa altezza degli uomini si può misurare soltanto quando essi sono sullo stesso piedistallo. L'uguaglianza, l'universalità, l'equidistanza spingono alla loro attuazione. Vanno presi sul serio e non liquidati come favole che raccontano di un mondo irrealizzabile.

Anche qui il modo di scavare nelle contraddizioni muta completamente di segno producendo atteggiamenti culturali diversi. Aveva avuto ragione Ascarelli che aveva interpretato gli opposti modelli di giustizia, che poi in quel dibattito si sarebbero ripresentati, in due figure femminili della drammaturgia occidentale. Queste,

in un saggio mirabile che reca lo stesso nome, erano Antigone e Porzia. Figure contrapposte che guardano al diritto in maniera alternativa. Antigone oppone al diritto scritto di Creonte le leggi non scritte, alle ragioni della *polis* (col suo diritto, con le sue leggi) quelle dell'*oikos*, degli affetti. Al diritto, sempre provvisorio, del legislatore, i *nomoi* validi da sempre.

Porzia, al contrario, aggira la legge, piegandola e trasformandola con giochi linguistici di interpretazione. Si maschera da avvocato patavino e, quando in udienza viene contestata la responsabilità del suo assistito, contesta la decisione; non si può infatti applicare la pena prevista del taglio di una libbra di carne, perché la dispersione di gocce di sangue non era prevista nel contratto.

Atteggiamenti contrastanti che oppongono un'altra giustizia a un altro modo di fare giustizia, in cui la legge si applica a se stessa (nelle pieghe della legge...).

Interessante seguire il dibattito che è sorto in seguito all'uso alternativo che suggerisce sempre soluzioni significative come nel caso del riequilibrio del rapporto tra legislazione e giurisdizione, il riequilibrio delle ingiustizie del mercato, una ridefinizione del rapporto tra pubblico e privato. Comincia di là la consapevolezza che non si ha a che fare soltanto con codici per "una società che produce e vende merci" (Labriola, *Del materialismo storico*, 1899); di lì a poco si sarebbe parlato del diritto costituzionale delle persone (*Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974).

4. Il silenzio dei penalisti

Non c'è dubbio, però, che il dibattito fosse incentrato sul diritto dell'economia. In maniera esplicita lo ripete R. Wiethölter che parla della necessità della demistificazione "come premessa per una analisi critica e per una prassi emancipatoria". Tutto sta nell'intendersi cosa è, e come si esplicita il diritto dell'economia, che si irradia dal diritto privato al diritto amministrativo, al diritto penale, con meccanismi diversi e anche con intensità diverse, a volte dimenticando che la tesi dottorale di Marx era dedicata al dibattito sulla legge contro i "furti di legname" che muoveva dalla disparità di disponibilità delle risorse essenziali tra classi sociali diverse.

A proposito di questo bisogna rilevare una sostanziale assenza, nel dibattito culturale di quegli anni, della scienza penalistica. Vassalli aveva parlato, non a caso, di un assordante "silenzio dei penalisti" a fronte dei mutamenti profondi apportati dalla Costituzione. Bisognerà aspettare l'esperienza della *Questione criminale* (Baratta e Bricola), di qualche anno posteriore, perché si mettesse a fuoco una serrata "critica del diritto penale", su cui non si è riflettuto abbastanza e su cui, non ultimo incise il clima del terrorismo; ma ci vorrebbero analisi molto più approfondite.

Silenzio colmato in parte soltanto dall'esperienza della magistratura con un frequente ricorso a una giurisprudenza che metteva in luce la profonda divaricazione tra Codice e Costituzione. D. Pulitanò, quasi scusandosi per la "divagazione penalistica in questo convegno di privatisti", citava una giurisprudenza significativa sui reati di opinione dove più stridente era il contrasto tra un'idea di ordine pubblico,

come ordine di regime, e una dimensione di sfera pubblica costruita dalla Costituzione. Ma andrebbero ricordate tante altre vicende giurisprudenziali come quella relativa alla occupazione dell'Università in cui si negava il reato di occupazione di suolo pubblico, in base alla motivazione che l'università è degli studenti. Ancora, parlando di furto in un grande magazzino, invece di reato, si ipotizzava un inadempimento contrattuale, dal momento che la merce era apertamente offerta al pubblico. Fece storia la decisione sull'incostituzionalità dell'adulterio vistosamente in contrasto con il principio di uguaglianza tra i sessi. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Ma va sottolineato, proprio grazie alle parole di Pulitanò, che “l'uso alternativo del diritto [...] è per noi un problema politico prima che teorico, e la discussione metodologica non deve far perdere di vista il fine politico”. Risulta significativo il divario tra un orientamento alla prassi, all'esperienza concreta, e un orientamento teorico e metodologico. Divario comprensibile per chi è investito dall'urgenza della prassi, dalla profonda divaricazione tra modelli costituzionali e codicistici, addirittura tra modelli e realtà che ci si trova di fronte. E qui ritorna in controluce la dimensione di inquietudine di cui parlavamo prima, sia pure con motivazioni ed esiti diversi, tra gli attori di quella importante vicenda culturale.

Il meccanismo positivo che veniva innestato aveva a che fare, più che con le soluzioni proposte, con l'arricchimento e la ridefinizione dei temi che sono destinati a sconvolgere anche la tradizionale divisione dei saperi e delle competenze scientifiche all'interno e fuori del sistema giuridico. Nasce il movimento del *law and...*, che stabilisce nuovi legami e collegamenti tra i saperi. Penso che questo sia stata la principale acquisizione e il principale merito di quel movimento. Possiamo definirlo un cambiamento semantico con notevoli conseguenze per lo sviluppo del lavoro scientifico intorno al diritto.

5. Uso e tecnica

Rimanevano naturalmente molti problemi irrisolti; e sono tanti. Tra essi quello principale credo che sia legato al tema dell'*uso* del diritto. Prima che venga indicato come alternativo, è proprio l'uso del diritto che mostra crepe e criticità ovunque.

L'uso presuppone un potere che lo manipoli, o per cui si manipoli. Ma se è potere socialmente rilevante (economicamente, politicamente ecc.) si lascia spazio al meccanismo della forza, che è difficile da tenere in equilibrio. Così si apre la strada alla potenza di volta in volta dominante. Rimane nell'ombra il meccanismo per cui i diritti sono contro i poteri o non sono; se ne vanifica il contenuto e finisce con la conclusione che nel diritto c'è che non c'è niente. A meno che non si miri sempre e soltanto a questo, che cioè i diritti sono contro i poteri o non sono. Ma questo sempre e contro tutti.

Emerge qui un altro motivo di perplessità, se non di vero dubbio. Se il diritto deve esemplificarsi con un uso, esso si riduce a pura “tecnica” con tutti i rischi connessi alla sua essenza. Il poter fare tutto quello che si può fare comporta la soluzione più breve tra la definizione del problema e la sua soluzione.

La tecnica, il mito di Prometeo insegna, è *pharmakon* che vive insieme dello stesso veleno e del suo antidoto. Quello che prescrive è anche quello che interdice e quello che interdice è anche quello che prescrive. Nella tecnica, e in quel diritto, vive la complicità dei contrari (bene/male, cura/malattia, giusto/ingiusto ecc.) e i giochi tendono tragicamente a riaprirsi.

Salvatore Spagano*

L'uso alternativo dell'economia – l'ingiustizia del teorema di Coase

1. Premessa

Un tempo lo studio e l'insegnamento delle meccaniche economiche venivano designati come "Political Economy", Economia Politica. Oggi, con una trasformazione semantica gravida di conseguenze teoriche e pratiche, adottiamo un nuovo termine: "Economics". Mentre nel primo caso la traduzione italiana è scontata ed univoca, "Economia Politica", nel secondo si coglie un di più di ambiguità. Il termine è sbrigativamente traducibile con "Economia", e già questa rinuncia all'aggettivo evoca un che di perentorio; di più, però, quel termine mima lo spostamento di questo campo di studi all'interno dei confini delle scienze esatte, o almeno molto prossimo ad essi, alla caccia di quel modello di scienza per eccellenza che è la fisica, "Physics" nel linguaggio anglosassone.

La scienza è, nel comune sentire, sinonimo di esattezza, di progresso, di prevedibilità del futuro, almeno di una parte di esso. Lo slittamento verbale muove così a tributare la stessa reputazione agli studi economici. Va da sé che le caratteristiche proprie del fenomeno economico non si prestino ad una teoria puramente scientifica: l'impossibilità di esperimenti controllati, la partecipazione dell'osservatore al fenomeno osservato, la difficoltà di stabilire quale sia l'ambiente del fenomeno, tutto in questa disciplina contribuisce a negarlo¹. Ma tant'è, la mancanza di una possibile oggettività epistemica non ha frenato le ambizioni da scienziato dell'economista. Di seguito si cercherà di fornire un esempio paradigmatico dei limiti scientifici delle teorie economiche.

2. Il teorema di Coase

Il teorema elaborato da Ronald Coase² nel 1960 assicura che, a certe condizioni, il mercato da solo è in grado di apparecchiare la massima felicità possibile a tutti

* spagano@unict.it, Docente di Economia delle Istituzioni presso l'università degli studi di Catania.

1 Si veda in proposito J.R. Searle, "What is an Institution?", in *Journal of institutional economics*, 1.1, 1-22, 2005.

2 R.H., Coase, "The problem of social cost", in *The journal of Law and Economics*, 56.4, pp. 837-877, 2013.

gli uomini coinvolti nelle vicende economiche. Un'importante conseguenza del teorema è che, quale che sia la distribuzione iniziale, e chiunque (il fato, il lavoro o lo Stato) l'abbia determinata, la massimizzazione della felicità è assicurata dal libero scambio³. Lo Stato può intervenire, se crede, a cambiare quella distribuzione originaria, a patto di non intervenire più in seguito.

È ovvio corollario il fatto che l'eventuale successivo intervento dello Stato divenga al più inutile, se non perfino dannoso. Si badi, non parliamo qui strettamente soltanto dello Stato come noi lo conosciamo e intendiamo, ma di una qualunque dimensione pubblica: nessuno può amministrare gli affari di chicchessia, questa è la tesi in controluce, meglio dell'individuo che vanti interessi e diritti in quegli affari⁴. Il lettore intuisce da sé il cascame di conseguenze: un modello, ed uno soltanto, ha convenienza di (ha addirittura legittimità a) essere adottato: un sistema di libero mercato, che trova nel capitalismo il suo alveo naturale. Di più: un mercato capitalistico che può produrre i suoi migliori benefici solo ove non sia intralciato da qualsivoglia intervento di una società comunque organizzata.

Vale la pena, a questo punto, por mente tanto al meccanismo di misurazione della felicità quanto alle condizioni in presenza delle quali solamente può prodursi il risultato teorizzato da Coase. Quanto al calcolo della felicità, il riferimento standard della comunità degli economisti è il cosiddetto "Miglioramento paretiano"⁵. Si tratta di un principio così sintetizzabile: il benessere di un gruppo di individui in una data situazione X è preferibile a quello da essi goduto in una situazione Y, quando, in X, non si abbia riduzione del benessere di alcuno rispetto a quanto accade in Y, e vi si abbia anche l'incremento del benessere di almeno un individuo. Si tratta di una formulazione assolutamente condivisibile, poiché assicura che nessuno peggiori la propria situazione e qualcuno, anche soltanto uno, invece la migliori. Tuttavia, il criterio nulla dice delle oggettive condizioni di partenza degli individui coinvolti o, ancor meno, dell'equità delle distribuzioni di benessere (ossia di valore dei beni, giacché solo questo è misurabile), iniziale e finale. Così per paradosso una situazione paretianamente felice può essere tanto quella di una comunità in cui cresca la ricchezza individuale di ciascuno, magari con delle differenze anche marcate, ma pur sempre secondo un andamento armonioso e un innalzamento diffuso del benessere, quanto quella in cui i miseri rimangono tali a lungo, mentre un solo uomo si arricchisce a dismisura. Quanto ogni intervento perequativo è escluso dall'orizzonte, insieme all'intervento della mano pubblica, non resta altro che l'abilità individuale e la ricchezza iniziale a decretare la traiettoria del benessere del singolo.

3 A fronte di una distribuzione iniziale perfettamente egualitaria, resisterebbe almeno la difficoltà data dalla successione ereditaria: qualunque relativa tassazione, comunque congegnata, violerebbe la condizione di miglioramento paretiano.

4 Si ritroverà in (F. A., Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, London, 1982) la più alta e rigorosa teorizzazione di tal forma di individualismo.

5 Affermato per la prima volta da Vilfredo Pareto nel suo *Cours d'économie politique* tenuto a Losanna nel 1896 confluito nel volume V. Pareto, *Cours d'économie politique*, Vol. 1. Librairie Droz, Geneve, 1964.

Essendo tuttavia impossibile misurare, soprattutto *a priori*, l'abilità dei singoli, non rimane che appiattire quella dimensione sull'altra rimanente: la ricchezza iniziale, che è invece dimensione misurabile. Ovviamente tale appiattimento è già di per sé una forte restrizione della valenza del criterio: poiché singoli individui posseggono abilità in misure assai diverse, i meno attrezzati non potranno contare che sulla ricchezza iniziale. Quando – Dio non voglia – alle scarse abilità si aggiungesse una scarsa dotazione iniziale di beni materiali, ecco che la predicata felicità di mercato tace, nulla prevedendo o raccomandando al riguardo⁶.

Quanto alle assunzioni da premettere all'efficacia del teorema di Coase, basterà in questa sede richiamarne essenzialmente tre: l'assenza di costi di transazione, una chiara definizione dei diritti soggettivi e una loro sicura realizzazione.

Il contributo più originale del teorema è certamente il focus rivolto ai costi di transazione. Si tratta, sinteticamente parlando, di qualunque costo sia da sopportare, da ciascuna delle parti, per procedere allo scambio economico. Vi rientrano ad esempio e innanzitutto i costi di informazione: se desidero acquistare un bene di un certo genere, per prima cosa cercherò di acquisire informazioni sulle diverse caratteristiche che vi si possono rintracciare, poi vorrò acquisire informazioni sul prezzo, sui rivenditori, sulle loro diverse offerte, sulla loro collocazione geografica. Poi potrebbe cominciare, a seconda del tipo di bene, una negoziazione, tanto sulle caratteristiche quanto sul prezzo. Ancora, potrei dover sopportare dei costi di viaggio, di trasporto, e così via. Qualunque costo io debba sopportare in aggiunta al prezzo per procurarmi quel bene, quello sarà dunque un costo di transazione, computato anche sulla base del tempo impiegato, che costa tanto quanto avrebbe reso l'attività cui mi sarei dedicato in alternativa. Ora, i costi di transazione in economia possono ben essere paragonati all'attrito della scienza fisica: qualcosa che incide, rallentandolo, sul movimento dei beni e dei servizi, proprio come l'attrito incide, rallentandolo, sul movimento dei corpi. Si ha un bel dire che in assenza di attrito e di gravità si prevede un moto rettilineo uniforme. Ciò funziona, senz'altro. Ma nello spazio siderale, non nel piccolo pianeta che abitiamo. Nessun fisico consiglierebbe di ispirare le attività circolatorie umane al moto rettilineo uniforme, semplicemente perché le necessarie condizioni non si danno sulla Terra. Allo stesso modo, uno scambio privo di costi di transazione potrà transitare per l'iperuranio teorico ma difficilmente comparire sulla Terra. Si ponga semplicemente mente alla necessità preliminare ad ogni scambio: intendersi su un codice comune. Non v'è dubbio che il parlare, lo scrivere, o in altro modo comunicare, anche dentro un codice comune, richieda tempo, e può anche richiedere lo sforzo di comunicare in quel certo modo che riteniamo più adatto al preservare e perseguire i nostri interessi. Tempo e sforzo sono costi di transazione, ed è dunque assai improbabile riuscire ad immaginare uno scambio tanto privo di attrito sociale da scorrere liscio ed istantaneo. Basterebbe ciò per intendere il teorema di Coase quale brillante semplificazione di un problema complesso, utilissimo a rammentarci di come spes-

6 Rifletterei sul punto con sottomano il comma secondo dell'articolo 3 della Costituzione della Repubblica.

so il mercato riesca, aggiustandosi da sé, a produrre enormi benefici, ma certamente non come premessa socio-culturale cui ispirare la politica economica dell'intero capitalismo di mercato. Quanto alla fissazione di precisi diritti soggettivi ad individui determinati, anche a concedere che questa avvenga senza costo alcuno, non sarà mai senza costo la loro sicura realizzazione. Ne è quotidiana prova l'affanno dei tribunali di tutto il mondo.

3. Appunti per una riflessione

Il teorema di Coase si è dimostrato assai utile, negli anni, quanto ad un suo profilo qui non trattato: quello della capacità del mercato, a certe condizioni, di rimediare alle cosiddette esternalità, ossia a quegli effetti benefici, o alternativamente di nocimento, che siano la conseguenza dell'attività di produzione o scambio di beni o servizi. A tale profilo è stata ispirata la stesura del meccanismo che presiede al Regolamento di Tokio, con successi indubbi, sebbene condizionati dai limiti della capacità strutturale della comunità internazionale di farne rispettare i precetti. Quel che invece si può lamentare dell'uso che del teorema è stato fatto è l'averlo sovente considerato alla stregua di una dimostrazione scientifica dalla quale inevitabilmente discenda la certezza di benessere e ricchezza per tutti, sol che lo Stato si ritragga dal fenomeno economico. Se ne è dunque fatto un uso "politico", valoriale, posto a premessa della ricerca e non a valle di questa. Dicendo "se, allora", si dice molto poco sull'ampiezza concreta della regolarità che si pretende avere portato alla luce, poiché tutto dipenderà dalla reale possibilità di esistenza delle condizioni premesse, e dalla frequenza con cui queste si danno nella realtà. Potrebbe essere interessante notare in proposito che la saggezza giuridica considera nulle, non apposte, e perfino capaci di travolgere un intero contratto, le condizioni che nella realtà siano impossibili.

Dall'enormità delle premesse contenute nel teorema, e chiaramente esplicitate dall'autore, discendono tutti i limiti della precettività delle politiche che se ne vuole far derivare. Dire "in assenza di costi di transazione" equivale a dire "in un mondo diverso da quello in cui viviamo, produciamo e scambiamo". Egualmente può dirsi di "una sicura realizzazione dei diritti soggettivi": letteralmente un mondo diverso dal nostro.

Questa, a dire il vero, è sorte che non è toccata soltanto a Coase. Abbiamo visto quanto il criterio di Pareto risulti sfavorevole a coloro, e possono esser tanti, che non peggiorano la propria posizione ma neanche la migliorano. E ciò semplicemente perché si è imposta l'assunzione che quello sia il miglior criterio per valutare il benessere di una comunità intera. Non è l'unico criterio possibile, ma è quello che è stato scelto per attribuire "sufficiente scientificità" alle teorie economiche⁷.

7 Hicks e Kaldor propongono ad esempio un criterio diverso e non meno sensato. J. Hicks, "The Foundations of Welfare Economics", in *Economic Journal*, 49, pp. 696-712, 1939. N. Kaldor, "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", in *Economic Journal*, 49, 549-552, 1939.

Così, ancora, quando si dice che il mercato è il miglior allocatore di beni si dice una cosa vera, pur senza rivelare che quel risultato dipende strettamente dall'ipotesi, come vedremo subito ambigua già nel nome, della c.d. "disponibilità a pagare". Vero è infatti che esiste un solo prezzo per ciascun bene in grado di rendere uguale quantità offerta e domandata, e quel prezzo si raggiunge con certezza solo ove esista una libera contrattazione. Vero è anche che tutti gli individui "disposti" a pagare quel prezzo acquisteranno quel bene, che non sarà invece acquistato soltanto da chi non sia "disposto" a pagarlo. Si sottace però che il termine "disponibilità" indica capienza oltre che intenzione, così che nulla può escludere che taluno sia intenzionato sì a pagare quella somma, ma non abbia denaro a sufficienza. È il denaro che conta veramente, non un'ambigua "disponibilità" dell'individuo.

Ora, tanto il teorema di Coase, che i principi di Pareto o l'equilibrio di mercato contribuiscono in modo eccezionale alla comprensione delle cose economiche. È pur vero, tuttavia, che essi sono pieni di assunzioni al punto che ove se ne sfilasse una il resto del ragionamento rischierebbe di crollare come accade ai castelli di carte. La presenza di assunzioni è ovviamente necessaria, forse indispensabile, comunque utile; soltanto, si dovrebbe avere la franchezza di dichiarare che quelle assunzioni tali sono, e non realtà empiricamente non falsificate, e soprattutto, per conseguenza, ammettere che i suggerimenti di politica economica che ne derivano sono tutt'altro che univoche certezze scientifiche. Occorre in altri termini rammentarsi e rammentare sempre, senza che ne derivi turbamento o ridimensionamento della serietà del ricercatore, che, ove una cosa sia vera sotto certe condizioni, e quelle condizioni siano in grado di incidere sui suggerimenti politici, politiche divengono le assunzioni e politiche le conseguenze. Scegliere una condizione anziché un'altra è atto politico per eccellenza, essendo la politica l'arte di far scelte. Così, se si assume un *homo oeconomicus* mai sazio, perfettamente razionale e invariabilmente autointeressato, e se ne traggono certe conseguenze, di politica fiscale ad esempio, si stanno predeterminando gli esiti della teoria per mezzo delle sue assunzioni, finendo con il beneficiare individui con certe caratteristiche piuttosto che con altre. Il che, ovviamente, è ciò che un Governo può e deve fare, purché non si pretenda di erigerne le scelte sulle fondamenta del solido pilastro della verità scientifica.

Bibliografia

- Searle, J.R., "What is an Institution?", in *Journal of institutional economics*, 1.1, 1-22, 2005.
Coase, R.H., "The problem of social cost", in *The journal of Law and Economics*, 56.4, 2013.
Hayek, F.A., *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, 1982.
Pareto, V., *Cours d'économie politique*, Vol. 1. Librairie Droz, 1964.
Hicks, J., "The Foundations of Welfare Economics", in *Economic Journal*, 49, 1939.
Kaldor, N., "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", in *Economic Journal*, 49, 1939.

Giuseppe Zaccaria*

*Indipendenza della magistratura, equilibrio e reciprocità
tra i poteri*

1. Alle radici della teoria moderna delle ripartizioni statuali

La garanzia dell'indipendenza della magistratura dalle interferenze del potere politico, che affonda le sue radici nella parte più vitale della nostra cultura istituzionale e giuridica, rappresenta uno degli architravi su cui si basano il liberalismo politico e lo Stato di diritto. Essa si pone al centro di uno dei principi costitutivi dello Stato liberale di diritto: la separazione dei poteri. Sullo sfondo della moderna teoria della ripartizione delle funzioni statuali si staglia anche però uno dei principi cardine di ogni architettura costituzionale moderna e contemporanea, quello dell'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge, con il quale i principi di indipendenza e autonomia della magistratura sono indissolubilmente intrecciati. Parlare del tema dell'indipendenza del giudice non significa soltanto approfondire i rapporti tra magistrati e potere politico, implica anche, più a monte, di definire o ridefinire le nozioni di giustizia, giurisdizione, legge e interpretazione del diritto. Non per nulla spunti per una definizione del concetto di divisione dei poteri dello Stato si trovano già in Platone, Aristotele, Erodoto, Polibio, Cicerone, Tommaso d'Aquino e in molti scrittori medioevali. Cercherò in questo mio intervento di affrontare il tema generale di questa giornata: giustizia civile; primato della legge o supremazia della giurisdizione da un punto di vista particolare; rapporto tra i poteri, loro separazione¹ e reciproca indipendenza. In tal modo si potrà forse adottare una visione sistemica e non periferica del diritto, riferita cioè esclusivamente a questo o a quel potere specifico.

2. Indipendenza e separazione dei poteri in Locke e Montesquieu

Come è ben noto, il percorso del potere giudiziario, dall'ancien régime ad oggi, è molto lungo e talora accidentato. Ma forse non è inutile, per fissare alcuni ele-

* giuseppe.zaccaria@unipd.it, Emerito presso l'Università di Padova e Accademico dei Lincei.

1 F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Torino, 1966, pp. 472 ss.; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, voll. 1 e 2, Giuffrè, Milano, 1979 e 1984; M. Troper, *Actualité de la separation des pouvoirs*, in Id., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, Paris, 1994, pp. 223 ss. R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 169-192; Id., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 345-353; S. Cassese (a cura di), "La separazione dei poteri", fasc. 1/2023 di *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023.

menti fondamentali di questa complessa problematica, risalire alle origini teoriche moderne di questo percorso. Dopo l'affermazione di Marsilio da Padova, che nel capitolo X del *Defensor Pacis* distingue la funzione di creare la legge e quella di eseguirla, ricollegandole entrambe alla sovranità del popolo, il tema della separazione dei poteri, che sta alla base della costituzione del giudiziario come potere, è stato teorizzato originariamente tanto da Montesquieu² quanto da Locke³ quale forma di limitazione del potere autocratico dell'esecutivo e di garanzia di equilibrio politico tra le varie componenti sociali, e quindi, in definitiva, di libertà.

Al centro sta un'innata diffidenza verso il potere politico, la cui concentrazione si ritiene rappresenti un pericolo non solo per il funzionamento della macchina statale, ma anche e forse soprattutto per il bagaglio di diritti dei cittadini. Chi detiene il potere è indotto ad abusarne. L'accumulo di un eccesso di potere da parte di un soggetto politico è visto come una negatività da espellere⁴. Il potere del sovrano deve dunque essere diviso perché nella logica liberale solo in questo modo la minaccia del Leviatano può essere neutralizzata e i diritti, la cui garanzia è l'unica ragion d'essere del contratto sociale, preservati dallo strapotere del potere politico in quanto *legibus solutus*. Va anche ricordato, però, che proprio nell'ambito della tradizione di *common law*, che è alla base del costituzionalismo moderno, era ben chiara la distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, che ritroviamo sin dai tempi di Bracton (XIII secolo), cioè tra la sfera del potere governativo vero e proprio e la sfera del potere giudiziario.

Ma è in Montesquieu, in quel famoso capitolo 6 del libro XI dell'*Esprit des lois*, che quest'idea di tripartizione dei poteri trova la sua classica formulazione moderna, che separa la funzione giudiziaria da quella legislativa, ma con un potere invisibile e nullo, un'idea che poi la cultura giuridica ufficiale dell'Ottocento ha definitivamente associato a quelle di modernità, di libertà e di giuridicità costituzionale.

Mentre infatti John Locke teorizzava una divisione dei poteri tra il parlamento e il sovrano, assegnando al primo il potere legislativo, cioè la facoltà di creare le leggi, e al secondo il potere esecutivo e quello federativo, ossia il compito di mettere in pratica e far rispettare le leggi (potere esecutivo), nonché la competenza in politica estera e nella difesa dello Stato (potere federativo), cosicché alla funzione giurisdizionale presiede l'esecutivo tramite giudici da esso scelti, è appunto Montesquieu a delineare in modo chiaro e netto il principio di tripartizione dei

2 C.L. de Secondat barone de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi (libri I-XIX)* [1748], D. Felice (a cura di), Bompiani, Milano, 2013, l. XI, c.6, pp. 4-5, 7. Sul pensiero di Montesquieu, nella vastissima bibliografia: S. Goyard Fabre, *Montesquieu: la nature, les lois, la liberté*, Puf, Paris, 1993; S. Cotta, *Montesquieu*, Laterza, Roma-Bari, 1995; B. Binoche, *Introduction a "de l'Esprit des lois" de Montesquieu*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1998; D. Felice (a cura di), *Leggere l'Esprit des lois" de Montesquieu. Stato società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Mimesis, Milano, 1998; S. Krause, "The Spirit of Separate Powers in Montesquieu", in *The Review of Politics*, 2000, vol.62, n. 2, pp. 231-265.

3 Cfr. P. Pasquino, A. Krutonogaya, *John Locke on Judicial Power*, in B. Fontana, S. Baume (a cura di), *Les usages de la separation des pouvoirs*, Michel Houdiard, Paris, 2008, pp. 69-82.

4 M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 218 ss.

poteri, cui noi ricollegiamo il conseguente principio di indipendenza della magistratura. Il punto fondamentale da fissare è dunque il fatto che il principio di separazione dei poteri e l'idea di indipendenza dei giudici avevano per presupposto il fatto che questi ultimi fossero meri applicatori della legge prodotta da altro potere, sancendo in tal modo il predominio della funzione legislativa sulle altre funzioni dello Stato.

Una costituzione che voglia garantire la libertà e la tranquillità dei singoli deve dunque prevedere che i poteri siano sempre e solo tre e che siano affidati ad organi diversi, in posizioni di reciproca indipendenza tra loro. Se quindi, come egli scrive, è vero che “il potere corrompe, il potere assoluto corrompe assolutamente”. Quindi “perché non si possa abusare del potere bisogna che il potere arresti il potere” (cap.V). Affinché non si incorra in abusi del potere politico risulta necessario che il potere assoluto sia diviso in più poteri parziali, ciascuno dei quali deve, appunto, controbilanciare l'altro, cioè controllarlo.

“In ogni Stato vi sono tre generi di poteri” – aggiunge Montesquieu –: “il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile. In forza di questo potere il principe punisce i delitti o giudica le controversie dei privati”. E continua: “chiameremo quest'ultimo il potere giudiziario, che è il potere di rendere il giudizio sulla base di una formulazione direttiva precostituita. Esso cioè entra in azione soltanto dopo che sono già stati individuati i poteri di legiferare e di governare, in modo tale che esso non produca diritto veramente nuovo”. Il potere legislativo è esercitato da due camere, una elettiva e l'altra ereditaria, l'esecutivo è attribuito al monarca, il potere giurisdizionale a giudici non professionali, estratti dall'intero corpo sociale.

Dobbiamo qui sottolineare un aspetto fondamentale. La dottrina di Montesquieu, solitamente designata come la dottrina della separazione dei poteri consta in realtà di due dottrine diverse. Una, di natura descrittiva, si presenta come una classificazione di poteri concettualmente individuabili in ogni possibile costituzione. La seconda dottrina è invece di natura prescrittiva, verte cioè su valori e ci dice come devono essere collocati e distribuiti i poteri: e in quest'ultimo caso essa si realizza soprattutto tramite l'individuazione della funzione prevalente, la legislativa. Quest'osservazione è veramente fondamentale se si tiene presente che oggi la dottrina della separazione dei poteri non appare più come una teoria efficacemente descrittiva della realtà giuridica e delle differenti funzioni dello Stato, che registrano una distribuzione molto meno rigida (in particolare l'esecutivo tramite lo strumento del decreto legge realizza ampiamente la funzione legislativa), mentre rimane ancora pienamente valido l'ideale regolativo di limitare l'assolutezza del potere e di evitarne un'indebita concentrazione.

Non deve quindi stupire che, se la separazione dei poteri rappresenta sostanzialmente la stella polare del costituzionalismo moderno, eretta a vero e proprio dogma dal costituzionalismo liberale ottocentesco, quest'aspetto appaia già in modo incontrovertibile proprio nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789, dove viene emblematicamente detto che “ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri non

è determinata non ha una costituzione”. E come in termini analoghi si esprimano la costituzione federale degli Stati Uniti d’America del 1787 e tutte le maggiori teorie costituzionalistiche del Settecento⁵ e dell’Ottocento, nelle quali il principio di Montesquieu viene ulteriormente irrigidito. Separazione dei poteri e, con essa, indipendenza del potere giudiziario rappresentano dunque l’essenza stessa delle costituzioni moderne.

3. Separazione, equilibrio e reciprocità dei poteri

Come si è detto, nella logica propria delle costituzioni liberal-democratiche moderne, il principio della separazione dei poteri risponde appunto al principio secondo cui “*le pouvoir contrôle le pouvoir*”.

Nella concezione anglosassone del potere il tema della dialettica potere/controllo viene sviluppato in modo più completo e persuasivo. Nella cultura politica anglosassone la separazione dei poteri come limitazione del potere autocratico dell’esecutivo si accompagna a tutta una serie di “checks and balances”, cioè ad un sistema di controlli incrociati tra i tre poteri fondamentali del sistema politico, in modo da limitare la possibilità che uno o più di essi possano andare contro la legge o, oggi, potremmo dire, contro la Costituzione.

L’idea di indipendenza risulta così strettamente connessa a quella, altrettanto cruciale, di equilibrio tra i poteri, che era già presente nella teoria antica dei governi misti, e sulla quale si basa lo stesso funzionamento dello Stato democratico e a quella, più sottile, di reciprocità, a cui tutti i poteri sono chiamati, evitando reciproche invasioni di campo.

Il tema appare qui particolarmente complesso. Sia perché il diritto è oggi sempre più distante dall’immagine che il giuspositivismo aveva diffuso, con la figura di un legislatore assoluto detentore del monopolio delle fonti e di una giurisprudenza invece in funzione ancillare, votata cioè alla mera applicazione delle leggi (non è inutile ricordare che secondo Kelsen la sola distinzione rigorosa è quella tra posizione di norme, *legis latio*, e esecuzione di norme, *legis executio*⁶). Sia perché storicamente le occasioni di reciproci sconfinamenti di campo e di interferenze tra i poteri nell’esercizio delle diverse funzioni statuali sono tutt’altro che sporadiche.

Se si considera che la principale manifestazione dell’indipendenza del giudice si manifesta nell’interpretazione della legge e dei fatti e se si tiene anche presente che il passaggio dall’idea del giudice “bocca della legge” all’idea del “giudice interprete” è stato propiziato e teoricamente rafforzato dalla prospettiva ermeneutica del diritto, oggi sempre più diffusa ed in qualche modo fatta propria dalla maggior

5 Sul tema, cfr. P. Pasquino, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *La separazione dei poteri*, op. cit., pp. 3 ss.

6 H. Kelsen, “Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, in *Kantfestchrift des Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. XVII, 3, 1924, pp. 374 ss.

parte della teoria del diritto contemporanea, vanno richiamati sinteticamente alcuni punti fermi di tale prospettiva:

1) L'attività giurisdizionale implica sempre un lavoro di interpretazione delle norme giuridiche che, una volta poste dal legislatore, costituiscono un semilavorato che il giudice concorre pienamente a ridefinire, perfezionandolo. Il confine semantico del testo non è infatti qualcosa di già completamente dato dal suo autore, ma il risultato dell'attività ermeneutica; cosicché la fonte giurisprudenziale collabora con il legislatore nel definire il contenuto semantico delle norme.

2) L'interpretazione, in quanto mai riducibile *sic et simpliciter* al metodo dell'interpretazione letterale, è sempre perciò progettazione del senso di un enunciato normativo in vista di una soluzione giusta e ragionevole⁷.

3) Oltre al momento strettamente interpretativo assume un rilievo sempre maggiore l'attività argomentativa del giudice, perché l'interprete deve fornire una giustificazione logicamente corretta ed al contempo convincente della sua decisione⁸. In questo quadro di cooperazione tra legislativo e giudiziario, rimane comunque, in funzione strettamente garantista, anche se talora in termini più formali che sostanziali, il divieto di interpretazione analogica delle norme penali.

4) Esiste, infine, un processo di ravvicinamento tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* nel loro sistematico ricorso alla funzione creatrice della giurisdizione, un processo che vede al centro il principio del precedente. In una parola la fluidità del processo contemporaneo di giuridificazione, che ha in sé zone grigie molto ampie, non sempre permette di definire con assoluta precisione i fatti cui dall'ordinamento è riconosciuta l'attitudine a produrre norme giuridiche, e conseguentemente non è risolubile in termini univoci il problema di superare il conflitto che si presenti tra le diverse fonti⁹.

Ciò premesso, è innegabile che l'esplosione recente del diritto giurisprudenziale (non vi sono più aree immuni dalla giurisdizione, così come sono anche cresciute le aree regolate dalla legislazione)¹⁰ abbia assegnato al diritto giudiziario un ruolo chiave nel paesaggio giuridico contemporaneo.

Ora qualche sommario cenno relativo alla storia della regolazione dei rapporti tra poteri in Italia¹¹. Lo Statuto albertino riconosceva alla magistratura solo limitate garanzie di autonomia, che poi, in sede di attuazione, venivano a restringersi ulteriormente.

In seguito, l'impostazione del regio decreto 30.1.1941, ispirato ai due principi strettamente collegati, gerarchico all'interno della magistratura e di attribuzione

7 G. Zaccaria, *L'interpretazione della legge*, in Id., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 147 ss.

8 Ivi, pp. 253 ss.

9 N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 21.

10 Su cui, tra i tanti, A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998; B. Rüthers, *La rivoluzione segreta (dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici)*, Mucchi, Modena, 2018; S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Laterza, Bari-Roma, 2022.

11 Sul punto, cfr. A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, Milano, 1999.

all'esecutivo di ampi poteri di direzione e di controllo sulla magistratura, fu completamente modificata dal Titolo IV parte II della Costituzione del 1948, al fine di assicurare ai singoli magistrati e alla magistratura ordinaria nel suo complesso la piena indipendenza da qualsiasi altro potere.

4. La garanzia del testo costituzionale

Nel Titolo IV della nostra Costituzione troviamo – come si è accennato – una disciplina organica della separazione dei poteri e al suo interno una serie di garanzie dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura¹². Innanzitutto, l'art. 101, secondo comma, Cost. dispone che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (oggi dovremmo aggiungere: solo in quanto coerente con la Costituzione¹³); con quest'enunciato la previsione costituzionale intende bilanciare l'indipendenza funzionale dal potere politico con l'obbligo di sottostare ai prodotti del potere legislativo. Quindi l'art. 107, quarto comma Cost. aggiunge che «il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dall'ordinamento giudiziario». Così mentre l'art. 104 Cost. recita «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», l'art. 108, secondo comma, Cost. affida al legislatore ordinario il compito di assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e del pubblico ministero presso di esse. È qui che al fondo della disciplina costituzionale dell'indipendenza della magistratura incontriamo il principio di eguaglianza di fronte alla legge, giacché alla previsione di garanzie di indipendenza della magistratura e dei magistrati ordinari e speciali corrispondono in capo ai cittadini delle chiare aspettative di giustizia.

In Italia, come in Francia, si è optato per l'istituzione di un Consiglio Superiore della Magistratura. Vero è che la Costituzione italiana attribuisce al Ministro di Grazia e Giustizia «l'organizzazione e il funzionamento dei servizi della giustizia» (art. 110 Cost.), ma tale competenza incontra chiari limiti proprio nell'autonomia e indipendenza del CSM rispetto all'esercizio delle proprie attribuzioni costituzionali¹⁴. Se consideriamo gli articoli 112 Cost. relativo all'obbligatorietà dell'azione penale in capo al pubblico ministero (art. 112 Cost.), e 109, per il quale «L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria», la Costituzione ci consegna un organico “pacchetto” di disposizioni intese a garantire efficacemente il principio di indipendenza della Magistratura¹⁵. La separazione dei poteri, nella

12 Per tutti, G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997.

13 L. Ferrajoli, “Il diritto come sistema di garanzie”, in *Ragion pratica*, I, 1993, pp.153 ss.; G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, cit., pp. 20 ss..

14 Sul punto cfr. A.A. Cervati, “Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura in una prospettiva di comparazione giuridica”, in *Rassegna Forense*, 3/2010, pp. 518-519.

15 F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, pp. 59 ss.; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico costituzionale*, Einaudi, Torino, 1990.

forma di governo parlamentare, intende assicurare la supremazia della volontà popolare ma insieme esprimere il pluralismo sociale¹⁶.

Se dal cielo dei principi costituzionali si scende sul terreno della concreta realtà politica e istituzionale, occorre affrontare il tema dei rapporti tra i diversi poteri e del loro equilibrio nell'ottica attuale che incorpora le trasformazioni avvenute nel concreto nel corso degli ultimi decenni.

Il problema dell'indipendenza della magistratura non si pone infatti solo sotto il profilo della tutela rispetto al rischio di invasioni di campo del potere decisionale politico nell'ambito delicatissimo dell'amministrazione della giustizia, cui si lega un'idea di imparzialità del tutto incompatibile con quella di parte propria di tutte le attività collegate alla funzione di rappresentanza e di governo. Esso si pone anche, sia rispetto all'organo di garanzia sia rispetto ai singoli magistrati titolari delle funzioni requirenti e giudicanti, per quanto riguarda eventuali sconfinamenti di campo della giurisdizione nella sfera propria degli altri poteri¹⁷. Oggi la questione dell'esercizio esorbitante della giurisdizione si presenta in termini sempre più acuti per le caratteristiche di caoticità, oscurità, eterogeneità e contraddittorietà della legislazione contemporanea¹⁸ e per il suo progressivo scadimento tecnico, che si uniscono alla sempre più frequente rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi* a favore dell'*ars interpretandi*¹⁹; inoltre per il coesistere di norme ordinarie con norme costituzionali, internazionali ed europee e per il passaggio da una logica delle fonti²⁰ ad una logica dei principi²¹. Tutto ciò ha sollecitato un ruolo sempre più attivo del giudice²² e portato ad un rovesciamento di ruoli nella complessa economia del processo di produzione della regola di diritto: il ruolo del giudice sopravanza oggi nettamente quello della legge; l'esigenza di adeguare la legislazione alla concretezza dei casi singoli tende a prevalere su quella della certezza. In altre parole, se è vero che il momento decisivo non è più quello in cui la regola viene emanata, ma quello in cui essa è praticata e applicata, l'asse del diritto si è chiaramente spostato dal diritto legislativo al diritto giurisprudenziale. In molti casi si fa concreto il rischio di una giustizia politica e di un'esorbitanza giudiziale.

16 C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, pp. 81 ss., ma anche N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 155 ss.

17 A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, Milano, 1999.

18 Tra i molti, cfr. B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna, 2011.

19 F. Palazzo, *Legalità tra law in books e law in action*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike Giuridica, 2017, pp. 64 ss.

20 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, parte prima; G. Zaccaria, "The disorder of legal sources and interpretation", in *Rechtstheorie*, 2016, 47, pp. 388 ss.

21 R. Alexy, "On the structure of legal principles", in *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 269-301; N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 110 ss.

22 F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

In questo processo di allentamento del vincolo del giudice alla legge e di superamento di una legalità solo legislativa ha giocato un ruolo rilevante la “legalità costituzionale”. In primo luogo per il fatto indiscutibile che l’introduzione, con la Corte costituzionale, di un “giudice delle leggi”, che può annullare leggi in contrasto con una legalità superiore mina dall’interno la stessa maestà del precetto legislativo e mette in discussione il dominio assoluto della scena giuridica da parte delle assemblee legislative. In secondo luogo perché, dopo l’iniziale tendenza, sostenuta dalla magistratura e dalla scienza giuridica più conservatrici, a vedere giuspositivisticamente la Costituzione unicamente come *lex superior*, si è progressivamente affermata l’idea che la Costituzione contenga una tavola di valori e di principi²³, un patrimonio di diritti e di doveri, che devono irrorare a tutti i livelli e in ogni momento applicativo l’intera vita pratica del diritto. La crescita di consapevolezza del fatto che l’assetto e lo sviluppo reali della società e delle forze in essa dominanti vanno costantemente al di là del testo costituzionale e di conseguenza della necessità di adeguare il sistema degli enunciati alle sopravvenienze storiche, è stata, come è ben noto, al centro del celebre ordine del giorno votato dall’Associazione nazionale magistrati nel 1965, che contestava la tesi di un necessario passaggio attraverso il giudizio della Corte costituzionale ogniqualvolta entrasse in gioco l’applicazione della Costituzione e affermava il potere-dovere di ogni giudice di osservare “i principi di diritto desumibili dall’intero sistema costituzionale”. Parallelamente la dottrina, soprattutto civilistica, condusse fin dagli inizi degli anni Sessanta, un’appassionata battaglia per far ammettere la c.d. *Drittwirkung* dei principi costituzionali, ossia l’applicazione diretta delle norme costituzionali nei rapporti privati²⁴. Del 1972 è il conio da parte di Pietro Barcellona dell’espressione “L’uso alternativo del diritto”, ideata proprio in occasione del convegno catanese sul tema²⁵, nel quale si operò una forte critica dell’insufficienza delle categorie tradizionali riferite ad un diritto eguale, generale ed astratto, che impedivano qualsiasi critica del modello esistente di sviluppo sociale. L’uso alternativo del diritto stava ad indicare la necessità di indirizzare il procedimento applicativo secondo una scelta favorevole alle classi subalterne, una scelta che si assumeva già effettuata dalla costituzione repubblicana. Al di là dell’involucro ideologico, fortemente tributario dell’analisi marxista del diritto e al di là di alcune sue estreme attuazioni in alcune frange di Magistratura democratica, l’operazione “Uso alternativo del diritto” non intendeva conte-

23 G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009; P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*; Giuffrè, Milano, 2006, pp. 106 ss.

24 N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 123 ss.

25 Gli atti del convegno sono stati raccolti in P. Barcellona (a cura di), *L’uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisi marxista, II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973. Sul tema, cfr. N. Lipari, *L’uso alternativo del diritto oggi*, in *Diritto civile e ragione cit.*, pp. 149 ss.

stare l'indispensabilità del momento legislativo²⁶. In ogni caso essa contribuì non poco a rafforzare il versante dell'interpretazione e ancor oggi, a distanza di oltre cinquant'anni, e archiviate le forzature e le mode culturali di certo marxismo ideologico, che concepiva un uso alternativo del diritto del tutto personale ed utopico, le va comunque riconosciuto il merito, dinnanzi alla strutturale incompletezza del dato positivo, di aver portato alla luce e razionalizzato la fondamentale funzione politica del diritto e della sua applicazione pratica²⁷, e di aver sottolineato lo stretto raccordo del processo applicativo del diritto con la concretezza della vita sociale. Lo spartiacque relativo alla funzione politica del giurista interprete, sia esso teorico sia esso giudice, veniva così strettamente legato al maggior uso possibile della Costituzione²⁸.

5. La costituzione e il pluralismo delle fonti

L'attribuzione al giudice anche ordinario non solo di un ruolo di bilanciamento sistematico delle norme, ma anche del compito critico di adeguare la legge ai principi costituzionali e di assicurare un'applicazione della norma conforme a Costituzione; il ruolo assegnato dalla Corte costituzionale al "diritto vivente" nel giudizio di costituzionalità delle leggi (un aspetto, questo, che pone in secondo piano il principio di determinatezza della fattispecie, per valorizzare invece il significato consolidato nella giurisprudenza); la funzione di composizione e stabilizzazione della giurisprudenza affidate dall'ordinamento alla Corte di Cassazione: tutti questi fattori accelerano il processo di costituzionalizzazione del diritto e di riconoscimento della fonte giurisprudenziale come fonte di diritto, finendo per esaltare il ruolo del giudice. La legge deve mostrare di rispettare le ragioni costituzionali²⁹. Le costituzioni hanno introdotto valori indisponibili che trascendono lo stesso principio democratico e sono sottratti all'onnipotenza della legge. Il "prodotto giurisprudenziale" prevale sull'enunciato dato dal legislatore. Il principio della giustizia tende a prevalere su quello della certezza e la funzione del giudice si gioca nel tentativo, sempre difficile e mai esaurito, di cogliere la giustizia nella legalità, di risolvere virtuosamente la tensione tra *ius positum* e diritto giusto. Non si tratta semplicemente di discutere se il giudice ricorra o meno a giudizi di valore, ma di verificare se le sue opinioni valutative, volte al continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo, tenga-

26 Ivi, p. 153.

27 Per tutti, cfr. L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981, ma anche G. Zaccaria, "L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto", in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 632 ss.

28 G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, cit., p.74.

29 G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 130 ss.; Id., *Tempi difficili per la Costituzione: gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Laterza, Roma-Bari, 2023.

no conto del “sentire comune” e continuino ad operare entro i margini consentiti dalle norme e dalla Costituzione³⁰.

Da un punto di vista filosofico, questo spostamento di accento su un sapere che ha per oggetto l’agire orientato verso il giusto implica l’adozione del metodo della ragione pratica, che si interroga su come tradurre i valori fondamentali della società raccolti ed espressi nella Costituzione non in modo solipsistico, ma argomentativo; e che lo ritrovi nelle radici e nell’identità di una coscienza collettiva³¹, in un modo che tenga conto del pluralismo con cui essi sono stati progettati e implementati. Non esiste solo l’*auctoritas* della legge, esistono anche il modo e i contenuti con cui il potere viene esercitato e a questi vincoli contenutistici il legislatore deve sottoporsi.

Il quadro rappresentato dall’assetto pluralistico delle fonti, che alla coppia Costituzione-legge affianca il primato del diritto dell’Unione europea sul diritto nazionale e che si caratterizza per l’intreccio tra ordinamento interno ed esterni, debbono indurre a riconsiderare la stessa logica che è sottesa alla ripartizione dei poteri tradizionale; e a ricalibrarla, prendendo realisticamente atto sia dell’ampliamento degli spazi di intervento del giudice sia della gravissima crisi dei meccanismi rappresentativi che può indurre a porre in discussione la stessa garanzia di democraticità della legge.

Esattamente a quest’altezza nasce, in una democrazia basata sul principio dei checks and balances, il conflitto con il principio costituzionalmente sancito dell’indipendenza della magistratura e del controllo di razionalità e ragionevolezza sull’attività interpretativa del giudice. È evidente che le garanzie grazie alle quali il magistrato possa svolgere correttamente il proprio compito attono in primo luogo alla disciplina normativa dell’organizzazione giudiziaria e dei suoi modi di funzionamento. E tuttavia questi strumenti rimangono senza dubbio di efficacia cogente indiretta, se non aleatoria. Il primo strumento per vincolare l’attività interpretativa e applicativa di diritto resta pur sempre quello dell’atteggiamento culturale spontaneo e del metodo che si dà il giudice stesso³². Qualora però ciò nei fatti non avvenga, e considerata l’ineffettività di sanzioni emesse dallo stesso ordine giudiziario nei casi di esondazione del giudice dal proprio ruolo, la responsabilità di quest’ultimo in caso di violazioni di regole interpretative di natura deontologica, non potrà necessariamente che essere di natura etica: una responsabilità che ovviamente tanto più si accresce, quanto maggiori sono i difetti della legislazione, e dunque più ampio si fa lo spazio della sua discrezionalità.

Anche per effetto delle novità legate allo stato costituzionale di diritto e al diritto sovranazionale europeo, la cui giurisprudenza ha dato un impulso decisivo all’affermarsi dell’idea del rispetto di principi sostanziali e procedurali di giustizia, siamo dunque costretti a sostituire al “modello del buon legislatore”, che prevalse

30 G., Zaccaria, “L’obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto”, cit., p. 605.

31 P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. X.

32 Cfr. G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 145 ss.

nettamente per tutto l'Ottocento e per buona parte del Novecento con il “modello del buon interprete”³³.

Se ripercorriamo telegraficamente la storia della vicenda dei rapporti tra legge e sentenza³⁴, non è inutile ricordare ancora una volta come il paradigma moderno avesse portato alla supremazia della legge e alla celebrazione della legalità come valore fondativo della modernità giuridica³⁵. Un valore nato con la cultura illuministica e frutto dunque di una precisa impostazione culturale, sviluppato nei primi due libri del Contratto sociale di Rousseau³⁶ con la costruzione della figura del Legislatore, ma divenuto nel tempo assoluto ed astorico, fino a costituirsi, per dirla con Paolo Grossi, in vera e propria “mitologia”³⁷, che ha profondamente pervaso la mentalità e l'immaginario del giurista moderno e che è giunta fino ai nostri tempi, perpetuando l'idea – dura a morire anche se smentita dai fatti – di una funzione ancillare della giurisdizione e del sapere giuridico rispetto al prevalere della dimensione potestativa del diritto. In realtà l'odierno capovolgimento di prospettiva, caratterizzato dalla prevalenza del diritto giurisdizionale e per così dire dalla rivincita della *iurisdictio* sul *gubernaculum*, non va drammatizzato se solo si considerano un aspetto storico ed uno teorico. Storicamente non è difficile constatare che nella relazione tra le due funzioni essenziali dello stato costituzionale, la legislazione e la giurisdizione, il pendolo ha ripetutamente oscillato ora sulla “polarità” legislazione ora sulla “polarità” giurisdizione. Non occorre infatti ricordare come al centro dell'esperienza giuridica medioevale si trovassero l'*interpretatio* e la *iurisdictio* e come solo successivamente esse siano state soppiantate dalla fonte legge, fonte per eccellenza volontaristica e razionalistica, che interpretava perfettamente la volontà dell'uomo moderno di costruire un nuovo ordine giuridico³⁸. Tale considerazione di tipo storico è destinata poi a rafforzarsi se si assume dal punto di vista teorico una visione generale del diritto come pratica sociale e relazionale in cui, all'interno di un contesto storicamente individuato tutti – naturalmente con ruoli, pesi e strumenti diversi – legislatori, giudici, scienziati del diritto e semplici cittadini, contribuiscono, dialogando con le prospettive dell'altro, a produrre l'opera complessa del diritto e a concretizzarne il carattere pratico. Né l'apporto del legislatore né quello del giudice vanno intesi come dati conclusivi e non comunicanti. Il diritto è “vivente” in quanto lo si assuma come un organismo vivo, che non è imprigionabile nella fissità di una formula definitiva e che esprime il modo

33 Cfr. il nostro *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 83.

34 Per un approccio generale al tema dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.

35 M. Vogliotti, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 383.

36 J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* [1762], Einaudi, Torino, 2005; sul quale cfr. G. Silvestrini, *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean Jacques Rousseau*, Claudiana, Torino, 2010; C.M. Herrera (a cura di), *Rousseau chez les juristes*, Kimé, Paris, 2013.

37 P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005 (2 ed.).

38 M. Vogliotti, voce *Legalità*, cit., p. 379.

di essere di un'intera comunità sociale. La funzione del giudice a questo punto si identifica con il perseguimento di un risultato condiviso (o comunque ritenuto accettabile) in chiave di valori³⁹.

Quanto al tema dell'equilibrio tra i poteri, che nell'impostazione classica si riteneva garantito dalla loro separazione, paiono difficili da contestare alcune rilevanti modificazioni rispetto allo schema classico⁴⁰. Solo per rimanere in Italia, nel corso dell'ultima legislatura (2018-2022) il maggior numero di provvedimenti legislativi è opera del governo (146 decreti legge e 164 decreti legislativi) a fronte delle circa 200 leggi adottate dal Parlamento, all'interno della cui attività si segnalano peraltro un grande numero di norme che sono in buona sostanza provvedimenti amministrativi in forma di legge. In tal modo è stata cancellata, nella sostanza, la legge come fonte del diritto e il decreto legislativo è diventato lo strumento preferenziale e permanente per legiferare, svuotando così di ogni significato i principi di separazione dei poteri e di riserva di legge, facendo ulteriormente perdere alle procedure parlamentari il loro significato sostanziale e attribuendo al potere esecutivo una unilaterale potestà legislativa di tipo primario. Legislazione e amministrazione sono poi profondamente influenzate dalle sentenze del potere giudiziario. Non solo: la creazione del diritto comunitario e la penetrazione nell'ordinamento nazionale di norme e sentenze prodotte dalla Corte di giustizia europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo complicano ulteriormente i rapporti tra magistratura e politica, ma anche all'interno del potere giudiziario si pone in modo sempre più pressante il problema di armonizzare l'operato di corti diverse.

6. L'indipendenza della magistratura nell'Europa dell'Est

Come è stato giustamente notato, "in ogni parte del mondo le intimidazioni più gravi nei confronti dei magistrati provengono dai governi e talora anche dai legislatori costituzionali"⁴¹. Per quanto riguarda l'Europa, alcune tendenze destano da tempo grande preoccupazione. È il caso della Polonia e anche dell'Ungheria⁴², che nel 2011 si è data una nuova costituzione che ha catalizzato le preoccupazioni tanto del Consiglio d'Europa⁴³ quanto dell'Unione europea⁴⁴. La Commissione europea, infatti, ha iniziato (già il 17 gennaio 2011, dopo poco più di due settimane

39 N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 175.

40 Sul punto il volume curato da Cassese, *La separazione dei poteri* cit.

41 A.A. Cervati, *Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura*, cit., p. 515.

42 Si rimanda al seguente collegamento:

http://www.magistraturademocratica.it/mdem/intervento_all.php?a=on&s=&id=1090.

43 Opinion no. 621 / 2011 Cdl-Ad(2011)016 European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission) Opinion On The New Constitution Of Hungary Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011) in [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)016-E.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)016-E.pdf).

44 Comunicato stampa del 17 gennaio 2012, reperibile ad es. in http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/redoing/multimedia/news/2012/01/20120111_en.htm.

dall'entrata in vigore della nuova Costituzione) una procedura d'infrazione urgente per la violazione dei principi di indipendenza di tre istituzioni, quali la banca centrale, il potere giudiziario, l'autorità di protezione dei dati personali.

Per quanto riguarda il potere giudiziario, i profili che hanno destato maggiore preoccupazione sono essenzialmente due: l'immediato abbassamento dell'età pensionabile dei giudici e pubblici ministeri in servizio da 70 a 62 anni, e l'abolizione del Consiglio Superiore della Magistratura, sostituito da un nuovo "National Judicial Office", organo non collegiale, ma diretto, appunto, da un singolo direttore di nomina governativa, e competente per la gestione dei tribunali, il loro bilancio, l'allocazione del personale di magistratura ed amministrativo, ed il reclutamento dei magistrati. Entrambi i provvedimenti, espressivi di una volontà di erodere i margini di azione del potere giudiziario, appaiono in contrasto con i principi dello Stato di diritto, quali valori fondanti dell'Unione europea, e anche con il diritto ad un processo equo dinanzi ad un giudice indipendente ed imparziale sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si profila, insomma, l'insidia di un neautoritarismo che rigetta lo Stato di diritto, il bilanciamento dei poteri e il sistema dei controlli e che propone un modello di democrazia della sovranità consapevolmente illiberale.

Più in particolare, in una serie di sentenze recenti⁴⁵ che fanno riferimento a numerose disposizioni dei Trattati e ai diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Corte di Giustizia ha rivendicato nei casi specifici dell'Ungheria e della Polonia la competenza delle istituzioni dell'Unione a constatare e sanzionare violazioni dei valori su cui è fondata l'UE e specificamente dello Stato di diritto⁴⁶ (70 anni di diritto dell'Unione). Tra i diritti esplicitamente contemplati dalla Carta europea dei diritti fondamentali particolarmente importante è quello che conferisce ad ogni persona il diritto fondamentale a che la sua causa sia esaminata equamente da un giudice indipendente e imparziale preconstituito per legge (art.47): nella sentenza 19 novembre 2019 la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali costituisce un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale a un equo processo⁴⁷.

Dal canto suo la giurisprudenza della Corte EDU ha sottolineato l'importanza per il funzionamento dello Stato di diritto del principio di separazione dei poteri e di indipendenza del potere giudiziario da interventi e pressioni esterne⁴⁸, ribadendo l'obbligo degli Stati membri di stabilire un sistema di procedure giurisdizionali che assicuri l'effettività di tale principio. Il principio del primato del diritto dell'Unione fa sì che le disposizioni nazionali di origine legislativa o costituzionale che

45 Sentenze del 16 febbraio 2022.

46 F. Erlbacher, K. Herrmann, *I valori fondamentali dell'Unione Europea: dai principi agli obblighi giuridici*, in *70 anni di diritto dell'Unione. Un'Unione al servizio dei suoi cittadini*, Commissione europea, 2023, p. 43.

47 Ivi, p.48.

48 In argomento M.G. Civinini, "Indipendenza e imparzialità dei magistrati", in *Questione giustizia*, aprile 2019.

minimo il diritto ad un giudice imparziale debbano essere disapplicate (sentenza A.K., 19 novembre 2019). Infine, con le sentenze capitali e in certo modo storiche del 16 febbraio 2022 la Corte ha respinto i ricorsi di Ungheria e Polonia avverso la validità del regolamento 2020/2092 relativo alla c.d. condizionalità, che contiene la possibilità di adottare misure contro gli Stati membri che si rendano responsabili di violazioni dei principi dello Stato di diritto.

7. La situazione italiana

Per quanto concerne l'Italia, la situazione non è minimamente paragonabile a quelle polacca e ungherese appena richiamate⁴⁹. Tuttavia ricorrenti, spesso a seguito di sentenze o provvedimenti giudiziari sgraditi al potere politico, sono gli interventi polemici nei riguardi della magistratura, le minacce di riforme che ne riducano lo spazio d'azione e gli attacchi personali anche a singoli magistrati. Lo scorso ottobre 2023 il Primo Ministro Giorgia Meloni, criticando pesantemente una sentenza del giudice civile del Tribunale di Catania che ha definito illegittimo un decreto del governo in materia di trattenimento dei migranti richiedenti asilo e provenienti da "Paesi sicuri", ha sostenuto che una parte della magistratura "si scaglia contro i provvedimenti di un governo democraticamente eletto". Dove è evidente l'idea che l'investitura popolare conferisca al governo una sorta di sovranità assoluta: tesi populista estranea allo spirito della liberaldemocrazia. Un approccio che dovrebbe preoccupare chiunque abbia a cuore la libertà dei cittadini e il rispetto dei principi basilari dello Stato di diritto, tanto più che pare difficile negare che la giurisdizione e la sua indipendenza costituiscano di per sé una componente essenziale della democrazia.

Ma, come si è detto sopra, non va neppure trascurato l'altro aspetto della questione: è innegabile che il nostro Stato sia divenuto, come dicono i tedeschi un *Justizstaat*⁵⁰, e che la funzione giurisdizionale abbia assunto un connotato di politicità sempre più marcato⁵¹.

A partire dagli anni Novanta la magistratura è stata caricata (e in parte si è caricata) di compiti straordinari per fronteggiare fenomeni storici ed emergenze sociali di vasta portata (come il terrorismo e la criminalità mafiosa), mentre la crescita esponenziale dell'azione degli organi requirenti contro la corruzione nelle istituzioni pubbliche e nei partiti ha contribuito ulteriormente a costruire la funzione giurisdizionale come centrale nella società. A ciò si aggiunga la proliferazione di norme incriminatrici dai confini molto elastici e labili, che di per sé determinano

49 L. Carlassare, "Magistratura e governo: un interessante conflitto", in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018. S. Gambino, *Magistratura e potere politico*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, <http://archivio.rivistaaic.it/dibattiti/magistratura/gambino.html>.

50 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* [1932], Duncker und Humblot, Berlin, 2012.

51 B. Rütters, *La rivoluzione segreta dallo stato di diritto allo stato dei giudici*, Mucchi, Modena, 2018.

un accrescimento del potere punitivo dei giudici⁵². Non solo: quando l'azione del giudice si connota di un carico improprio di politicità, la stessa sua indipendenza viene per così dire tradita sul piano etico e sostanziale; dice bene Enrico Scoditti, il giudice ha il dovere di essere indipendente da sé stesso⁵³. Infine, è da considerare il ruolo distorto delle associazioni dei magistrati nel sistema di governo autonomo della magistratura, che nel recente passato ha inciso in modo pesante nella gestione della carriera dei magistrati, e in particolare nel conferimento degli incarichi direttivi da parte del C.S.M.⁵⁴.

La reazione della politica si è tradotta nella riforma dell'ordinamento giudiziario introdotta con la legge n. 150/2005, che per certi versi si riverberava negativamente sull'autonomia e sull'indipendenza della magistratura, ma che è stata poi temperata dalla legge n.269/2006 sulle carriere dei magistrati e dal d.lgs.106/2006.

I vari aspetti della problematica (dal problema del divieto di iscrizione ai partiti al divieto per i magistrati di partecipazione sistematica alla vita politica, alla loro elezione in Parlamento) sono assai complessi e delicati e non possono essere trattati in questa sede. Qui vorrei affrontare la problematica da un punto di vista forse meno consueto. Mi riferisco al fenomeno della sempre più pervasiva amplificazione mediatica di alcuni provvedimenti giudiziari, che tende a costituire un continuum tra questi ultimi e processi sommari che si svolgono sui media e sui social, spesso con gravissimo danno per la dignità dei cittadini coinvolti, con una menomazione della presunzione di innocenza e con un notevolissimo effetto di condizionamento del dibattito pubblico.

Di qui una domanda e una questione: non può una giustizia così concepita rappresentare un uso improprio della giustizia stessa (con il rischio di strumentalizzazioni politiche a fini propagandistici), ed anche un pericolo per la stessa indipendenza della magistratura, legandola troppo strettamente (anche se non volontariamente) a contesti contrassegnati da emotività e preconcetti? Finendo, inoltre, col privarla talora dell'equilibrio e della tranquillità necessari per rendere giustizia in un procedimento adeguato.

8. L'indipendenza come modello descrittivo o come modello regolatorio: verso un nuovo equilibrio?

Quello dell'indipendenza della magistratura e dell'equilibrio tra i poteri – dobbiamo infine domandarci riprendendo uno spunto precedente – è un modello descrittivo oppure un modello regolativo di carattere prescrittivo?

Va riconosciuto che l'astratta affermazione dei principi dello Stato di diritto non basta purtroppo a garantire l'indipendenza della magistratura, né tanto

52 G. Zaccaria, *Postdiritto*, cit., pp. 89 ss.

53 E. Scoditti, "Il giudice e il dovere di indipendenza da sé stesso", in *Il Foro Italiano*, 2020, pp. 218-224.

54 N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 2 ss.

meno a conservare l'equilibrio e il reciproco rispetto tra i poteri dello Stato. Il dogma della divisione dei poteri e il correlativo equilibrio tra diritto posto dal legislatore e diritto giurisprudenziale si è rotto a favore della funzione giurisdizionale. Per comporre i conflitti sociali occorre andare alla ricerca di un nuovo equilibrio, che nella riaffermazione della dialettica legislatore-giudice contempra però dei limiti alla carica espansiva del giurisdizionale e veda nello Stato costituzionale del presente il carattere di un indirizzo che si determina processualmente attraverso il dialogo tra diversi soggetti e la collaborazione tra diversi poteri⁵⁵. È necessario che si diffondano e si radichino tanto nella dialettica politica quanto nella stessa opinione pubblica (oggi più che mai) una cultura dell'indipendenza e un'adeguata sensibilità sul significato delle esigenze di indipendenza e imparzialità del magistrato. Ma non meno importante è che, nonostante la concentrazione di poteri attuatisi in capo all'esecutivo con la conseguente emarginazione del Parlamento, si conquisti una cultura dell'equilibrio tra le istituzioni nella dialettica pubblica. È chiaro che la nostra Costituzione, per poter operare efficacemente richiede che si diffonda una consapevolezza tanto circa il valore di una magistratura indipendente, lontana dai condizionamenti di parte (non solo politici), quanto sull'equilibrio e sul reciproco rispetto tra i poteri dello Stato. Ciò che non convince nella concezione tradizionale dello Stato di diritto di stampo liberale, è la contraddizione esistente e sempre più evidente tra le premesse realistiche dalle quali muove l'esigenza di garantire giudici indipendenti e imparziali che possano assicurare il rispetto della legge, e gli esiti altamente astratti cui pervengono in sede dogmatica le dottrine della separazione dei poteri e le diverse enunciazioni del principio di legalità⁵⁶. Nell'aderire a questa prospettiva critica dei sistemi di garanzia dell'indipendenza della magistratura e degli altri principi ad essa correlati, l'indagine comparatistica può essere qui di aiuto al fine di costituire una nuova consapevolezza ermeneutica del ruolo che ciascun potere svolge nella società e del loro reciproco equilibrio. Posta in questi termini la questione, è chiaro che ci troviamo di fronte ad un ideale di natura chiaramente prescrittiva, un ideale regolativo rispetto al quale tutti dobbiamo sentire l'imperativo morale di operare affinché la dialettica tra le istituzioni possa rientrare tutta nel tracciato costituzionale. Per esprimere l'istanza che sta a fondamento dell'indipendenza dei giudici, Gustav Radbruch ha affermato: *Wissen und Gewissen machen die Juristen*, ("conoscenza e coscienza fanno i giuristi")⁵⁷. Ma questa affermazione oggi non può non valere anche per tutti coloro che hanno un ruolo e svolgono una funzione all'interno delle istituzioni.

55 M. Fioravanti, "Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione", in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 19.

56 Così anche A.A. Cervati, *Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura*, cit., p. 523.

57 G. Radbruch, *Kleines Rechtsbrevier. Spruchbuch für Anselm. Nach dem Tode des Verfassers herausgegeben von Fritz von Hippel*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1954, p. 44.

Bibliografia

- Modugno, F., *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, 1966.
- Silvestri, G., *La separazione dei poteri*, Giuffrè, 1979 e 1984.
- Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, 1994.
- Guastini, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, 2006.
- Guastini, R., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2011.
- Cassese, S. (a cura di), “La separazione dei poteri”, fasc. 1/2023 di *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Giuffrè, 2023.
- de Secondat, C.L., barone de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi (libri I-XIX)* [1748], D. Felice (a cura di), Bompiani, 2013.
- Goyard Fabre, S., *Montesquieu: la nature, les lois, la liberté*, Puf, 1993.
- Cotta, S., *Montesquieu*, Laterza, 1995.
- Binoche, B., *Introduction a “de l'Esprit des lois” de Montesquieu*, Publications de la Sorbonne, 1998.
- Felice, D., (a cura di), *Leggere l'Esprit des lois” de Montesquieu. Stato società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Mimesis, 1998.
- Krause, S., “The Spirit of Separate Powers in Montesquieu”, in *The Review of Politics*, 2000.
- Fontana, B., Baume, S. (a cura di), *Les usages de la separation des pouvoirs*, Michel Houdiard, 2008.
- Fioravanti, M., *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Giappichelli, 2021.
- Kelsen, H., “Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, in *Kantfestschrift des Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. XVII, 3, 1924.
- Zaccaria, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, 2022.
- Lipari, N., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2008.
- Pizzorno, A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, 1998.
- Rüthers, B., *La rivoluzione segreta (dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici)*, Mucchi, 2018.
- Cassese, S., *Il governo dei giudici*, Laterza, 2022.
- Gustapane, A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, 1999.
- Silvestri, G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, 1997.
- Ferrajoli, L., “Il diritto come sistema di garanzie”, in *Ragion pratica*, I, 1993.
- Cervati, A.A., “Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura in una prospettiva di comparazione giuridica”, in *Rassegna Forense*, 3/2010.
- Rigano, F., *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, 1982.
- Pizzorusso, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico costituzionale*, Einaudi, 1990.
- Mortati, C., *Lezioni sulle forme di governo*, Cedam, 1973.
- Picardi, N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, 2007.
- Gustapane, A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, 1999.
- Mattarella, B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, 2011.
- Cadoppi, A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike Giuridica, 2017.
- Zaccaria, G., *La comprensione del diritto*, Laterza, 2012.
- Zaccaria, G., “The disorder of legal sources and interpretation”, in *Rechtstheorie*, 2016.
- Alexy, R., “On the structure of legal principles”, in *Ratio Juris*, 13, 2000.

- Lipari, N., *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, 2019.
- Hourquebie, F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004.
- Silvestri, G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009.
- Grossi, P., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*; Giuffrè, 2006.
- Lipari, N., *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, 2019.
- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisi marxista, II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, 1981.
- Zaccaria, G., "L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto", in *Riv. dir. civ.*, 1979.
- Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009.
- Zagrebelsky, G., *Tempi difficili per la Costituzione: gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Laterza, 2023.
- Grossi, P., *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017.
- Zaccaria, G., *Questioni di interpretazione*, Cedam, 1996.
- Zaccaria, G., *La comprensione del diritto*, Laterza, 2012.
- Luciani, M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, Giuffrè, 2016.
- Vogliotti, M., voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Giuffrè, 2013.
- Rousseau, J.J., *Il contratto sociale* [1762], Einaudi, 2005.
- Silvestrini, G., *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean Jacques Rousseau*, Claudiana, 2010.
- Herrera, C.M. (a cura di), *Rousseau chez les juristes*, Kimé, 2013.
- Grossi, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2005.
- Erlbacher, F., Herrmann, K., *I valori fondamentali dell'Unione Europea: dai principi agli obblighi giuridici, in 70 anni di diritto dell'Unione. Un'Unione al servizio dei suoi cittadini*, Commissione europea, 2023.
- Civinini, M.G., "Indipendenza e imparzialità dei magistrati", in *Questione giustizia*, aprile 2019.
- Carlassare, L., "Magistratura e governo: un interessante conflitto", in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018.
- Gambino, S., *Magistratura e potere politico*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, <http://archivio.rivistaaic.it/dibattiti/magistratura/gambino.html>.
- Schmitt, C., *Legalität und Legitimität* [1932], Duncker und Humblot, 2012.
- Rüthers, B., *La rivoluzione segreta dallo stato di diritto allo stato dei giudici*, Mucchi, 2018.
- Scoditti, E., "Il giudice e il dovere di indipendenza da sé stesso", in *Il Foro Italiano*, 2020.
- Zanon, N., Biondi, F. (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, 2020.
- Fioravanti, M., "Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione", in *Quaderni costituzionali*, 1/2016.

Gaetano Insolera*

Il percorso nella giustizia penale

1. Il mio incontro con ‘L’uso alternativo del diritto’

Questo incontro ha una cifra che definirei storiografica, di storia delle idee per come rese manifeste (e affermatesi) in un determinato contesto temporale, per coglierne se, e quanto di permanente di quelle idee, rintracciamo nel presente.

Muovo dalla data che costituisce il punto di partenza nella prima parte del tragitto tracciato dal titolo del convegno.

È nella primavera del 1972 che si svolse, in questa stessa Università, il convegno su *L’uso alternativo del diritto*.

In quell’anno stavo lavorando alla mia tesi di laurea, la discussi nell’A.A. 1972-73, dedicata al pensiero del penalista Giuseppe Maggiore, pensiero culminato nello ‘scandaloso’ articolo del 1939, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*¹: anche se in modo contraddittorio e contrastato anche dai più osservanti penalisti fascisti, approdava all’applicazione analogica della legge penale imitando la riforma nazista del §2 del Codice penale.

Nello sfogliare quelle pagine, per la prima volta dopo più di cinquanta anni, mi sono reso conto di una qualche loro utilità – una coincidenza averle ritrovate? – rispetto alle riflessioni suscitate dall’odierno incontro.

In quelle pagine ho rivisto quanto radicalismo ideologico poteva esprimere un ventenne nel pieno dell’esperienza di quegli anni di rivolta studentesca, di rottura, e di utopie, ‘contro’ la cultura politica delle élites ancora dominanti nel primo periodo repubblicano.

Contemporaneamente, però, lo sguardo rivolto al diritto penale, e orientato dalla lezione di Franco Bricola e della sua giovane scuola, costituiva un forte contrappeso in nome dello statuto liberale impresso dalle regole costituzionali allo *ius puniendi* e, nella parte istituzionale, dalla divisione dei poteri in democrazia.

* insolera@virgilio.it; gaetano.insolera@unibo.it, Professore Ordinario di Diritto Penale

1 G. Maggiore, “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, 140ss.

2. Il convegno del 1972

Difficile sintetizzare i contenuti dello storico convegno di cinquanta anni fa: anche in considerazione della eterogeneità delle posizioni che vi emersero sulla proposta teorica avanzata da Magistratura democratica²: anche volendo prescindere dalle letture radicalmente critiche, il dibattito si caratterizzò per la diversità delle posizioni.

Tema ricorrente quello del confronto tra scienza giuridica e analisi marxista del diritto e del rapporto tra pratica politica e giurisdizione.

Mi sembra che il primo aspetto maggiormente risenta di approcci filosofici che più esprimevano quel contesto storico e che meno si prestino all'idea di rintracciare un lascito utile nella lettura di ciò che oggi intendiamo per 'diritto vivente'.

Un collegamento difficilmente contestabile si rintraccia invece a proposito del tema dell'interpretazione giudiziale della legge, come "*risorsa evolutiva*"³: una critica condivisa, pur nella diversità degli approcci e delle soluzioni, era rivolta contro l'idea della astratta neutralità delle regole giuridiche, da intendersi piuttosto come prodotto artificiale, espressivo di una determinata struttura sociale di classe. Una critica al diritto della borghesia, dell'economia capitalistica e del suo dominio politico.

Il potere giudiziario, liberato da vincoli gerarchici e dalla cultura conservatrice mutuata dalla mancata soluzione di continuità dalle ideologie del tecnicismo legalistico ereditato dalla prima parte del '900, con una vera indipendenza e autonomia, nel momento interpretativo, poteva aprire varchi cominciando dal superamento della accezione meramente formale del principio di eguaglianza ricavabile dal I comma dell'art. 3 Cost., così trovando la strada per mutamenti propiziati da principi/scopo rinvenibili nell'impianto della Legge fondamentale⁴.

3. Cosa rimane oggi di quelle idee

Mi sembra che quest'ultimo sia il principale lascito del convegno del 1972, colto da alcune letture recenti che hanno percorso l'itinerario storiografico di cui discutiamo oggi.

Così quando oggi si propone la funzione del giurista interprete nel ricordare il processo applicativo alla concretezza della esperienza sociale. Con un congedo ormai diffuso dall'ortodossia marxista, si rinvengono margini di manovra nell'ispirazione di una parte del pensiero giuridico cattolico e antilluminista. La teoria dell'Uso alternativo del diritto come procedimento applicativo in favore delle classi subalterne, nello spirito della Costituzione, capace di demistificare i miti della giustizia borghese sarebbe stata la levatrice di una oggi ormai acquisita

2 Efficace la sintesi in M. Barcellona, *Giudici politica democrazia*, Castelvechi, Roma, 2023.

3 Ibidem, p. 52.

4 È un racconto che troviamo nei primi tre capitoli del volume di E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

‘giurisdizionalizzazione’ del diritto. La si vorrebbe una conquista: la decisione del giudizio, come discorso persuasivo non vincolato al testo. Superfluo il riferimento alla particolarità degli interessi in gioco dell’utopistico ‘Uso alternativo’, ciò che si richiede all’“uomo di diritto è una lettura attenta della dinamica sociale così come vive nella sua esistenza giuridica il comune cittadino, sia esso ricco o povero, potente o inerme, dotto o ignorante”⁵. Lo definirei un realismo magico, che mi riporta al giovanile, inquietante, incontro con il Maggiore del 1939. Ovvero, nel contesto di un’originaria idea marxista di uso alternativo del diritto, alla tenebrosa figura di Vysinskij⁶.

Certo meno dirimenti le letture che si sono concentrate, dopo una ricostruzione storica degli avvenimenti del ’72, sul loro significato in relazione all’attualità del “diritto vivente”, con le sue ricadute sulle istituzioni politiche⁷.

Così si è detto dell’“Uso alternativo del diritto” come una rivoluzione professionale della giovane magistratura, con un forte richiamo alla Costituzione che avrebbe dovuto scongiurare il rischio di una rottura antilegataria: questo anche alla luce della giurisprudenza che quella esperienza produsse.

Lo sguardo si è posato sul momento iniziale del tragitto: la proposta teorica di un gruppo di magistrati.

Una ‘rivoluzione’ dell’etica professionale contro ossificazioni dell’assetto tradizionale.

Se un interesse ricostruttivo può rivolgersi alla pluralità degli approcci che emersero, oggi si può vedere in quella esperienza principalmente un capitolo di storia della magistratura italiana: un agire ‘iconoclasta’ e antiautoritario, verso i totem della magistratura conservatrice. Non un’eresia.

Dopo gli anni ’70 il contesto subisce progressivi grandi cambiamenti della situazione politico-sociale, con l’affermazione di forze di centro-destra e del populismo: senza immaginare un decadimento etico della magistratura, delle sue aggregazioni, rispetto a un’età dell’oro perduta, bisognerebbe considerare ancora vivo il lascito dell’esperienza di cinquanta anni fa.

In particolare il tema dell’eguaglianza davanti alla legge penale, contro i privilegi dei potenti, sarebbe ormai patrimonio di larga parte della magistratura come ‘eguaglianza livellatrice’.

5 N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *iustitiaugci.org* 3 marzo 2019, che richiama testualmente P. Grossi.

6 Alla sua contrapposizione alle tesi di Krylenko e in difesa del principio *nullum crimen sine lege*: il suo abbandono avrebbe aperto le porte al più sfrenato diletantismo, alla più sciocca “creazione del diritto”. Meglio era l’elencazione esauriente di previsioni legali con la utile e ragionevole applicazione dell’analogia. Così U. Cerroni, *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori riuniti, Roma, 1969, 162ss. che chiosa come l’insolubile problema dell’elencazione esauriente delle previsioni legali, era solo spostato “esso si riapriva proprio attorno alla portata, ai criteri e alle conseguenze che il principio può avere nel diritto penale”.

7 N. Rossi, *Dalla “giurisprudenza alternativa” alle problematiche dell’oggi*, in *www.questionegiustizia.com*. Il testo riprende i contenuti dell’intervento svolto il 24 marzo 2023 all’Università La Sapienza di Roma nell’ambito del convegno: *L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo*.

Sarebbe riscontrabile, invece, nella componente della magistratura di orientamento democratico anche l'intento di realizzare un' 'eguaglianza emancipatrice' per attribuire, e questo anche nel processo penale, ai soggetti svantaggiati lo stesso livello di garanzie riconosciuto ai soggetti economicamente e culturalmente forti.

Si ripresenta la necessità di decisioni assunte da magistrati che non siano meri burocrati esecutori e che assolvano un ruolo di garanzia nei molteplici campi oggi posti dalla tutela anche dei diritti individuali di ogni minoranza sottoprotetta.

Dall'interno dell'interno della magistratura provengono anche voci diverse e meno "autoindulgenti"⁸.

Si dice di una decostruzione in atto del disegno costituzionale della magistratura, disegno che è stato solo un bel sogno, nonostante una realizzazione per alcuni aspetti quasi raggiunta.

La decostruzione è avvenuta attraverso "progressivi slittamenti di senso".

A causa di fattori interni, individuati nella crisi della soggezione del giudice alla legge. Protagonista di questa crisi il bilanciamento dei valori in conflitto operato dall'interprete giudiziario oltre il testo, in base alla sua "precomprensione (convinzioni personali da varia natura)" ritenuta più giusta nel caso concreto. L'autore si chiede se ciò sia un fantasma del c.d. 'diritto libero', utilizzato in epoca nazista – ancora Maggiore! – certo ora con nobili fini sociali del giudice: la tutela di diritti costituzionalmente garantiti e con il plauso di parte della cultura giuridica.

Un processo che però andrebbe a minare autonomia e indipendenza del giudice, che si vorrebbe invece soggetto alla legge: un giudice inebriato da una libertà di ruolo, perde la radice costituzionale della sua legittimazione.

Connessa la crisi dell'obbligatorietà dell'azione penale con la convinzione diffusa, quanto fondata, che il principio costituzionale sia, di fatto, divenuta un mero simulacro di scelte selettive incontrollate delle singole Procure.

Tra i fattori esterni, la esasperata personalizzazione delle funzioni, in particolare di quelle del PM, ritenuta conseguenza indesiderata, ma inevitabile, del processo accusatorio e del suo aspetto agonistico, che favorisce l'exasperarsi della sua mediatizzazione.

Se ci si pone in una prospettiva esterna a quello che abbiamo detto essere il fulcro della esperienza del '72 – una proposta interna al corpo giudiziario sul ruolo della magistratura – lo sguardo si spinge sulla crisi delle liberal-democrazie occidentali e della ripartizione di poteri nella loro fisionomia costituzionale: un tema oggi più che mai all'ordine del giorno internazionale e dominante nel discorso pubblico⁹.

8 T. Epidendio, *La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura*, in www.giustiziainsieme.it, 24 maggio 2022.

9 Crisi di recente descritta da C. Galli, *Democrazia, ultimo atto?*, Einaudi, Torino, 2023. In una bibliografia ormai amplissima mi limito a richiamare L. Violante, *Democrazia senza memoria*, Einaudi, Torino, 2017.

E allora, forse, valgono recenti considerazioni interlocutorie di un organizzatore di questo convegno: la “nuova” politica e le sue forme di esercizio del potere, comunque sempre espresse da *élites*, sempre in nome del popolo, *of course*, può essere contrastata solo da un’altra politica che abbia la forza per contenere l’influenza di “chi può di più”, restituendo dignità ed efficacia alla democrazia espressa dal parlamentarismo realmente rappresentativo.

“Verso tutto il nuovo di questo tempo, la giurisdizione non ha nulla da opporre” (non ha una forza politica).

“Può darsi che neanche la politica basti. Ma una società che immagini di sostituirla, anche in parte, con la giurisdizione, è una società cui, tutto sommato, sta bene che il mondo vada come vada”¹⁰.

4. Una prima conclusione interlocutoria

Qualche considerazione di sintesi sul tragitto desunto dal titolo scelto per questo convegno.

– Nella proposta dell’“Uso alternativo del diritto” prevalente fu il confronto con un’analisi marxista, in modo coerente con lo spirito del tempo.

– La ipotizzata spinta emancipatoria della ‘nuova’ magistratura si mosse contro l’affermazione conservatrice della neutralità del diritto e della giurisdizione.

– L’oggetto prevalente dell’idea era costituito dal diritto privato e dagli assetti di un’economia capitalistica, con un’attenzione particolare al diritto del lavoro e alle relazioni industriali.

– Carente o marginale la riflessione sulla specialità del diritto penale con riguardo ai diritti messi in gioco da quel tipo di coercizione dello Stato. Ciò se si eccettua la presenza dei temi concernenti la repressione dei diritti sindacali, di manifestazione del pensiero ecc.: breve quelli riconducibili al conflitto sociale in essere.

– Il messaggio è rivolto anzitutto al corpo giudiziario, si è detto, ma anche al legislatore e al confronto tra i partiti rispetto a vuoti di tutela in quei settori e in quello di interessi diffusi. I tempi sono quelli dell’avanzata elettorale del PCI, ma pure della crescita della critica di movimenti extraparlamentari, fino alla stagione della violenza, fino al terrorismo. E delle leggi eccezionali e del loro espandersi e radicarsi nel sistema.

È questo il contesto degli anni ’70 – da piazza Fontana al sequestro e all’assassinio di Aldo Moro – in cui collocare l’esperienza di cui parliamo.

Stiamo ragionando di giustizia penale e ‘Uso alternativo del diritto’: mi sembra che in quella occasione una grande assente sia stata la riflessione sul processo penale e sulla necessità di abbandonare il modello inquisitorio, forse il lascito più connotato dell’autoritarismo fascista, tanto elogiato dal Manzini processualista contro il codice liberale del 1913. E dire che era già in essere l’impegno della migliore cultura giuridica e, con timidezza, della Corte costituzionale su alcune questioni, ma

occorrerà attendere gli anni '80 per i correttivi portati dall'idea del c.d. garantismo inquisitorio, fino alla riforma in chiave accusatoria del 1989.

5. Due capitoli della storia del potere giudiziario

L'Uso alternativo del diritto e la teoria del 'diritto vivente' sono quindi, anzitutto, due capitoli diversi della storia del potere giudiziario nel nostro paese e del suo porsi nei confronti degli altri poteri dello Stato.

Ogni storia narrata è dotata di speciale capacità persuasiva, fino a "governare il mondo"¹¹. Ciò vale anche per questa storia: accanto a narrazioni agiografiche, proviamo a proporre, solo per tesi, un altro racconto a proposito dell'affermarsi della teoria del 'diritto vivente'.

La fase della c.d. prima Repubblica si chiude con nuovo codice di procedura accusatorio, il lascito forse più significativo della cultura giuridica garantista di quel periodo.

In breve tempo si colsero i prodromi del suo fallimento. A ciò contribuì in modo decisivo il maggioritario schieramento della Magistratura: al diluvio di questioni di incostituzionalità contribuì il suo rifiuto di percorrere la via di un'interpretazione coerente con i principi che ne avevano ispirato l'impianto. La Corte, d'altra parte, giocò 'di sponda' cominciando con le famigerate sentenze del 1992¹² e proseguendo, in quel decennio, nella demolizione del principio fondamentale di separatezza delle fasi.

Ancora, già a partire dagli anni '80 la Magistratura si era schierata compatta contro qualsiasi ipotesi di riforma dell'ordinamento giudiziario volta a marcare la distinzione tra funzione giudicante e inquirente: assistemmo così al paradosso della gelosa conservazione di un ordinamento giudiziario pensato per un processo che contemporaneamente si voleva cambiato radicalmente quanto alle garanzie del cittadino.

Un tabù restò quello del reclutamento, della formazione e, in definitiva, della legittimazione: nonostante l'adozione dell'accusatorio, il modello burocratico di reclutamento indifferenziato quanto alle funzioni, trovò difensori che vi colsero, quasi con orgoglio nazionalistico rispetto al mondo anglosassone, la migliore garanzia da una 'contaminazione' della politica. Quanto alla responsabilità, sufficiente la sottoposizione dei provvedimenti alla critica della opinione pubblica¹³.

È questo un racconto idealistico, che si rafforzerà sempre più negli anni a seguire, salvo qualche recentissimo ripensamento: sarà l'involucro teorico (il più presenta-

11 Dal quale muove il recente lavoro di J. Gottschall, *Il lato oscuro delle storie*, Bollati Boringhieri, Torino, 2022.

12 Allora, P. Ferrua, *Studi sul processo penale. II. Anamorfofi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, 157 ss.

13 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1998: sulla irrimediabile e inevitabile carenza di legittimazione della funzione giudiziaria, 556-557. Su responsabilità e rapporto con la politica, 607 ss.

bile?), dello spostamento verso il giudiziario di poteri effettivi (e irresponsabili), via via sottratti al processo decisionale democratico descritto dalla Costituzione vigente.

Sul principio di determinatezza e tassatività, fatta eccezione per la storica sentenza n. 96/1981, assai riservata fu la giurisprudenza costituzionale, facendo tuttalpiù ricorso al principio in sede di *obiter dicta* argomentativi. Oggi si riflette se rappresenti un auspicabile *revirement* la sentenza n. 98/21.

Chiusa anche la stagione delle sentenze interpretative e della loro capacità di orientare i giudici – si data la svolta alla sentenza n. 356/96 – con quella che si è definita una “*polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge*”¹⁴.

Da non trascurare poi l'enigmatica sentenza “Pezzella” delle Sezioni unite del 2004¹⁵, che autorizza il più ‘piccolo’ dei giudici ad individuare interpretazioni costituzionalmente conformi ulteriori e diverse rispetto alle decisioni interpretative fornite dalla Corte, destinate all'estinzione. Prodrumi dell'affermarsi di quel criterio generalizzato di interpretazione conforme che mette i valori e i diritti e i loro bilanciamenti nelle mani del singolo interprete giudiziario.

Si ufficializza così il nuovo idolo: il diritto vivente. Il prodotto finito in tutti i dettagli, in *outsourcing* nei laboratori delle giurisdizioni, in attesa del marchio della Cassazione, possibilmente a Sezioni unite¹⁶, con un ruolo assai importante svolto dagli studi condotti dall'ufficio del massimario.

Il dialogo è spesso con le fonti sovranazionali, ma, soprattutto, con sentimenti e pulsioni rappresentate dai media. Il giudice *vox populi*, che spesso esprimerà anche quella “*società giudiziaria*”¹⁷, che vede ogni soluzione nella punizione e nel suo costante incremento. Posizione antagonista nei confronti della demonizzata ‘società politica’ che, invece, in nome della mediazione tra interessi, della “*prudenza*”¹⁸ legislativa, deve anche sacrificare valori e diritti: sono ‘inciuci della casta’.

Non stupisca la condanna al pubblico ludibrio di chi commette ‘il reato di assoluzione’¹⁹ o all'emarginazione corporativa di quei magistrati che ancora si “trastullano” con l'art. 12 delle preleggi.

Il giudice interprete del testo si distingue da tutti coloro che esercitano quell'attività in altre discipline del sapere. Questo ci impone di respingere quelle suggestioni molto *a la page*, filosofiche, semeiotiche, psicologiche etc. che si sono annidate nella mente di qualche penalista. Quei penalisti che G. Marinucci chiamava gli spensierati teorici dell'interpretazione²⁰.

14 M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, 468.

15 SS.UU. 31 marzo-7 maggio 2004, RV 227523.

16 SS.UU. 21 gennaio-31 maggio 2010, n. 18288, Beschi.

17 Cfr. L. Violante, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (a cura di), Carocci, Roma, 2016, 32 ss.

18 È virtù della legislazione secondo A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Giuffrè, Milano 2016, che si contrappone alle intuizioni, alle empatie del giudice (*op. cit.*, 336 ss.)

19 Faccio mia una divertente provocazione di Vincenzo Zeno Zencovich.

20 G. Marinucci, “L' analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie

La determinazione delle linee di confine tra il lecito e l'illecito penale è un esercizio proprio della sovranità della politica. Quando la politica rinuncia ad esercitare questa sovranità, si verificano inevitabilmente commistioni di ruoli e sovrapposizioni di interventi che fanno passare il bastone del comando dalla politica alla tecnocrazia dei giuristi, privi di responsabilità politica. Nell'assenza di confini certi tra politica e giurisdizione il giudice va ben oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto, operandone invece una mediazione politica²¹.

La questione sta e cade sulla individuazione dei confini e, quindi, dei limiti delle interpretazioni giudiziali²².

Il diritto, come atto di volontà politicamente legittimato – il paradigma resta quello hobbesiano²³ – ha come primo destinatario il cittadino e il suo contenuto non può essere identificato a posteriori. Ha un senso quindi parlare ancora di certezza del diritto invece che di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Solo il legislatore può agire in base a valutazioni di opportunità. Solo il giudice è tenuto a motivare. Il positivismo oggi è perfettamente consapevole della polisemia dei termini del linguaggio, dell'impossibilità che un testo manifesti tutte le potenzialità significanti fuori dal concreto contesto materiale: deve però restare lo stacco, netto, tra *legis latio* e *iuris dictio*. La capacità di orientamento offerta dal testo nella interpretazione della volontà legislativa opera come argine a teorizzazioni, che coinvolgono anche parte della penalistica, che arrivano alla conclusione “che fra creazione e interpretazione della norma non vi sarebbe differenza perché la seconda ‘è’ la prima”²⁴. Anche l'interpretazione della Costituzione non si differenzia da quella della legge: vi è solo una differenza di “gradazione” si è detto, visto che è alla Costituzione che compete fissare i valori di riferimento di una comunità²⁵.

La trasformazione della Costituzione da tavola delle regole a officina (“*deposito*”²⁶) di valori alimenta un'ideologia creativa del momento interpretativo che, come una cascata attraversa e “dice” il diritto in tutte le giurisdizioni, azionando il proliferare di sempre nuovi diritti da porre sulla bilancia, che si vuole sostituita al sillogismo, ma che, necessariamente, va a detrimento di altri diritti. La questione affiora fortemente a proposito delle vicende della interpretazione costituzionalmente conforme, veicolo che può fortemente contribuire a sorreggere mistificazioni, solo apparentemente persuasive, per superare il limite da parte della magistratura ordinaria²⁷.

penale”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 1255.

21 L. Violante, *op. cit.*

22 M. Luciani, *op. cit.*, p. 226.

23 Lo ricorda D. Pulitanò, “Sulla pena, fra teoria, principi e politica”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 642 ss.

24 M. Luciani, *op. cit.*, 418.

25 *Ibidem*, 441.

26 Così ad esempio, V. Onida, *Le radici della giustizia costituzionale*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, A. Vignudelli (a cura di), Mucchi, Modena, 2012, richiamato da A. Barbera, *op. cit.*, 323 ss. e, *passim*, per una critica di questa tendenza.

27 Rinvio a G. Insolera, “Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio”,

Il tema del limite non si può esaurire trascurando alcuni dati che rendono particolare la vicenda italiana a proposito del rapporto tra giudice e legge.

Se l'interpretazione nel diritto penale ha un rapporto stretto con il potere e la coercizione, non si può tralasciare la crisi profonda e ingravescente che vive la democrazia rappresentativa, scelta come forma di governo dalla nostra Costituzione.

Il deperimento del ruolo del Parlamento ha travolto tutta la narrativa che aveva sorretto il nostro fondamento costituzionale della legalità: irrisa la riserva di legge, determinatezza confusa con il pensiero dominante liberamente prodotto dal potere giudiziario nel dialogo diretto con tanti attori 'rappresentati' dai media.

C'è un rapporto sempre più diretto di singoli magistrati e dell'Associazione nazionale magistrati con i principali media, proponendo o applicando soluzioni politico criminali apertamente antagonistiche rispetto al testo o, ancor prima, alla progettazione legislativa.

È questo il dato nuovo di realtà, con il quale deve misurarsi l'interminabile dibattito sull'interpretazione. Vi è, da parte del potere giudiziario, una produzione endogena di *opinion maker*: una *leadership* giudiziaria alla quale sempre più spesso si affida la politica in crisi.

6. Conclusioni

Concludo, tornando alla problematica specialità della giustizia penale.

È, quella attuale, una stagione sia di disincanto penalistico sia di pulsioni e imprese riformatrici del sistema.

Imprese sospinte dai tempi stretti imposti per l'ottenimento di sostegni economici dell'Unione europea.

Un clima nel quale non è mancata la riflessione sui limiti da porre all'esercizio, immorale quanto necessario²⁸, della penalità.

Il diritto contrapposto alla punizione – fenomeno quest'ultimo antropologicamente precedente all'imposizione di regole statuali al singolo – deve contrastare l'invincibile passione punitiva che può manifestarsi nel dispotismo statale, quello del Leviatano scatenato, ma che può anche in assenza dello Stato, essere sostituito dalla ferocia della gabbia di norme consuetudinarie, tradizionali, rituali²⁹.

Alla stessa maniera sta la necessità di sfuggire agli incantamenti delle buone intenzioni e della magia delle parole, che possono sorreggere la rottura degli equilibri che devono contenere la invincibile natura autoritaria del penale, quale tecnologia del potere che, come tale, non parla di giustizia, ciò anche in una democrazia liberale³⁰.

in *Riv. It. dir. proc. pen.* 2016, 1999ss.

28 Penso al gran libro di M. Nobili, *L'immoralità necessaria*, Il Mulino, Bologna, 2009.

29 È la storia della libertà e “dei modi e delle ragioni per cui le società umane riescono o non riescono a conquistarla”, seguendo la fascinosa ricostruzione di D. Acemoglu, J. Robinson, *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Il Saggiatore, Milano 2020.

30 “È un linguaggio ben utilizzabile per formulare problemi concernenti il potere

In definitiva, il ‘diritto vivente’, frutto della cooperazione e del confronto con il sentire e le attese sociali rispetto al semilavorato legislativo, ci rimanda al concetto problematico, e non da oggi, di opinione pubblica: sulla sua sostanza e sui meccanismi sociali, economici e politici che sovrintendono alla sua formazione³¹.

Si è in proposito ipotizzata una ‘collusione distorsiva’: con il sistema penale collettore di bisogni di pena veicolati dal sistema sociale attraverso la cassa di risonanza del sistema mediatico, che, a sua volta, manipola il consenso su richiesta del sistema penale per autolegittimarsi³².

Occorre essere sempre più guardinghi sul rapporto tra giustizia e opinione pubblica, verso i media divenuti sempre più organizzatori della scala dei disvalori penali e dei connessi stereotipi di autore.

Per scongiurare che si riproponga quotidianamente, in modo esemplare, il triangolo: Sinedrio, Pilato, folla.

Bibliografia

- Acemoglu, D., Robinson, J., *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Il Saggiatore, 2020.
- Barbera, A., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Giuffrè, 2016.
- Barcellona, M., *Giudici politica democrazia*, Castelvecchi, 2023.
- Bruti Liberati, E., *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, 2018.
- Cerroni, U., *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori riuniti, 1969.
- Epidendio, T., “La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura”, in *www.giustiziainsieme.it*, 24 maggio 2022.
- Ferrajoli, L., *Diritto e ragione*, Laterza, 1998.
- Ferrua, P., *Studi sul processo penale. II. Anamorfoosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992.
- Galli, C., *Democrazia, ultimo atto?*, Einaudi, 2023.
- Gottschall, J., *Il lato oscuro delle storie*, Bollati Boringhieri, 2022.
- Insolera, G., “Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio”, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2016.
- Insolera, G., *Forca e melassa*, Mimesis, 2021
- Lipari, N., *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *iustitiaugci.org*, 3 marzo 2019.
- Luciani, M., *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, 2016.
- Marinucci, G., “L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 1255.

statuale di imporre precetti e minacciare e applicare pene”. D. Pulitanò, “Problema castigo e principio di responsabilità”, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia. Il castigo*. Eum, Macerata, 2022, 217.

31 Qualche riferimento in G. Insolera, *Forca e melassa*, Mimesis, Milano-Udine, 2021.

32 È l'ipotesi formulata da C. E. Paliero, “La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss., che in conclusione, poneva l'interrogativo “Il ‘nuovo volto’ del diritto penale: un diritto penale mass-mediatico?”.

- Nobili, M., *L'immoralità necessaria*, Il Mulino, 2009.
- Vignudelli, A., *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Mucchi, 2012.
- Paliero, C. E., “La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)” in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- Pulitanò, D., “Problema castigo e principio di responsabilità”, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia. Il castigo*. Eum, 2022.
- Pulitanò, D., “Sulla pena, fra teoria, principi e politica”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016.
- Rossi, N., *Dalla “giurisprudenza alternativa” alle problematiche dell’oggi*, in www.questionegiustizia.com.
- Violante, L., *Democrazia senza memoria*, Einaudi, 2017.
- Violante, L., *La crisi del giudice “bocca della legge” e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario*, C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (a cura di), Carocci, 2016.

Delia La Rocca*

*Ripensare l'eredità degli anni Settanta: diritto, politica
e società nelle fasi di transizione*

1. Quei controversi Anni '70

Immergersi, a distanza di anni, nella rilettura degli Atti del Convegno del 1972 su “L'uso alternativo del diritto”¹ costringe, inevitabilmente, a misurarsi con una difficile eredità. Impone, a chi ha vissuto intensamente la controversa epoca degli anni '70, l'arduo tentativo di destreggiarsi tra storia, memoria, testimonianza.

Le dense pagine dei due volumi, oggi quasi introvabili, evocano un flusso di ricordi difficile da riordinare: le passioni e le speranze degli anni giovanili, le brusche e numerose fratture tra fasi storiche che si sono rapidamente succedute nell'ultimo cinquantennio, i molteplici tentativi di praticare altre strade e modi sempre nuovi di concepire il ruolo del diritto e del giurista, anche dopo e malgrado il logoramento di quella ‘formula magica’ che aveva segnato il dibattito tra i giuristi degli anni '70.

Il passaggio a questo nuovo millennio, così denso di nuove inquietudini, di nuove tragedie, di nuovi venti di guerra, sembra incaricarsi di marcare una distanza siderale tra le elaborazioni e le tensioni novecentesche e gli scenari attuali. Il che rende ancora più complesso il tentativo, che qui si vorrebbe fare, di riesaminare temi e problemi posti in quel Convegno, per verificarne l'eventuale attualità e la persistente vitalità.

Per comprendere il significato di quella formula ‘provocatoria’, le ragioni del suo successo, così come dell'asprezza delle reazioni che suscitò, occorre ricollocarla nel suo tempo storico. Il titolo del Convegno intercettava, infatti, quell'ansia di cambiamento radicale che in quegli anni attraversava ogni ambito della vita sociale, politica e culturale di tutti i Paesi Occidentali.

Il sostantivo “alternativa”, con i suoi corrispondenti aggettivi, rappresentava una sorta di ‘parola d'ordine’ che pervadeva tutti i movimenti che scuotevano gli assetti delle società occidentali, mettendo in campo un processo di profonda ridefinizione delle relazioni sociali, politiche e persino interpersonali. Si autorappresentavano come “alternativi” i costumi (a partire dall'abbigliamento),

* delialarocca.unict@gmail.com, Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi di Catania.

1 P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 1973.

le sperimentazioni in campo artistico (musica, cinema, teatro, arti figurative, letteratura)², le miriadi di gruppi spontanei che proliferavano in tutti i luoghi dell'organizzazione sociale (le fabbriche, le università, le scuole), con l'obiettivo di rimettere in discussione ogni modello tramandato, ogni istituzione, ogni struttura sociale tradizionale (la famiglia, la divisione dei ruoli tra i sessi e tra le classi sociali).

Un termine adatto a far convergere tra loro le mille istanze di rinnovamento che attraversavano quell'inedito movimento di massa di portata globale, che si proponeva, *in modo pacifico e democratico*, di abbattere ogni barriera sociale, ogni convenzione consolidata, rivendicando nuove libertà individuali estese a tutte e a tutti. Esprimeva quel necessario grado di ambiguità, capace di tenere insieme – quantomeno nella fase della ‘contestazione’ – il più ampio arco di forze: da coloro che erano portatori di un generico anelito di ‘modernizzazione’ e di ‘liberazione’ da vincoli ormai arcaici, a coloro che aspiravano ad una graduale trasformazione del modello economico e sociale dominante, fino a coloro che assumevano un approccio “sovversivo” nei confronti del “Sistema”.

Erano anni in cui “un altro mondo sembrava possibile”. In cui si credeva che una partecipazione di massa alla vita democratica sarebbe stata sufficiente per sconfiggere guerre, tirannie, ingiustizie sociali ed ogni fenomeno di sopraffazione tra le classi, i generi, le generazioni, le etnie, le nazioni³.

Sono, soprattutto, gli anni in cui esplose un movimento femminista mondiale, con un carico di rivendicazioni e di conquiste che andava ben oltre la cosiddetta “emancipazione femminile”.

Eppure gli anni '70 restano tuttora il decennio del secolo scorso meno indagato e rielaborato. Nelle scarse ricostruzioni di quel periodo prevale la tendenza a concentrare l'attenzione sulle degenerazioni violente, sull'attivismo di gruppi estremisti minoritari, sull'esplosione del terrorismo. In Italia, gli anni '70 vengono spesso archiviati come gli “Anni di piombo”, non di rado lasciando intendere una sorta di biunivoca connessione tra gli eccessi della contestazione e il complesso fenomeno del terrorismo, che pure ha svolto un ruolo rilevante nella dispersione delle migliori energie profuse dalla “Generazione Settanta”⁴.

Viene, così, relegata nell'ombra l'altra faccia di quel decennio: quello straordinario fermento di idee e di sperimentazioni che, malgrado tutto, ha lasciato un segno indelebile in ogni campo del sapere e della vita sociale. Un fermento che meriterebbe un più accurato rilievo storiografico.

2 A titolo esemplificativo, cfr. M.C. Iuli, “Gli anni Settanta? Un universo parallelo”, in *Enthymema*, VII/2012. C. Uva, *L'immagine politica. Forme del contropotere tra cinema, video e fotografia nell'Italia degli anni Settanta*, Mimesis, Milano-Udine, 2015.

3 Non a caso si pensava che fosse merito delle oceaniche manifestazioni pacifiste mondiali la fine della guerra del Vietnam, così come la caduta dei regimi dittatoriali di Portogallo (con la famosa Rivoluzione dei Garofani) e Spagna.

4 Come definita nell'accattivante titolo del volume di Gotor. Cfr. M. Gotor *Generazione Settanta. Storia del decennio più lungo del secolo breve. 1966-1982*, Einaudi, Torino, 2022.

2. Il Convegno del 1972: le parole per ricostruire la comunicazione tra diritto, politica e società

Quel fermento riemerge con forza dalle pagine degli Atti del Convegno del 1972, che portava all'interno dell'austero dibattito accademico la riflessione sul programma di una "giurisprudenza alternativa" lanciato da Magistratura Democratica⁵.

A distanza di mezzo secolo, si avverte certamente il distacco da quell'approccio 'militante' che animava tutti i contributi: sia di coloro che avanzavano diverse prospettive e diverse strategie per un "diritto alternativo", sia di coloro che manifestavano riserve verso la via giudiziaria al rinnovamento dell'ordinamento giuridico.

Tuttavia, la distanza consente anche di superare quella diffusa insofferenza che negli anni successivi in tanti ostentarono verso l'apparente ossimoro contenuto nella formula "uso alternativo del diritto".

Nel contesto richiamato, l'incursione del termine "alternativo" anche nella 'cittadella' del Diritto risultava quasi una necessità: rispondeva al bisogno diffuso tra le giovani generazioni di studiosi e di operatori giuridici di ricostituire una comunicazione tra diritto e società, tra una concezione statica dell'ordine (un Ordine da custodire) e il pullulare di rivendicazioni di nuovi

modelli di regolazione giuridica dei conflitti sociali (un Ordine da cambiare). Se "un altro mondo era possibile", serviva un altro diritto.

Il Convegno catanese non fu il primo, né l'unico momento di quella ventata di straordinario rinnovamento degli studi giuridici che attraversò il decennio: nascevano nuove riviste⁶, si moltiplicavano seminari, convegni, iniziative che coinvolgevano soggetti esterni al ristretto circuito universitario.

Due gli elementi che resero peculiare il Convegno catanese. In primo luogo, l'originale tentativo di dialogo tra "scienza giuridica e analisi marxista", pure destinato a suscitare più riserve che consensi⁷. In secondo luogo, proprio il suo titolo: la

5 Gli anni '70 erano anche gli anni del ciclostile: la versione più diffusa del programma di Magistratura Democratica era nota come il "libretto giallo", ciclostilato della Relazione di Accattatis, Ferrajoli, Senese 1971 al Congresso di Magistratura Democratica (Roma, 3-5 dicembre 1971). Per una ricostruzione delle vicende di Magistratura Democratica, v. D. Pulitanò, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, De Donato, Bari, 1977; N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 1994; L. Pepino, "Appunti per una storia di Magistratura democratica", in *Questione Giustizia*, 1/2002; E. Bruti Liberati, "Magistratura: la "radicale svolta" della metà degli anni Sessanta del novecento", in *Il Politico* 2/2019, pp. 77 ss.

6 Nel 1970 nascono *Politica del Diritto* e *Quale Giustizia* (rivista di MD); nel 1971 *Materiali per una storia della cultura giuridica*; nel 1973 *Diritto e società*; nel 1974 *Critica del diritto e Sociologia del diritto*; nel 1975 *La questione criminale*. Negli stessi anni, merita di essere segnalata la 'rifondazione' di *Democrazia e diritto*, nata nel 1960, ma sospesa per un anno nel 1972, su cui cfr. G. Cotturri, "Democrazia e Diritto alle soglie di un impero", in *Democrazia e Diritto*, 2001.

7 Non c'è dubbio che il Convegno del 1972 era riuscito a 'scongellare' i difficili rapporti che fino ad allora si erano instaurati tra analisi marxista e scienza giuridica, lucidamente ricostruiti nella Relazione di U. Cerroni, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di*

forza comunicativa con la quale si rendeva esplicita quell'istanza di cambiamento che serpeggiava tra i giuristi, ma che non trovava le 'parole' per far interagire la cittadella del diritto con il mondo circostante.

I giovani accademici formati negli anni '60 sentivano l'urgenza di allargare il confronto sulle idee innovative avanzate nei propri lavori, portandole all'esterno dei circuiti specialistici. Avvertivano che quella 'cittadella' – elitaria, autoreferenziale, arroccata dietro categorie concettuali obsolete – era ormai assediata da tempo.

E non tanto dalle pulsioni iconoclastiche nei confronti dello Stato e delle sue istituzioni, agitate da gruppi minoritari⁸. Quanto, soprattutto, da quella maggioranza colorata che affollava le piazze e presidiava tutti i luoghi di studio e di lavoro, invocando il cambiamento di un ordinamento che si attardava a riproporre modelli di relazioni sociali in via di estinzione.

La formula "uso alternativo", più che fornire indicazioni univoche, serviva (e servi) ad offrire una prospettiva 'pratica' a quanti ritenevano che il cambiamento si potesse e si dovesse realizzare agendo all'interno delle istituzioni: per orientarne l'azione, tramite la partecipazione democratica, verso il perseguimento di "più equi rapporti sociali" e l'inveramento delle promesse egualitarie enunciate dalla Costituzione repubblicana.

Quale fosse la strada, quali le strategie più idonee per perseguire tale obiettivo fu l'oggetto delle tensioni, delle divisioni e persino delle lacerazioni che percossero il resto del decennio.

Un dato è certo: da quegli anni è partito un processo di radicali mutamenti del nostro ordinamento giuridico, in parte realizzato attraverso riforme legislative, in parte delegato alla via interpretativa. In parte, quale risultato delle più grandi trasformazioni degli scenari globali.

Qui preme restituire a quel titolo un merito, incomprensibilmente sconosciuto: aver evocato le 'parole' per ricostituire una comunicazione tra diritto, politica e società.

classe del diritto borghese, in P. Barcellona (a cura di), *op. cit.*, 1973, vol. I, pp. 2 ss. Seguirono anni nei quali la reciproca diffidenza sembrò superata, consentendo l'elaborazione di preziosi studi giuridici che analizzavano il sistema giuridico attraverso le complesse chiavi di lettura offerte dal marxismo. Molte le ragioni che portarono all'esaurirsi di questa feconda esperienza, sulle quali si v. M. Barcellona, "La scienza giuridica italiana e il marxismo (Prima e dopo l'«Uso alternativo del diritto»)", in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4, 2000. L. Nivarra, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni Settanta*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, Nivarra (a cura di), Giuffrè, Milano, p. 5 ss.

8 Non si vuole qui sottostimare il peso esercitato da certe concezioni schematiche del diritto e dello Stato (intesi come strumenti "della classe dominante" ed in quanto tali non modificabili) sulle degenerazioni violente di una parte dei movimenti degli anni '70. Gli slogan più che vere e proprie elaborazioni antistatalisti, furono certamente utilizzati per 'leggittimare' il cosiddetto terrorismo di 'sinistra'. Ma andrebbe anche ricordata la straordinaria capacità di tenuta democratica del 'popolo di sinistra' dinanzi al susseguirsi di stragi, attentati, lutti le cui cause non sono state mai pienamente disvelate. V. la ricostruzione analitica di Gotor, *op. cit.*, 2022.

3. La crisi dei giuristi come ceto. La questione della formazione degli operatori giuridici

Le ricostruzioni del dibattito catanese mettono in evidenza il tema principale: quali margini di discrezionalità spettano all'interprete nell'applicazione delle norme, quale tasso di 'creatività' della giurisprudenza è ammissibile o auspicabile, quale funzione può ancora svolgere il postulato del primato della legge. Questioni non nuove per la cultura giuridica del Novecento: sistema delle fonti e metodo dell'interpretazione rappresentano gli assi strategici della scienza giuridica dell'ultimo secolo. Questioni sempre attuali, che segnano in modo ancor più dirompente la stagione del 'Diritto vivente'.

Qui si preferisce spostare l'attenzione su un tema poi sottovalutato: l'unanime consapevolezza della crisi del ruolo tradizionale dei giuristi e l'istanza condivisa di una nuova tematizzazione delle strategie percorribili per una ridefinizione della loro "identità"⁹. Un nodo che oggi torna più che mai di attualità.

Non era facile prendere atto delle sfide che il mondo degli operatori giuridici stava per affrontare: all'inizio degli anni '70, si riusciva ad intravedere solo la punta di un iceberg ben più profondo. Eppure, l'intuizione di una crisi del ceto dei giuristi era già presente all'interno di una parte del mondo accademico e della magistratura. La rappresentazione di tale crisi risultava, però, ancora schematica. Per lo più ricondotta alle tensioni tra due modelli di giurista, fondati entrambi su opzioni ideologiche, su una sorta di "volontarismo soggettivo"¹⁰: da un lato, lo stereotipo del giurista conservatore, 'vestale' dell'ordine costituito, resistente ad ogni innovazione, specie di quelle introdotte dalla Costituzione repubblicana; dall'altro, il modello emergente dell'operatore giuridico 'militante' della trasformazione dell'ordine, che intendeva farsi parte attiva di un processo di redistribuzione del potere politico e della ricchezza.

Il Convegno catanese prospettò un salto in avanti: analizzare le ragioni più profonde dell'urgenza di un ripensamento del ruolo dei giuristi.

Nel pluralismo eclettico che caratterizzava le diverse posizioni dei partecipanti al Convegno si rinviene un punto di convergenza: l'inidoneità della dommatica tradizionale e dello strumentario tecnico in "uso" di fronte alle trasformazioni dell'ordinamento. Occorreva rifondare metodi e contenuti della scienza giuridica, così come della formazione dei futuri operatori del diritto.

Lo iato tra contenuti della formazione e realtà ordinamentale era ormai stridente.

Il modello di intervento pubblico nell'economia era ben distante dalla narrazione dello Stato di diritto liberale che si continuava a tramandare nell'insegnamento universitario. Il processo di costruzione dello Stato sociale, per quanto ancora incompleto ed incompiuto, esige nuove forme di mediazione giuridica, per le quali serviva la costruzione di un sapere capace di uscire dal ristretto circuito forense. Le tradizionali classificazioni della sfera pubblica e di quella privata risultavano avulse dal contesto ordinamentale vigente.

9 P. Barcellona, *Introduzione*, in P. Barcellona (a cura di), *op. cit.*, 1973a, vol. II, p. VI.

10 *Ibidem*, p. IX.

Mentre le relazioni tra Stato, economia e società evolvevano rapidamente, i manuali in uso si ostinavano a ricondurre il “nuovo” codice civile del 1942 (come veniva ancora chiamato trent’anni dopo) entro categorie ottocentesche, eludendo le pur rilevanti innovazioni introdotte nella regolazione dei rapporti inter-privati. Ed evitavano di misurarsi con il processo di erosione al quale quel codice, non più tanto nuovo, era esposto per effetto di un’incalzante legislazione, che si continuava a definire “speciale”, anche quando toccava ambiti nevralgici dei rapporti economici (proprietà, lavoro, contrattazione di massa) e dei rapporti inter-personali (famiglia).

La stessa idea del giurista come ‘vestale’ della conservazione cede dinanzi alla constatazione che categorie e concetti passivamente tramandati si riferivano ad uno *status quo* tramontato.

Occorreva ‘attrezzarsi’, con nuovi metodi e nuovi strumenti, per trasmettere un’adeguata conoscenza dei mutamenti intervenuti dei decenni precedenti e per affrontare le riforme *in fieri* che avrebbero ulteriormente cambiato struttura e assetti del nostro ordinamento.

Soprattutto i giovani giuristi della cattedra percepivano la necessità di aggiornare le nozioni stancamente ripetute nelle aule universitarie, di adattarle alle caratteristiche dei nuovi destinatari del loro insegnamento. Avvertivano che la costruzione dell’Università di massa stava per minare la stessa composizione del ceto dei giuristi, ancora strutturato come élite autoreferenziale ed auto-riproduttiva¹¹.

I primi anni ’70 rappresentavano solo l’esordio di una proliferazione degli iscritti, che in pochi anni avrebbero cambiato radicalmente estrazione sociale e composizione di genere dei laureati in Giurisprudenza. Ma già le nuove generazioni di studenti si mostravano portatori di un bisogno di formazione più aderente alle proprie realtà. Non avevano alle spalle studi legali consolidati, né famiglie in grado di trasmettere tradizioni giuridiche. Le studentesse, che approdavano sempre più numerose agli studi giuridici dopo secoli di ostracismo, con la loro semplice presenza disvelavano le contraddizioni di una scienza giuridica che esaltava il soggetto giuridico ‘neutro’, ma conservava maldestre ‘giustificazioni’ delle disegualianze formali fondate sul sesso¹².

I partecipanti a quel Convegno ben presto diventeranno protagonisti di un processo di grande rinnovamento di metodi e contenuti dell’insegnamento universitario¹³ e della ricerca giuridica. Molti di loro contribuiranno ai processi di riforma legislativa, partecipando direttamente alla formazione delle scelte politiche.

11 Osservava lapidariamente N. Lipari, *Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili*, in P. Barcellona (a cura di), *op. cit.*, 1973, vol. II, p.43: “i giudici sono, almeno fino ad oggi, di una determinata estrazione sociale e di una determinata formazione culturale”.

12 Erano passati solo pochi anni dall’accesso delle donne in magistratura. Non di rado residuavano nei manuali ‘spiegazioni’ dell’inidoneità delle donne a svolgere funzioni che richiedevano doti di ‘equilibrio’ e ‘razionalità’. Emblematica la testimonianza di una delle prime donne magistrato, G., Luccioli, *Diario di una giudice. I miei cinquant’anni in magistratura*, Forum Ed., 2017.

13 La critica della manualistica tradizionale darà luogo ad un intenso impegno nella produzione di nuovi strumenti didattici. A titolo esemplificativo: S. Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971; G. Cotturri, *Diritto eguale e società di classi: per una critica dei manuali tradizionali*, De Donato, Bari, 1972; P. Barcellona, *Diritto priva-*

Non tutte le sfide lanciate in quel Convegno ebbero gli esiti auspicati. Ma certamente quello straordinario impegno contribuì ad evitare il declino e l'isolamento verso il quale sembrava diretto il ceto giuridico dei primi due decenni repubblicani.

Una lezione che varrebbe la pena riprendere nell'attuale fase, segnata da una nuova e ben più profonda crisi: nelle stagioni di transizione, la vera "alternativa" dinanzi alla quale si trovano i giuristi è quella tra restare trincerati entro un mondo "separato"¹⁴ oppure confrontarsi con gli altri saperi e altre pratiche che provano ad analizzare le trasformazioni della società.

4. Il tramonto della dommatica tradizionale e la diaspora del metodo dell'interpretazione

I cinquant'anni che ci separano da quell'esperienza sono segnati da troppe cesure: poco resta degli scenari sociali ed istituzionali oggetto delle analisi prodotte nel decennio richiamato. Sicché la sommaria ricostruzione qui abbozzata può anche essere letta come mera celebrazione nostalgica.

Eppure, adesso, come e più di allora, ci troviamo dinanzi ad un quadro in rapido movimento del complesso rapporto tra diritto, politica e società. Un contesto che richiederebbe una nuova riflessione sul ruolo degli operatori giuridici, un ripensamento del loro bagaglio culturale, dei metodi e dei contenuti della loro formazione.

Da quella stagione di fermenti, poi sopiti, derivano anche una serie di lasciti problematici. Primo fra tutti la dispersione di quell'approccio sistematico che, nel bene e nel male, aveva assicurato longevità alla dommatica tradizionale. La critica corrosiva di quella dommatica, che ha condotto al suo definitivo tramonto, non ha poi prodotto nuove teorie sistematiche condivise.

Negli anni successivi, l'abbattimento delle categorie concettuali tramandate diventerà luogo comune, ripetuto in tutte le sedi, accompagnato dalla facile demistificazione di alcuni punti-chiave dello Stato di diritto: certezza e prevedibilità, legittimazione democratica della funzione legislativa, separazione dei poteri. Dall'espressione "uso alternativo", tanto stigmatizzata, si è transitati verso la costante ricerca di un 'uso innovativo', approdando ad una diaspora del metodo dell'interpretazione. Ma 'innovativo' non è sinonimo di 'alternativo'.

Il paventato "depotenziamento della funzione del diritto" e del suo ceto appare come una falsa profezia¹⁵: si assiste, piuttosto, ad un'espansione senza precedenti delle istanze di giuridificazione delle relazioni sociali e al correlativo ampliamento

to e processo economico, Jovene, Napoli, 1973; P. Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, I ed., Jovene, Napoli, 1973; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, I ed., Giuffrè, Milano, 1973; N. Lipari (a cura di), *Diritto privato, una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari 1974.

14 La questione della "separatezza" del ceto giuridico è al centro dell'intero dibattito del Convegno del 1972, come ben evidenziato da G. Cotturri, *L'ideologia della separazione e il recupero dell'analisi del reale*, in P. Barcellona (a cura di), *op. cit.*, 1973, vol. II, pp. 87 ss.

15 P. Barcellona, *Introduzione*, in P. Barcellona (a cura di), *op. cit.*, 1973, vol. I, p. IX.

del ruolo degli operatori giuridici. L'esplosione del contenzioso giudiziale (in tutti i suoi ambiti) ha certamente contribuito al prevalente slittamento dalla ricostruzione teorica del sistema e dalla 'purezza' del metodo ermeneutico, verso la 'pratica' applicazione delle norme. L'operatore forense, sommerso da una mole senza precedenti di conflitti che attendono una soluzione giudiziale¹⁶, non esita a ripiegare su un uso strumentale dell'interpretazione: ad attingere, di volta in volta, da una variegata 'cassetta degli attrezzi' le tecniche argomentative che meglio sembrano adattarsi alla soluzione del 'caso', talora (o spesso) preconstituita sulla base di convinzioni extra-giuridiche (opzioni culturali, etiche, politiche).

Tornano alla memoria le parole di Pietro Barcellona sui rischi di un uso spregiudicato dell'interpretazione: "ricadere nello strumentalismo della scienza giuridica tradizionale e nel volontarismo soggettivo della sopravvalutazione degli strumenti giuridici"¹⁷.

Ci troviamo a fronteggiare una sfida analoga a quella degli anni '70: dinanzi alla dissoluzione dell'ordine costituito del Novecento, si registra nuovamente l'inadeguatezza dell'attuale sapere giuridico dinanzi alle trasformazioni dei nostri ordinamenti e delle nostre società. È tempo di tornare ad analizzare la reale struttura negli assetti sociali ed istituzionali, rifuggendo dai richiami estemporanei ad un "sentire sociale" non indagato.

5. La crisi della legge come forma della mediazione/composizione dei conflitti sociali

È bene chiarire che la crisi dell'approccio sistematico all'interpretazione (e all'applicazione) delle norme non è interamente riconducibile a processi endogeni alla scienza giuridica: crisi della dommatica tradizionale, abbattimento delle sue categorie concettuali, successo delle concezioni anti-formalistiche, diaspora del metodo.

Da tempo, dottrina e giurisprudenza si trovano a dover approntare soluzioni 'pratiche' immediate (se così si può dire) di fronte all'impazienza diffusa nei confronti di una composizione giuridica (non necessariamente legislativa) dei conflitti intersoggettivi. L'ingresso nel nuovo millennio ha impresso un'accelerazione senza precedenti all'incalzare dei mutamenti sociali, politici ed istituzionali: nel nuovo scenario globale, si accavallano in rapida successione il deperimento dello Stato sociale (con le sue promesse di eguaglianza ed equità), la globalizzazione e la digitalizzazione dell'economia e della comunicazione, la privatizzazione e l'individualizzazione dei conflitti attributivi, le alterne fortune del ruolo degli Stati nazionali e delle Organizzazioni internazionali e sovranazionali, la proliferazione delle sedi decisionali.

16 Basti rivolgere uno sguardo veloce alle statistiche sui procedimenti pendenti: la somma di quelli dinanzi alla giustizia civile e penale (https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/monitoraggi_giustizia_civile_e_penale) e di quelli dinanzi alla giustizia amministrativa (<https://www.giustizia-amministrativa.it/statistiche>) oscilla intorno ai cinque milioni di processi pendenti l'anno. Con una durata 'media' di circa sei anni per ciascuno.

17 P. Barcellona, *Introduzione*, in P. Barcellona (a cura di), *op. cit.*, 1973, vol. II, p. IX.

La scienza giuridica e i suoi operatori vengono chiamati a muoversi su un campo minato: assistono e partecipano alla decostruzione del sistema normativo, alla rottura della tradizionale gerarchia delle fonti, privi ormai della protezione di quell'apparato concettuale che presidiava un rapporto 'ordinato' tra produzione della norma e sua applicazione.

I Parlamenti nazionali subiscono un processo di progressivo depauperamento dei propri ambiti decisionali: "le competenze di regolamentazione si spostano verticalmente dagli Stati a regimi internazionali e orizzontalmente dagli Stati ad attori non pubblici, imprese ed elementi della società civile transnazionali"¹⁸.

Il postulato del "primato della legge" finisce per essere insidiato dalla stessa legge, che progressivamente disperde la sua originaria funzione di fonte primaria della mediazione dei conflitti sociali. Private di una sede decisionale stabile e (facilmente) riconoscibile, le diverse istanze sociali innescano una rincorsa circolare con soluzioni legislative precarie, esposte al mutamento continuo.

La produzione legislativa, che nella vulgata appare statica e lenta, si misura con la difficoltà di apprestare soluzioni durature ai conflitti attributivi. Per un verso, rinuncia alla chiarezza dei propri precetti e alla loro coerenza sistematica. Per altro verso, attiva processi di 'delega' della funzione normativa. Si pensi a quella fitta ragnatela di regolamentazioni pubbliche e private, legittimate dalla legge a disciplinare le modalità di esercizio dei pubblici poteri, gli spazi dell'autonomia privata, le interlocuzioni e le intersezioni tra sfera pubblica e sfera privata: regolamenti di Autorità indipendenti; accordi-quadro e forme convenzionali tra settore pubblico e settore privato; codici deontologici e di autoregolazione settoriale.

Lo stesso ruolo di 'supplenza' del potere giurisdizionale è spesso il prodotto di scelte legislative, che affidano alla discrezionalità dell'interprete l'applicazione di 'formule aperte' (ambigue o semplicemente vaghe), ben lontane dalla tradizione delle "clausole generali"¹⁹. Sulle spalle del sistema giudiziale viene caricato il peso di colmare, non più le semplici 'lacune', bensì lo scarto tra la promessa di "effettività" dei diritti e la proliferazione dei bisogni, interessi, aspettative che si autorappresentano come diritti, anche laddove la legge non li preveda espressamente o, persino, quando la legge provi a limitarli o a negarli. Se la Legge non è disposta a riconoscerli, ci sarà certamente "un Giudice a Berlino" disposto a giuridificare l'istanza sconosciuta.

Stare al passo con l'iperfezione della produzione legislativa diventa operazione improba, persino laddove ci si voglia occupare di un singolo istituto o di un singolo ambito problematico. È la stessa Corte di Cassazione ad ammettere candidamente la propria difficoltà di 'conoscere' la normativa vigente: "un vero e proprio 'arcipelago' normativo nel quale non sempre è facile orientarsi", un quadro di riferimento "complesso e frammentario, reso ancor più problematico

18 G. Teubner, "Costituzionalismo della società transnazionale. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC", in *Rivista AIC*, 4/2013, p. 4.

19 M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996 e M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006.

dall'esigenza di affermare e consolidare un'interpretazione orientata al rispetto delle fonti di diritto internazionale (Convenzioni ONU e CEDU) e del diritto europeo (Direttive UE)"²⁰.

6. La crisi della politica come arena di composizione del conflitto redistributivo

La continua erosione dei margini decisionali a disposizione degli Stati nazionali nelle scelte di politica economica e sociale restringe lo spazio della rappresentazione politica degli interessi, quantomeno nelle forme sviluppate nel secolo scorso. La crisi della mediazione legislativa si salda con la crisi della politica quale luogo di composizione del conflitto redistributivo: il continuo spostamento/occultamento delle sedi decisionali, verso la dimensione sovranazionale, le istituzioni del mercato globale e gli organismi esponenziali di interessi particolari, pone il ceto politico nazionale e locale nella difficile condizione di dover ricercare il consenso prospettando soluzioni-tampone a problemi strutturali.

Le nuove forme di comunicazione, rapide e sintetiche, trasformano il linguaggio politico. L'attitudine dialogica viene sostituita dalla produzione di messaggi 'efficaci', in quanto semplificati, potenzialmente capaci di raggiungere 'chiunque': il cittadino-elettore spogliato di specifiche collocazioni sociali e culturali.

Problemi nuovi ed antichi sembrano trovare ascolto solo se espressi in termini di 'emergenza', dinanzi alla quale il circuito politico-mediatico mette in scena la rappresentazione di un Parlamento inerte, per 'annunciare' riforme e controriforme. Non c'è ambito nel quale il singolo parlamentare o il gruppo esponenziale di interessi (settoriali, di categoria, di specifiche soggettività o tematiche sociali) non provino a rendersi 'visibili' per una qualche proposta di riforma di leggi, talora appena approvate.

In nome dell'urgenza della 'decisione', si comprime il tempo a disposizione per l'analisi di quel rapporto circolare che si instaura tra un determinato fenomeno sociale (la reale consistenza, composizione, evoluzione) e la sua regolazione giuridica. Non serve indagare le ragioni multifattoriali dell'inefficacia delle norme già poste, né valutare il presunto impatto delle riforme proposte. Ai fini della 'comunicazione', talora è sufficiente costruire nuove fattispecie di reato, innalzare le pene edittali.

Il sistema politico, stretto tra effetti-annuncio ed iperfetazione normativa, finisce per alimentare forme sempre più estese di sfiducia e di disaffezione verso la partecipazione politica. Marcando, così, una radicale cesura con le diverse formule di democrazia partecipativa sperimentate nel "secolo breve".

²⁰ Cass. Sezioni Unite Penali, sent. n. 10959/2016, p.4. in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1683134508_alma-anonim-maltrattamenti-cass9187-23.pdf

7. Lo 'spazio' del Diritto nel nuovo millennio: successo ed aporie delle strategie di 'supplenza'

Le due crisi appena richiamate hanno contribuito ad una dilatazione esponenziale della domanda di regolazione giuridica dei conflitti sociali, che oltrepassi la mediazione legislativa. La crescita costante della frammentazione sociale e la recrudescenza di vecchie e nuove forme di diseguaglianza attivano una domanda sociale di 'Giustizia' (nel senso più lato), che si rivolge *direttamente* verso l'unico corpo di regole ancora dotato di valenza precettiva: al diritto e ai suoi operatori si richiede di colmare i vuoti (veri o presunti) della composizione politica dei conflitti attribuiti e redistributivi.

Studiosi ed operatori giuridici non sono rimasti spettatori passivi di tali processi: hanno provato a porre in campo diverse strategie di 'supplenza' della mediazione politica, spesso tra loro complementari. Lo spazio di questo contributo consente solo una sommaria ricognizione delle strategie di maggior 'successo' e delle loro aporie.

A) *La sostituzione della mediazione legislativa con un potere 'diffuso' di produzione normativa.* Accanto al proliferare di quelle regolamentazioni pubbliche e private alle quali si è accennato, si sviluppa un'inedita espansione delle prassi di autoregolazione degli interessi, che assumono la forma negoziale, pattizia: convenzioni, accordi-quadro, accordi di collaborazione, patti di servizio, patti di "corresponsabilità".

È il trionfo del 'contratto' come modello regolatorio, che sconfinava ben oltre l'originaria funzione di veste giuridica dello scambio di beni e servizi sul mercato: diventa la 'forma' di legittimazione di una composizione autonoma dei rapporti di forza tra sfera pubblica e sfera privata, tra categorie sociali, gruppi esponenziali di interessi, operatori economici, portatori di istanze extra-mercantili.

La sfiducia nel carattere 'vincolante' della legge (dei suoi enunciati 'generici') sembra colmata dalla 'fiducia' nella valenza precettiva di tali norme pattizie, che pure, in ultima istanza, risiede ancora nella capacità dell'ordinamento di sanzionare l'inadempimento degli impegni così regolati²¹. Nel contempo, la forma tipica del diritto dei privati risulta funzionale alla costruzione di un modello normativo 'fluidò', 'flessibile', rinegoziabile.

Questo modello di regolazione, certamente più aderente ad una società dinamica (o se si preferisce 'liquida'), mostra già i primi segnali di crisi: condivide la stessa difficoltà della politica di garantire una composizione stabile dei conflitti attributivi.

21 L'epoca della globalizzazione porta con sé l'euforia di una praticabile 'emancipazione' del diritto dei privati dagli ordinamenti statali. Sulla problematicità di un diritto privato 'auto fondato' e 'auto esecutivo', v., tra gli altri, N. Jansen, R. Michaels, *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008; D. Lindenbergh, *Fundamental rights in private law: anchors or goals in a globalizing legal order?* in M. Faure, A. van der Walt (a cura di), *Globalization and private law: the way forward*, Edward Elgar, Cheltenham UK, 2010, pp.367 ss.

B) *La strategia dei diritti fondamentali*. L'ampiamiento della sfera della regolazione giuridica ha trovato una solida base teorica nelle costruzioni che affidano alla "efficacia diretta" dei diritti soggettivi la funzione di esercitare sulle istituzioni statali una doppia 'pressione': dalla società, tramite l'azionabilità di diritti anche non compiutamente formalizzati; dall'esterno, tramite il richiamo a vincoli sovranazionali ed internazionali.

Tra la fine del secolo scorso e l'inizio del nuovo millennio, la progressiva giuridificazione degli interessi individuali (indipendentemente dalla fonte del loro riconoscimento) è sembrata la risposta più efficace alla crisi della politica e delle istituzioni nazionali, alla loro incapacità di assicurare la piena realizzazione di bisogni avvertiti come 'irrinunciabili'.

La forza comunicativa della formula del 'diritto fondamentale' risiede proprio nella sua capacità di ipostatizzare bisogni, istanze, aspettative, che rischiano di restare disattesi a causa del ridimensionamento del welfare pubblico e dell'affermazione delle politiche neoliberiste. L'indubbio fascino di questa strategia deriva dalla sua ulteriore 'promessa': espandere la tutela della persona ben oltre il piano "verticale" (nei confronti dei pubblici poteri), assicurare a tali diritti una "efficacia orizzontale"²². Assumere tali diritti come rivendicabili *erga omnes*, immediatamente operativi nei rapporti inter-privati, può servire a mitigare gli eccessi del mercato liberalizzato e globalizzato²³.

Non a caso il successo di questa strategia travalica i confini della cultura giuridica: la rivendicazione di diritti sempre nuovi, così come la denuncia dello iato tra enunciazione e loro realizzazione, penetra il linguaggio dei media, del personale politico, di ogni movimento di opinione, gruppo esponenziale di interessi o di espressione di nuove soggettività. Entra nel 'comune sentire'.

Il proliferare di nuove situazioni soggettive trova, peraltro, alimento anche nella dispersione delle potenzialità di deterrenza un tempo svolte da altri meccanismi di

22 L'ipotesi dell'efficacia diretta dei diritti, in prima battuta, sembrava fermarsi all'immediata applicabilità delle norme costituzionali, laddove le leggi attuative risultassero lacunose o non conformi ai principi costituzionali. Il passo successivo è quello della cosiddetta efficacia orizzontale dei "diritti fondamentali", che trovano la propria legittimazione in un pluralismo di fonti non più esclusivamente statali (pre-statali, extra-statali). Sulla costruzione delle teorie dell'efficacia orizzontale, P. Haberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it. a cura di P. Ridola, Carocci, Roma, 1993. R. Alexy 2007, "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, 1/2007, pp. 45 ss.; M.W. Hesselink 2013, *The horizontal effect of social rights in European Contract Law*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2013.

23 L'ipotesi dei "diritti fondamentali" quale sfera "dell'indecidibile", in quanto tale sottratta tanto alle decisioni del potere politico, quanto a quelle delle forze del mercato è ampiamente argomentata da Ferrajoli. Vd. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007. Emblematiche anche le posizioni assunte, a suo tempo, dal "Gruppo di Studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo", che nel 2004 aveva lanciato un vero e proprio "appello" dei civilisti europei per una maggiore effettività dei diritti sociali all'interno della disciplina europea dei contratti. Cfr. AA.VV. "Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto", in *E.L.J.*, 2004, pp. 653 ss. (trad.it. in *Riv. critica dir. privato*, I/2005, pp. 99 ss.

soluzione 'informale' dei conflitti: le convenzioni sociali, la morale, la religione. Il relativismo etico che connota le nostre società occidentali sposta inevitabilmente l'arena dei conflitti inter-soggettivi verso l'ultimo baluardo di 'pacificazione': le relazioni sociali trovano nel linguaggio dei diritti la formula ideale di garanzia della riparazione del torto, del riscatto, della rivalsa verso comportamenti che vengono avvertiti come sopruso, sopraffazione.

Siamo dinanzi ad una narrazione del tutto nuova dei diritti²⁴, destinata a superare e travolgere la loro originaria politicità. Della vecchia concezione dei diritti soggettivi mutua lo strumentario 'tecnico' posto a supporto della loro 'effettualità': azionabilità, risarcibilità, negoziabilità, assolutezza. Ma ne disperde del tutto l'essenza di conquista collettiva: di punto di mediazione tra pretese/doveri dei singoli consociati e pretese/doveri della collettività, risultato di un processo democratico di "destrutturazione" e "ristrutturazione" dell'ordine²⁵.

Effettuali, forse. Tuttavia, precari e fluidi: resi indipendenti dalla mediazione legislativa, restano affidati all'effettivo esercizio dell'azione individuale, alla composizione locale che origina dal 'caso', al bilanciamento occasionale tra pretese 'equipollenti', di volta in volta, definito dalle Corti.

C) *La strategia del Diritto vivente*. In questo contesto, la strategia di valorizzazione del 'diritto vivente' ha il pregio di prospettare un approccio 'realistico' al sistema giuridico: descriverlo per quello che è, piuttosto che per ciò che dovrebbe essere.

Un approccio che sembra riprendere quel richiamo alla 'realtà' tipico della stagione degli anni Settanta, della quale si sentono riecheggiare alcuni toni: il piglio 'militante' di tanti enunciati giurisprudenziali (e dei loro commentatori); l'afflato che accompagna la 'scoperta' di un *leading case*, da usare quale grimaldello per modificare decisioni o inerzie della politica; un certo orgoglio identitario di un ceto impegnato nella difficile sfida di tessere e ritessere la tela dei rapporti tra politica e prassi giuridica.

Eppure, a ben vedere, si tratta solo di assonanze. Negli ultimi decenni, la composizione e le dimensioni del ceto degli operatori giuridici hanno subito profonde trasformazioni, che non sembra siano state accompagnate da una riflessione sul loro ruolo di portata analoga a quella condotta negli anni Settanta.

L'ansia di un approccio 'pratico' alla crescente domanda di soluzioni giuridiche sembra, piuttosto, aver prodotto una sorta di ribaltamento nella divisione dei ruoli tra scienza giuridica e giurisprudenza. Incalzati dalla necessità di prendere decisioni su milioni di casi pendenti²⁶, giudici (e avvocati) non cercano o non trovano

24 P. Barcellona, *Una nuova "narrazione": la strategia dei nuovi diritti*, in D. La Rocca (a cura di), *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Giappichelli, Torino pp. 29 ss., 2006.

25 Questa l'originaria essenza dei diritti soggettivi nella lettura di P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, Milano, 1975; P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986.

26 V. *supra* nota 16.

supporto nelle prospettazioni formulate dalla dottrina. A loro volta, gli studiosi del diritto si trovano ad inseguire i pronunciamenti giurisprudenziali, ora in cerca della sentenza più ‘innovativa’, ora nel tentativo di ricostruire *ex post* linee di continuità/discontinuità degli enunciati, dai quali trarre nuovi strumenti ermeneutici, nuove formulazioni di diritti, nuove ipotesi di soluzione dei conflitti.

A prima vista, tale ribaltamento potrebbe fornire agli operatori giuridici un quadro di riferimento comune, in grado di ricostituire un simulacro di ‘prevedibilità’ delle decisioni, che possa surrogare la demistificata “certezza del diritto”. A condizione che sappia fare i conti con il rapporto del tutto ‘flessibile’ che la nostra giurisprudenza mantiene con i propri ‘precedenti’. Sì che mentre ci si affanna a commentare l’ultimo orientamento della Corte di Cassazione, la stessa Corte ha già riformulato il suo precedente orientamento.

La forza del Diritto vivente rischia di tramutarsi nella sua debolezza: non offre una ricostruzione del reale funzionamento del sistema, ma ripropone una sorta di nuova chiusura autoreferenziale del ceto giuridico. Le letture più diffuse degli orientamenti giurisprudenziali raramente si spingono ad indagare l’effettiva capacità di risposta del nostro ordinamento alla domanda sociale di ‘giustizia’: difficilmente forniscono una ricostruzione del *quod plerumque accidit* nelle Aule giudiziarie, così come delle dimensioni dei fenomeni di ‘denegata giustizia’²⁷. Restano per lo più attratte dalla selezione ‘casuale’ di enunciati ai quali conformarsi o dai quali prendere le mosse per costruire nuovi ‘precedenti’.

Ma se si guarda il dito, si finisce per non vedere la luna: per non accorgersi che la pretesa di sostituirsi alla politica, prima o poi, può condurre ad un’erosione di quegli stessi spazi che negli ultimi decenni sono stati conquistati dalla regolazione giuridica.

Se si allarga lo sguardo oltre le sedi della mediazione giudiziale, si avverte come le nostre società siano già attraversate da una latente crisi di fiducia nelle effettive capacità del sistema giuridico (e del suo sotto-sistema giudiziario) di ‘pacificazione’ dei conflitti.

Non serve resuscitare il mito della certezza del diritto per comprendere che la domanda sociale di ‘supplenza’ rivolta fin qui al ‘diritto’ sorge da un bisogno diffuso di un grado accettabile di stabilità degli equilibri allocativi, che la politica non sembra in grado di assicurare. Un sistema giurisdizionale che alimenta l’imprevedibilità della reazione ordinamentale, che partecipa alla costruzione di un ‘ordine’ fluido e flessibile, che non guarda all’impatto sociale delle proprie ‘inefficienze’, si espone fatalmente alla medesima crisi di fiducia.

27 Non si allude qui alla fisiologica ipotesi dell’errore giudiziario, bensì alle conseguenze della divaricazione tra dimensioni del contenzioso e capacità di risposta del sistema giudiziale. Costi e durata dei procedimenti, sia in sede civile, che penale, sono all’origine di una percezione sempre più diffusa, prima ancora che di inefficienza del sistema, di vera e propria iniquità degli accidentati percorsi di tutela giudiziale dei diritti: squilibri tra soggetti forti e deboli, tra entità della violazione subita e costi della possibile riparazione, esposizione ai più rapidi processi mediatici in attesa di soluzioni giudiziali tardive.

I giuristi degli anni '70 riuscirono a cogliere per tempo i segnali della crisi che attraversava l'ordinamento (e i suoi operatori), uscendo dalla chiusura autoreferenziale e alzando lo sguardo verso le trasformazioni della struttura sociale ed economica nella quale erano chiamati ad operare.

L'epoca che stiamo vivendo (una nuova fase di transizione da un ordine 'costituito' ad un ordine ancora incerto) richiederebbe la riscoperta di quell'approccio fecondo: riprendere il confronto/contaminazione con altri saperi ed altre pratiche di analisi delle nostre società complesse può rivelarsi, ancora oggi, la strada maestra per ricostituire un ruolo del ceto giuridico che non si limiti ad aderire passivamente al 'corso degli eventi'.

Bibliografia

- AA.VV., "Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto", in *E.L.J.*, 2004, pp. 653 ss. (trad.it. in *Riv. critica dir. privato*, I/2005, pp. 99 ss.), 2004.
- Accattatis, V., Ferrajoli, L., Senese, S., *Per una strategia politica di Magistratura democratica*, testo ciclostilato, 1971.
- R., Alexy, "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, 1/2007.
- Bauman, Z., *Modernità liquida*, Laterza, 2000.
- Barcellona, M., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, 1996.
- Barcellona, M., "La scienza giuridica italiana e il marxismo (Prima e dopo l'«Uso alternativo del diritto»)", in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4, 2000.
- Barcellona, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, 2006.
- Barcellona, M., *Tra impero e popolo. Lo stato morente e la sinistra perduta*, Castelvecchi, 2017.
- Barcellona, M., *Giudici, politica, democrazia. Uso alternativo o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo cambiato*, Castelvecchi, 2023.
- Barcellona, M., Montanari, B., *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, a cura di A. Lo Giudice, Castelvecchi, 2023.
- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista, II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- Barcellona, P., *Diritto privato e processo economico*, Jovene, 1973.
- Barcellona, P., *Una nuova "narrazione": la strategia dei nuovi diritti*, in D. La Rocca (a cura di), *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Giappichelli, 2006.
- Bruti Liberati, E., "Magistratura: la "radicale svolta" della metà degli anni Sessanta del Novecento", in *Il Politico* 2/2019.
- Costa, P., *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, 1974.
- Costa, P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, 1986.
- Costa, P., *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. Maccarelli (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Editorial Dykinson, 2014.
- Cotturri, G., *Diritto eguale e società di classi: per una critica dei manuali tradizionali*, De Donato, 1972.

- Cotturri, G., "Democrazia e Diritto alle soglie di un impero", in *Democrazia e Diritto*, 2001.
- Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, 2001.
- Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, 2007.
- Gotor, M., *Generazione Settanta. Storia del decennio più lungo del secolo breve. 1966-1982*, Einaudi, 2022.
- Haberle, P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it. a cura di P. Ridola, Carrocci, 1993.
- Hesselink, M.W., *The horizontal effect of social rights in European Contract Law*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2013.
- Iuli, M.C., *Gli anni Settanta? Un universo parallelo*, in *Enthymema*, VII/2012.
- Jansen, N., Michaels, R., *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Mohr Siebeck, 2008.
- Lindenbergh, S.D., *Fundamental rights in private law: anchors or goals in a globalizing legal order?* in M. Faure, A. van der Walt (a cura di), *Globalization and private law: the way forward*, Edward Elgar, 2010.
- Lipari, N. (a cura di), *Diritto privato, una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, 1974.
- Lipari, N., *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in <https://pensareildiritto.it/luso-alternativo-del-diritto-oggi/>, 2017.
- Luccioli, G., *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Forum Ed., 2017.
- Luhmann, N., *I diritti fondamentali come istituzione*, cura e introduzione di G. Palombella e L. Pannarale, trad. it di S. Magnolo, Dedalo, 2002.
- Montanari, B., *L'avventura della parola. Venti anni di filosofia del diritto (2000-2020)*, a cura di V. Chiesi e G. Magri, Giappichelli, 2023.
- Nivarra, L., (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2008.
- Pepino, L., *Appunti per una storia di Magistratura democratica*, in *Questione Giustizia*, 1/2002.
- Pulitanò, D., *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, De Donato, 1977.
- Rescigno, P., *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, 1973 (I ed.).
- Rodotà, S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, 1971.
- Rossi, N. (a cura di), *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, FrancoAngeli, 1994.
- Schelfold, D., *L'effettività dei diritti fondamentali in Germania*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, 1997.
- Trimarchi, P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 1973.
- Teubner, G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University press, 2012.
- Teubner, G. *Costituzionalismo della società transnazionale. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 4/2013.
- Uva, C., *L'immagine politica. Forme del contropotere tra cinema, video e fotografia nell'Italia degli anni Settanta*, Mimesis, 2015.

Anna Maria Maugeri*

L'“uso alternativo del diritto”

1. Premessa

Il dibattito suscitato ben cinquant'anni orsono dal convegno sull' *Uso alternativo del diritto* – che si è svolto a Catania nel maggio del 1972¹ – e, quindi, sul ruolo della magistratura come interprete chiamata ad applicare il diritto è ancora oggi di estrema attualità in un delicato momento storico caratterizzato dal c.d. populismo penale, anche giudiziario, in cui il diritto penale viene utilizzato come strumento per raccogliere il consenso elettorale fomentando la paura del crimine per giustificare interventi repressivi, anche strumentalizzando a tal fine (o comunque utilizzando come alleato) l'altro più recente formante normativo rappresentato dai mass media².

In materia penale la riflessione sul ruolo dell'interprete del diritto per eccellenza, la giurisprudenza, assume una particolare e drammatica rilevanza perché il diritto penale è il ramo del diritto che più riflette il rapporto tra autorità e libertà in un determinato momento storico, ricordando che “per il giudice la ricerca e la pronuncia di verità fattuali e del diritto applicabile è *anche* esercizio di potere, ed in ciò sta una differenza fortissima rispetto agli altri ricercatori di verità, cui il giudice imparziale può essere accostato”³.

In materia penale, allora, una riflessione sul ruolo della magistratura come interprete del diritto non può non partire dalla fondamentale affermazione di civiltà giuridica risalente ai padri illuministi e in particolare a Montesquieu (*Lo spirito delle leggi*) del principio della *separazione dei poteri* – legislativo, esecutivo, giudiziario – a garanzia della libertà del cittadino, che si traduce nell'attribuzione al solo potere legislativo del compito di individuare i reati e le sanzioni e, quindi, nel principio di legalità, garanzia del cittadino nei confronti del potere esecutivo e gli

* amaugeri@lex.unict.it, Professore ordinario di Diritto Penale, Università di Catania.

1 P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973; M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, EUT, Trieste, 2011.

2 Sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, PUP, Pisa, 2021, 9 ss.

3 Cfr. D. Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, in *Tra principi del diritto penale e Teoria del reato*, PUP, Pisa, 2022, cit., 70.

arbitri del giudice che non deve diventare il “legislatore del caso concreto”; il tutto connesso alla teoria di Rousseau del contratto sociale, per cui ciascuno rinuncia solo alla porzione minima e indispensabile di libertà per garantire la libertà di tutti. Per il diritto penale la separazione dei poteri e il suo significato politico di reazione contro gli abusi del potere punitivo emerge anche nell’exasperazione dell’affermazione dello stretto vincolo del giudice alla legge: “i giudici non sono... che la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non possono temperarne né la forza né il rigore”.

Tali affermazioni sembrano oggi inverosimili, ma in quel momento storico esprimevano la forte esigenza, contro gli arbitri e i soprusi dello Stato assoluto, di limitare il potere giudiziario e di garantire la certezza del diritto.

2. L’affermazione “dell’uso alternativo del diritto”

Paolo Grossi, grande storico del diritto, in un discorso ai giovani magistrati ha parlato di “spostamento dell’asse portante dell’ordinamento dal legislatore all’interprete: il testo non ha una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo nell’interpretazione”. Fermo restando che Grossi non fa proprio il linguaggio della creatività – “il diritto non lo crea nemmeno il legislatore, tanto meno il giudice” –, l’autore sottolinea “il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità” e guarda con simpatia a “ordinamenti alieni dal concepire il giuridico intrinsecamente vincolato al potere politico”. Anche se poi lo stesso Grossi precisa che “una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale”, avendo in materia penale “una peculiare rilevanza la riserva di legge”, richiamando all’esigenza in penale di limitare il ruolo dell’interprete, del giudice.

Negli anni ’60 la cresciuta consapevolezza della magistratura della rilevanza politica della funzione giurisdizionale si esprime nel Congresso del settembre 1965 della Associazione nazionale magistrati, in cui Giuseppe Maranini definì l’attività giurisdizionale come funzione di indirizzo politico-costituzionale. Nella mozione finale, approvata all’unanimità e concordata dalle tre correnti Magistratura democratica, Magistratura indipendente e Terzo potere, si afferma che “spetta al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all’esame della Corte costituzionale, anche d’ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell’ordinamento giuridico statale”. Questo congresso, definito il congresso di Gardone, divenne punto di riferimento di orientamenti che si contrapponevano alla magistratura più tradizionalista, che sulla base del mito del giudice bocca della legge, rimaneva legata a una sorta di formalismo giuridico che non teneva conto del *novum* costituzionale. Si rivendicava un’interpretazione *costituzionalmente orientata* volta a promuovere l’uguaglianza sostanziale

e, quindi, maggiori spazi in sede ermeneutica, col supporto di teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica, in contrapposizione a tradizioni autoritarie.

In continuità con questo convegno si pone il Convegno di Catania del 1972 sull'*Uso alternativo del diritto*, di cui Pietro Barcellona è stato il principale organizzatore, coadiuvato dai professori Abbadessa, Amirante, Mazziotti e Mirone; la tesi fondamentale proposta dagli organizzatori era quella di un'applicazione dell'analisi marxista all'esperienza operativa del diritto. Al di là di talune posizioni esasperate, in un contesto in cui si affermava che "i tradizionali postulati della democrazia economica (il mercato della libera concorrenza) e della democrazia politica (il Parlamento come luogo di formazione della volontà generale e di esercizio del potere legislativo) apparivano nettamente smentiti e trasformati, con la conseguenza che la realtà esperienziale dimostrava l'assoluta insufficienza delle tradizionali categorie concettuali del diritto eguale generale ed astratto", sembra assolutamente interessante e ancora attuale l'approccio per cui si afferma l'idea che l'interpretazione della legge diventa strumento di attuazione del dettato costituzionale e del principio di eguaglianza sostanziale affermato dall'art. 3 della Costituzione (il procedimento applicativo secondo una scelta, quella in favore delle classi subalterne, che si assumeva "già operata dalla costituzione repubblicana"⁴) con il connesso superamento della "convinzione che la scienza giuridica sia una scienza autonoma, che non abbia nessun nesso con l'economia politica, con la sociologia, con tutte le altre scienze dell'uomo" e il superamento della "convinzione che il giurista sia puramente un tecnico che ha a che fare con operazioni logiche".

Si afferma l'idea che l'interpretazione e applicazione della legge è anche *politica del diritto* (viene contestato il mito dell'apoliticità della giurisdizione e del giudice⁵), nonché l'essenziale funzione del diritto come *pratica sociale*, chiamata a scelte valoriali.

In questa direzione Alfredo Carlo Moro evidenzia come "la ragione ideale della vita del nuovo Stato", è da ricercarsi nella tensione al pieno sviluppo della persona umana, così come è stata tratteggiata agli articoli 2 e 3 del dettato costituzionale.

Pulitanò, oggi professore di diritto penale, ma allora magistrato presente al convegno e componente di Magistratura democratica, ha evidenziato che "la prassi dei magistrati democratici, di fatto, si pone e vuole porsi come alternativa non già ai valori democratico-borghesi (il che rischierebbe di portarci oltre la legalità), ma alle loro deformazioni autoritarie nella giurisprudenza corrente [*corsivo aggiunto*]. Nelle libertà fondamentali vediamo dei diritti universali, che, in quanto validi per tutti, devono poter essere anche di fatto goduti da tutti; che, in particolare, devono potere essere utilizzati dalle minoranze e dalle classi subalterne, come lecito strumento di lotta verso l'assetto di potere costituito".

4 N. Lipari, "L'uso alternativo del diritto oggi", in *Pensare il Diritto*, 2017, 15.

5 N. Rossi, "Dalla 'giurisprudenza alternativa' alle problematiche dell'oggi", in *Questione Giustizia*, 2023.

L'autore non vuole proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegataria, ma precisa che l'uso alternativo in chiave progressista del diritto borghese fosse praticabile solo nei casi in cui gli spazi del testo normativo consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali⁶, e, quindi, consentissero una reinterpretazione costituzionalmente orientata del codice Rocco e, in particolare, delle sue parti più autoritarie⁷.

Non si negava l'essenzialità del momento legislativo. Lo stesso Ferrajoli, che assunse una delle posizioni più estreme, affermava che non si trattava di disapplicare la legge, ma di avere una "giurisprudenza tecnicamente più fondata e argomentata della giurisprudenza conformistica d'ispirazione autoritaria"⁸. Come evidenzia Bobbio, si oppone al giurista come conservatore-trasmettitore di regole già date l'immagine del giurista come creatore di regole trasformatrici⁹; e in questa direzione anche la posizione di Satta, considerato uno degli ispiratori teorici delle posizioni meno formaliste, il quale riteneva che "il giudice nell'interpretazione non si inserisce come un momento del tutto passivo rispetto ad una norma esterna ed estranea ad esso, ma è la norma stessa che si rifà nel concreto, e nel concreto si fa quel che con termine antico ed eterno chiamiamo giustizia"¹⁰. L'operazione denominata "uso alternativo del diritto", anche laddove perdeva la sua istanza rivoluzionaria, finiva per affermare la necessaria politicità dell'attività giuridica e il ruolo non meramente passivo e dichiarativo del giudice interprete¹¹ ("la pretesa di apoliticità – si affermava – era solo la maschera della politica conservatrice, un modo della vecchia magistratura per far politica in maniera indisturbata. Ad essa veniva contrapposta una politicità dichiarata, intesa come fedeltà alla costituzione"¹²); d'altronde oggi si riconosce serenamente che l'interpretazione della legge è "un'attività che presenta un tasso di politicità lasciato all'interprete, e dunque al giudice, già secondo una corretta lettura della divisione dei poteri"¹³.

Il discorso in materia penale assume una particolare delicatezza perché il riconoscimento del ruolo non meramente dichiarativo e formalista del giudice, chiamato anzi a farsi strumento di attuazione dei principi e delle libertà costituzionali, nonché dell'uguaglianza sostanziale imposta dalla Costituzione, si deve conciliare

6 G. Fiandaca, "Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica", in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 78, ricostruendo il pensiero di D. Pulitanò, in "Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante", in P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., 61 ss.

7 D. Pulitanò, *Paradossi della legalità*, in *DPC Riv. Trim.*, 2015, n. 2, 5.

8 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., 106.

9 N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, 47 s.

10 S. Satta, "Il giudice e la legge", in *Quaderni del diritto e del processo civile*, IV, Padova, 1970, 12.

11 N. Lipari, *op. cit.*, 17.

12 N. Rossi, *op. cit.*, 3.

13 M. Donini, "Fattispecie o case law?", in *Questione Giustizia*, 2018, n. 4, 82.

con l'esigenza di garanzia della libertà del cittadino sottesa alla riserva di legge in materia penale, che pretende che le scelte di incriminazione spettino al legislatore, quale espressione del popolo in base al contratto sociale; emerge, insomma, il timore che il riconoscimento della maggiore discrezionalità del giudice finisca per trasferire in capo al giudice scelte di politica criminale che dovrebbero spettare al legislatore.

3. Il ruolo del giudice in seguito alle trasformazioni sociali e l'impegno della Corte Costituzionale

L'affermarsi di un sempre maggiore potere "creativo" del giudice è da legarsi a profonde trasformazioni istituzionali che hanno investito i caratteri della stessa compagine statale ed hanno determinato un aumento delle attività dello Stato e dell'intervento dello Stato nell'economia al fine di perseguire lo Stato sociale di diritto; fenomeni da cui sono derivate anche maggiori aspettative sociali nei confronti dello Stato stesso. In quello che viene definito come il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, il ruolo del giurista muta perché sempre di più spetta a lui determinare i contenuti del diritto, "alterandosi, in tal modo, i rapporti fra i poteri dello stato, fra la legislazione e la giurisdizione"¹⁴.

In tale quadro è stato fondamentale il ruolo della magistratura nel sollecitare la Corte Costituzionale nello smantellamento del volto autoritario del codice Rocco, nelle sue più esasperate espressioni dello Stato fascista, e l'affermarsi del volto costituzionalmente orientato del diritto penale.

Sotto gli *input* provenienti dalla *magistratura*, la Corte costituzionale ha eliminato innanzitutto le fattispecie penali che comportavano una criminalizzazione di condotte espressione dell'esercizio di libertà costituzionalmente riconosciute (ad es. la sentenza n. 29/1960 per l'art. 502 c.p. lo "sciopero per fini contrattuali", n. 87/1966 per l'art. 272 c.p., la propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale)¹⁵ e ha dichiarato l'incostituzionalità di norme in contrasto con principi costituzionali, a partire dal principio di *uguaglianza* (ad es. n. 126/1968 e n. 147/1969 per la disciplina dell'adulterio della moglie e del concubinato del marito in contrasto con l'art. 29 Cost., o la n. 508/2000 per l'art. 402 c.p., il vilipendio della sola religione cattolica).

Da ultimo, poi, la Corte Costituzionale è intervenuta con le proprie sentenze additive per sopperire all'inerzia del legislatore nell'attuazione della Costituzione in tema di diritti fondamentali, fornendo le prescrizioni necessarie per porre fine ad un persistente vuoto di tutela, pur sollecitando innanzitutto il Parlamento a svolgere il suo ruolo nel rispetto dei principi enucleati dalla Corte (basti pensare alla sentenza n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio)¹⁶.

14 Cfr. M. Cossutta, *op. cit.*, nota 14.

15 Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di Diritto Penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, 490 s.

16 G. Silvestri, "La discrezionalità tra legalità e giurisdizione", in *Sistema Penale*, 2024, 5 ss.

Recentemente, ancora, la Corte Costituzionale ha valorizzato la discrezionalità giudiziaria nell'opera di individualizzazione e commisurazione della pena contro tutti gli automatismi, ritenendo il "divieto di ricerca dell'equilibrio nel caso concreto da parte del giudice" "in contrasto con i principi di eguaglianza (art. 3) e di rieducazione (art. 27)" (n. 94 del 2023).

Questo fondamentale ruolo della Corte Costituzionale nell'attribuire un volto costituzionalmente orientato al diritto penale, è stato accompagnato anche dalla responsabilizzazione del giudice di merito, obbligato, come ripetutamente ribadito dalla Corte costituzionale, ad effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle leggi penali, al punto che la dottrina ritiene che "uno degli effetti del costituzionalismo contemporaneo è stato proprio quello di spostare, almeno in parte, la funzione di garanzia dal legislatore al giudice"¹⁷.

In tal guisa non solo il principio di legalità costituzionale¹⁸ influisce in senso conformativo sulla discrezionalità legislativa, ma, a partire dagli anni Sessanta, la "scoperta della Costituzione" e l'esperienza del giudizio di costituzionalità comporta in Italia anche "il riavvicinamento della scienza giuridica alla ragion pratica". Non solo la Corte costituzionale, ma anche i giudici comuni sono chiamati tramite la pratica dell'interpretazione conforme, a fare costantemente ricorso a giudizi di valore (che il positivismo avalutativo della prima metà del '900 aveva ostracizzato), diventando protagonisti di una "pratica sociale orientata verso la giustizia, che è il fine proprio del sapere giuridico in quanto sapere pratico"¹⁹.

4. Il principio di offensività come criterio di interpretazione e limite al potere punitivo

L'estensione della discrezionalità del giudice penale in base ad una concezione non legalistica e formalistica, o descrittiva e veritativa, ma piuttosto teleologica e progettuale²⁰, volta all'affermazione del volto costituzionale del diritto penale avviene anche grazie al fondamentale ruolo svolto dalla dottrina, avallata poi dalla giurisprudenza, nel recuperare a partire dagli anni '60 la teoria del bene giuridico e il connesso principio di offensività²¹.

Quest'ultimo assurge, innanzitutto, a basilare criterio di conformazione legislativa – "limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario" (n. 360/1995) e, quindi, limite al potere legislativo nell'individuare i beni merite-

17 G. Zaccaria, "Una 'nuova' legalità penale tra testo e interpretazione", in *Sistema Penale*, 2022, n. 12.

18 R. Bartoli, "Le garanzie della 'nuova' legalità", in *Sistema Penale*, 2020, 150; G. Zaccaria, *op. cit.*, 21 s.

19 M. Vogliotti, "Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea", in *Sistema Penale*, 30 gennaio 2024, 7.

20 Espressione di R. Bartoli, "Nuovi scenari della legalità penale", in *Sistema Penale*, 2022, 60.

21 F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, 1973, p. 17 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, 116 ss.

voli di tutela (principio di origine illuministica proprio nella sua funzione critica di limite al potere punitivo, Binding-Liszt) e la tecnica di criminalizzazione –, per poi diventare anche primario criterio giudiziario-interpretativo²² per cui “è precipuo dovere del giudice di merito [...] apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se la condotta dell’agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall’area del penalmente rilevante” (n. 333/1991).

L'accoglimento del principio di offensività, insomma, vuol dire che nell'applicare la norma penale verificando, innanzitutto, la tipicità del fatto, il giudice deve fare rientrare nella fattispecie astratta solo fatti offensivi del bene tutelato in base a una visione teleologicamente orientata, ricordando che la tipicità è il “precipitato tecnico della teoria del bene giuridico”²³.

In base al principio di offensività la Suprema Corte, ad esempio, pretende che la falsa testimonianza non cada su circostanze ininfluenti sul processo decisionale del giudice²⁴; o ritiene che non rientri nella fattispecie rilevante la frode processuale priva di idoneità ingannatoria²⁵ o, in relazione alla calunnia, l'ipotesi in cui sia impossibile l'inizio di un procedimento penale per manifesta infondatezza dell'addebito²⁶; o non riconduce tra i falsi materiali in documenti le falsità così grossolane da rendere impossibile l'induzione in errore anche della persona più sprovvista; in relazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti (art. 73 c. 1 T.U. stupefacenti). Le Sezioni Unite hanno affermato che l'offensività non ricorre se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile²⁷.

Il principio di offensività, che pure apre gli spazi della discrezionalità giudiziaria, è stato utilizzato, poi, dalla Corte Costituzionale come strumento di controllo della legittimità costituzionale fondandolo sull'art. 25, c. 2, Cost. in una lettura sistematica cui fa da sfondo “l'insieme dei valori connessi alla dignità umana” (Corte Cost. n. 263/2000), consentendo, innanzitutto, la riduzione dell'area del penalmente rilevante con interpretazioni costituzionalmente orientate di fattispecie del codice Rocco di dubbia costituzionalità perché volte ad un'eccessiva anticipazione della tutela penale, come le fattispecie di pericolo presunto (basti pensare alla fattispecie di apologia di reato, interpretata come un'istigazione a delinquere dalla sentenza n. 65/1970)²⁸, o addirittura permettendo – seppure con *self restraint* e in ipotesi limite – di dichiarare l'incostituzionalità di fattispecie obsolete a tutela di beni in alcun modo compatibili con le direttive costituzionali, come l'art. 3 l. 1085/1929 sull'esposizione di bandiere estere senza preventiva autorizzazione (n. 189/1987). In questi e in altri casi la Corte utilizza il principio di offensività sotto le vesti del

22 Corte Cost. n. 519/2000; n. 360/95; n. 263/2000; 519/2000; n. 225/2008.

23 G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale* – Parte Generale, Zanichelli, Bologna, 2019, 197; cfr. Cass., S.U., 18 luglio 2013, n. 40354, Sciuscio.

24 Cass. 6/7/2010, n. 29258; 17/4/2007n. 34467.

25 Cass. SU, 25 ottobre 2007, n. 45583; 28/9/2017, n. 51681.

26 Cass. 19/12/2017, n. 14761; 2/1/2014, n. 10282.

27 Cass. SU 24/4/2008, n. 28605; 22/2/2017, n. 36037.

28 C. Cost. n. 333/1991; 225/2008.

criterio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. – intesa come ragionevolezza intrinseca dell'incriminazione, che rappresenta pur sempre una discriminazione rispetto alla regola rappresentata dalla libertà –; il principio di offensività diventa il parametro atto a verificare la costituzionalità di una fattispecie incriminatrice sotto il profilo del ricorso alla tutela penale e in tal guisa tale principio è una proiezione in materia penale del principio di proporzionalità che consente di valutare l'idoneità, la necessità e la proporzionalità della fattispecie rispetto all'obiettivo di tutela preso di mira.

In casi più recenti la Corte Costituzionale, da una parte, e le Sezioni Unite della Suprema Corte, dall'altra, hanno richiesto al giudice “un incisivo controllo circa la sussistenza del requisito dell'offensività in concreto”²⁹.

In queste pronunce la Corte “ridefinisce in termini assiologici la ratio delle fattispecie rispetto alle quali si pone un problema di ragionevolezza”, e con ciò facendo ridefinisce la teleologia tipologica³⁰.

5. Gli abusi determinati dall'eccessiva discrezionalità giudiziaria e dalle emergenti esigenze di tutela

Nella prassi si è assistito, però, non solo all'affermarsi di una legalità costituzionalmente e convenzionalmente orientata, che si contrappone alla mera legalità legalistica, ma anche all'affermarsi della c.d. legalità giurisprudenziale³¹, caratterizzata da un eccessivo protagonismo della giurisprudenza che ha esteso l'ambito di applicazione di talune fattispecie al di là del dato normativo e in violazione del principio di precisione/tassatività, nonché della prevedibilità dell'intervento punitivo e del principio di uguaglianza.

Questo fenomeno è stato determinato anche dalle profonde trasformazioni istituzionali e dall'esigenza di affrontare i problemi nuovi che si sono riversati sulla giustizia penale: dalla criminalità organizzata al terrorismo (a partire dalle bombe del 12 dicembre 1969); dalla corruzione diffusa che ha poi portato alla c.d. tangentopoli, all'emergere della consapevolezza dell'importanza di nuovi beni giuridici meritevoli di tutela, come l'ambiente. In tale contesto si denuncia la tendenza della giurisprudenza a giocare d'anticipo, estendendo i confini delle fattispecie incriminatrici o, addirittura, finendo per creare delle fattispecie penali, abbassando le garanzie anche nell'applicazione degli istituti processuali.

Basti pensare al periodo dei pretori d'assalto, e della c.d. supplenza giudiziaria, “ambigua formula che evoca una miscela non ben definita (o diversi tipi di miscela) di profili politici e giuridici, che deve la sua fortuna mediatica alla carica polemica che in vario senso se ne può trarre, in chiave critica verso la magistratura (accusata di fare troppo) o verso altre istituzioni (accusate di fare troppo poco)”³².

29 C. Cost. n. 265/2005; n. 278/2019; n. 141/2019; n. 109/2016; in tale direzione Cass. SU 19 dicembre 2019, n. 12348, Caruso; SU, 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj; 18/7/2013, n. 40354.

30 R. Bartoli, “Nuovi scenari”, *op. cit.*, 13.

31 R. Bartoli, “Le garanzie”, *op. cit.*, 149 ss. per queste definizioni.

32 D. Pulitanò, “Il giudice e la legge penale”, in *Questione Giustizia*, 2019.

I c.d. pretori d'assalto, ad esempio, hanno cercato di tutelare l'ambiente e il paesaggio contro l'abusivismo edilizio supplendo l'inerzia degli amministratori locali, o hanno esteso l'applicazione delle fattispecie a tutela della pubblica amministrazione in funzione moraleggiante dinanzi all'incapacità interna della burocrazia e dei partiti politici di intervenire, ad esempio estendendo la nozione di peculato per distrazione, anche alla condotta a favore pur sempre di un ente pubblico, o applicando le fattispecie di corruzione e concussione senza accertare l'atto contrario ai doveri di ufficio³³, con ciò adeguando la fattispecie all'esigenza di colpire un fenomeno criminoso emergente, la corruzione sistemica, ma con un'evidente interpretazione *contra legem*; in quest'ultimo caso si verifica un fenomeno, ormai piuttosto frequente nella prassi, per cui il diritto vivente ha anticipato una "nuova incriminazione" introdotta, poi, con la riforma dell'art. 318 e 319 da parte della l. 190/2012.

Anche in epoca più recente la magistratura rivendica "un ruolo di garanzia dei diritti e della dignità delle persone e delle molte minoranze che popolano le moderne società" (dalla protezione di diritti umani fondamentali come nel caso dei migranti; alle azioni a tutela dei risparmiatori e delle finanze pubbliche in contesti finanziari sempre più complicati e vorticosi; agli interventi sulla condizione dei lavoratori marginali, come i rider o i lavoratori della logistica)³⁴. Agli interventi a tutela della libertà sessuale delle donne dilatando l'obsoleta fattispecie di violenza sessuale, art. 609 bis c.p. (che ancora pretende la violenza e la minaccia)³⁵.

A ciò si aggiunga che in molti settori (ecoreati, immigrazione, tutela dei minori, sicurezza pubblica, pubblica amministrazione, etc.) la dottrina lamenta la mancanza di tassatività delle fattispecie³⁶, al punto da ritenere esautorata l'istanza della legalità³⁷.

L'ipertrofia del diritto penale è anche una delle cause di questa mancanza di tassatività, propria di un diritto penale che spesso "vorrebbe colpire non tanto reati ben determinati e circoscritti, non tanto fatti, quanto amplissimi fenomeni criminali (come mafia, terrorismo, corruzione o malgoverno del territorio, per non dire quando si voglia ridurre il processo epocale delle migrazioni a fenomeno criminale)"³⁸. Ne consegue un linguaggio programmatico-politico più che prescrittivo-giuridico, dove l'emozione ha il sopravvento sulla ragione, e a ciò si aggiunge l'idea o la strumentalizzazione politica dell'idea che con "il diritto penale si possa rimediare ad ogni ingiustizia e ad ogni male sociale", dando vita a un diritto penale "simbolico-moralizzatore", "il diritto penale come etica pubblica"³⁹, "in contrasto

33 Cass., sez. VI, 7 luglio 2016 n. 40237, corruzione sistemica; cfr. Cass., sez. IV, 4 maggio 2006, n. 33435; Cass., sez. fer., 8 settembre 2009, n. 34834. In materia P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra legislativo e iurisdicio*, Giappichelli, Torino, 2022, 16 ss.

34 N. Rossi, *op. cit.*, 10.

35 Cfr. A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati*, *op. cit.*, 96 ss.

36 Cfr. P. Scevi, *op. cit.*, 31 ss.

37 G. De Francesco, *Profili evolutivi delle categorie del reato in Tra principi del diritto penale*, *op. cit.*, 104.

38 G. Zaccaria, *op. cit.*, 22.

39 M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2015.

con i principi dell'*extrema ratio*, della proporzionalità e del divieto di retroattività". Per non dire, in contrasto del principio di tipicità⁴⁰. E tale condizione strutturale è denunciata anche dall'ANM nella sua ultima mozione in occasione del 36° congresso nazionale.

Rimane, poi, il problema che anche l'interpretazione costituzionalmente orientata si presta alla più ampia discrezionalità quando si tratta di principi ad amplissimo spettro, o pregni di contenuto filosofico, morale, politico (libertà, uguaglianza, dignità umana); per cui anche l'interpretazione costituzionalmente orientata, pur con le migliori intenzioni, risente di "precomprensioni e preferenze assiologiche" in base all'orientamento politico/ideologico/culturale/religioso dell'interprete di turno⁴¹.

Basti pensare alla delicata vicenda giurisprudenziale che ha caratterizzato il caso Englaro⁴², o alla giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha smantellato la normativa repressiva in materia di procreazione assistita⁴³, o alla giurisprudenza della Corte Costituzionale⁴⁴ che considera costituzionalmente legittime le fattispecie che configurano "come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata"⁴⁵ in base ad una concezione considerata paternalistica⁴⁶, o alla giurisprudenza della Suprema Corte sulla pedopornografia virtuale⁴⁷ (fattispecie che di per sé è accusata di essere inoffensiva ed espressione del diritto penale d'autore o del nemico) che ha ritenuto applicabile la definizione dell'art. 600 quater 1. anche alle rappresentazioni fumetti di minori coinvolti in atti sessuali⁴⁸.

Per limitare tale discrezionalità Pulitanò propone il ricorso a un pluralismo ragionevole⁴⁹, che riprende la prospettiva filosofica rawlsiana facente leva sul "consenso per intersezione", prospettiva interessante se non fosse per lo stato di sofferenza della nostra attuale "democrazia culturalmente impoverita, iper-conflittuale e frammentata", nella quale la "razionalità discorsiva" tende a essere soppiantata dal c.d. populismo penale o comunque da strumentalizzazioni politiche a fini di consenso politico di qualunque ideologia⁵⁰.

40 G. Zaccaria, *op. cit.*, 23.

41 G. Fiandaca, *op. cit.*, 82.

42 M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, in DPC 15 marzo 2017.

43 V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino, 2019.

44 C. Cost., 7/16/2019, n. 141.

45 A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in DPC 2018, n. 2, 159.3

46 Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sancito che la prostituzione è incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando "oggetto di costrizione", il che significa che, quando essa è frutto di libera scelta, è anzi espressione di quegli stessi diritti. Corte Edu, 11/9/2007, Tremblay v Francia.

47 Cass., 13/1/2017, n. 22265, Z. B.

48 Cass., 13/1/2017, n. 22265.

49 D. Pulitanò, *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in *Studi in onore di Sergio Moccia*, ESI, Napoli, 2017, 218.

50 Così G. Fiandaca, *op. cit.*, 83.

6. Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza delle Corti europee

L'attuazione, in qualche modo, del programma emerso nel convegno sull'*Uso alternativo del diritto* assume oggi un più ampio respiro laddove l'interpretazione costituzionalmente orientata non basta, ma, nel quadro del c.d. costituzionalismo multilivello e nel rispetto dell'art. 10 e 117 della Costituzione, l'interpretazione del diritto interno deve essere convenzionalmente orientata, nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute dalla Cedu⁵¹, anzi diventa strumento di implementazione di tali diritti e libertà, nel perseguimento del principio di uguaglianza sostanziale europeo ex art. 14 Cedu.

In tale contesto assume un fondamentale rilievo la rilevanza che la Corte Edu attribuisce al formante giurisprudenziale, come affermato dalla Corte Costituzionale italiana nelle due celebri sentenze n. 348 e 349 del 2007, che nel riconoscere la rilevanza della Cedu come fonte subcostituzionale e, quindi, la necessità che l'interpretazione del diritto interno sia convenzionalmente orientata⁵², ha sancito che le norme della Cedu vivono attraverso l'interpretazione che di esse dà la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dunque che la norma "sub-costituzionale" non è la disposizione Cedu, ma la norma come prodotto dell'interpretazione⁵³.

La valorizzazione da parte della Corte Edu di una nozione sostanzialistica di legge che riconosce espressamente, anche per dare conto delle tradizioni di common law, l'importanza del ruolo del giudice che dà vita alla norma e la plasma in base alla propria discrezionalità, è accompagnata, però, nella tradizione della Corte Edu dall'affermazione della portata garantistica del principio di legalità ex art. 7 Cedu, comprensivo di tutti i suoi sotto-principi espressamente finalizzati a tutelare il cittadino anche nei confronti del potere giudiziario.

A tal proposito occorre ricordare, innanzitutto, che la Corte Edu ha esteso già in epoca risalente i principi garantistici della Cedu a una nozione ampia di "materia penale", in cui non rientrano solo gli illeciti (e le sanzioni) qualificati come "penali" in base al diritto interno, ma tutti quelli considerati punitivi in base ai criteri Engel⁵⁴.

In particolare, poi, a proposito del ruolo del giudice, la Corte europea ha sempre sancito non solo che esclusivamente "una legge può introdurre un crimine e stabilire una pena"⁵⁵ ma anche che con il termine '*law*' si allude a un concetto che ricomprende sia "*statute law as well as case-law*", adottando un approccio tipicamente sostanzialista, che, al fine di contemperare le esigenze dei diversi sistemi giuridici europei cui i principi convenzionali devono essere applicati, considera equivalente il formante legale e quello giurisprudenziale quali fonti del diritto pe-

51 Corte EDU, 23/4/2024, *Sacharuk v. Lithuania*, no. 39300/18, 146 e giurisprudenza citata.

52 Idem

53 Cfr. C. Cost. decisioni nn. 154 del 2004, 299 del 2005, 61 del 2006.

54 Per l'estensione del principio di irretroattività all'illecito amministrativo punitivo cfr. C. Cost. n. 196/2010; n. 223/2018; n. 68/2017; n. 276/2016; n. 104/2014; n. 109/2017.

55 Cfr. Corte Edu, 29/3/2006, *Achour v. France*, n. 67335/01, CEDH 268, § 41; 21/1/2003, *Veeber v. Estonia* (N°. 2), n. 45771/99, CEDH, § 31; 22/3/2001, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germania*, n. 34044/96, § 50.

nale⁵⁶ e comunque: “*the ‘law’ is the enactment in force as the competent courts have interpreted it*”⁵⁷. La Corte esalta, poi, gli aspetti qualitativi della legalità: “non più circoscritti alla determinatezza della norma, ma concernenti anche la accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza”⁵⁸, esaltando i collegamenti tra il principio di legalità e quello di colpevolezza (la nozione di legge implica determinate qualità di prevedibilità e accessibilità)⁵⁹.

In tal guisa la Corte Edu riconosce le garanzie connesse al principio di legalità, art. 7 Cedu anche in relazione alla norma così come interpretata, dilatando, in particolare, l’applicazione del principio di irretroattività *in malam partem* anche al diritto giurisprudenziale⁶⁰.

Pur enfatizzando il ruolo del giudice, la Corte europea, per contro, ne limita la discrezionalità anche laddove attribuisce al principio di legalità il significato di principio di tassatività, vietando non solo l’analogia ma anche l’interpretazione estensiva⁶¹ o, perlomeno, si ammette l’interpretazione estensiva nei limiti in cui fosse “ragionevolmente prevedibile” in quanto “risultato dello sviluppo di una linea giurisprudenziale percepibile o se la sua applicazione in circostanze più ampie fosse comunque compatibile con l’essenza del reato”⁶²; si riconosce che la progressiva evoluzione della legge penale attraverso l’interpretazione giudiziale è una parte necessaria della tradizione legale, purché i risultati di tale sviluppo interpretativo siano conformi all’“*essenza del reato e possono essere ragionevolmente prevedibili*”⁶³.

Nella considerazione di parametri oggettivi si attribuisce rilevanza anche all’evoluzione socioculturale⁶⁴, svincolata da riferimenti normativi-formali; in tale direzione le storiche sentenze in tema di *marital rape*⁶⁵, in cui l’evoluzione socio culturale cui i giudici di Strasburgo rimandano attribuisce valenza decisiva a un modello di riconoscibilità oggettiva.

Nell’ordinamento italiano la giurisprudenza della Suprema Corte ha accolto il principio di irretroattività dell’interpretazione in *malam partem* della giurispru-

56 Cfr. S., Bernardi, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale*, in DPC, 16/1/2018.

57 Da ultimo Corte Edu, *Sacharuk*, cit., 146.

58 A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, in CP, 2007, 5, 2202.

59 Tra le altre Corte Edu, Sez. II, 3/3/2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, n. 22429/07 e 25195/07, 58; 14/3/2013, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, n. 26261/05 and 26377/06, § 77.

60 Corte EDU, 10/10/2006, *Pessino c. Francia*, n° 40403/02, §§ 15-37; 21/10/2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, n. 42750/09; *Sacharuk*, cit. M. Donini, *op. cit.*, 87; cfr. G. Pino, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino, V. Villa, *Rule of law*, Il Mulino, Bologna, 2016, § 1.3.

61 Cfr. Corte Edu, 8/7/1999, n. 23536194 – 24408194, in 31 *E.H.R.R.* 2001, 292; 21/1/2003, *Veeber v. Estonia*, n. 45771/99, § 3; Corte Edu, Sez. II, 3/3/2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, nn. 22429/07 e 25195/07, § 58.

62 Così Corte Edu, *Sacharuk*, cit., 145; cfr. *Jorgic c. Germania*, n. 74613/01, § 114, Cedu 2007 III; *Custers e altri c. Danimarca*, nn. 11843/03 e altri 2, 3/5/2007; e *Huhtamäki c. Finlandia*, no. 54468/09, § 51, 6/6/2012-

63 Corte Edu, *Streletz*, § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Kafkaris*, cit., § 141; *Parmak e Bakir*, cit., § 59:.

64 Cfr. Corte Edu, sez. II, 19 febbraio 2008, *Kuolelis e a. v. Lituania*, § 115 ss.

65 Corte Edu, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. 0166/92, §§ 43 ss..

denza⁶⁶, ma le Sezioni Unite della Suprema Corte⁶⁷ hanno precisato nel caso “fratelli minori di Contrada” che l'*overruling* non consentito perché non prevedibile per l'imputato, è configurabile solo nei casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con i precedenti.

Degna di nota nell'ordinamento italiano la sentenza Beschi delle Sezioni Unite che all'insegna della massimizzazione della protezione dei diritti fondamentali nella prospettiva consacrata dall'art. 53 della Cedu e richiamata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 317/2009⁶⁸, ha sancito che “L'obbligo di interpretazione conforme alla convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo ‘elemento di diritto’, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il ‘diritto vivente’”⁶⁹.

Per le materie che rientrano nel suo ambito di applicazione (art. 51 CDFUE) un altro fondamentale formante normativo è rappresentato dal diritto UE di cui la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto il primato, facendolo assurgere a direttiva fondamentale dell'interpretazione del diritto interno da parte del giudice; ciò attraverso l'obbligo di *interpretazione conforme*, l'eventuale *rinvio pregiudiziale* alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE in caso di dubbio sul significato di una norma UE (oggi anche la Corte Costituzionale utilizza tale strumento in un rapporto dialogico con la Corte, come avvenuto la prima volta nella nota vicenda Taricco con ordinanza n. 24/2017) – e la Corte Costituzionale riconosce efficacia costitutiva a tale giurisdizione⁷⁰ –, nonché la diretta *disapplicazione* della norma penale in contrasto con i diritti e le libertà riconosciute in sede UE⁷¹, compresa la Carta dei diritti fondamentali UE (che a norma dell'art. 6 TUE ha lo stesso valore dei trattati⁷²). Non è possibile approfondire in questa sede, ma anche il diritto UE e la giurisprudenza delle sue Corti hanno rappresentato uno strumento di implementazione dell'*Uso alternativo del diritto* in chiave di tutela di diritti e di libertà fondamentali, basti pensare al caso “El Dridi”⁷³.

7. Conclusioni: tra legalità legalistica e legalità costituzionale

L'invito emerso dal convegno sull'*Uso alternativo del diritto* “penale” di valorizzare il ruolo costitutivo della giurisdizione come “pratica sociale”, in materia pena-

66 Cass. SU, 31/5/2018 n. 51815.

67 n. 8544/2020.

68 Cfr. G. Grasso, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 57.

69 Cass. SU, 21/1/2010, n. 18288; cfr. SU, 29/5/2014, n. 29556.

70 C. cost. n. 113/1985; n. 389/1989.

71 G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Giuffrè, Milano, 2023; v. Corte cost., 18/4/1991, n. 168; 2/2/1990, n. 64.

72 CGUE, 8/3/2022, C-205/20.

73 CGUE, 28/4/2011, C-61/11.

le si è tradotto nell'impegno della giurisprudenza, almeno di una parte, a limitare gli aspetti autoritari del codice Rocco e a fornire un'interpretazione della norma capace non solo di rispettare, ma anche di implementare i diritti e le libertà riconosciute nella Costituzione (a partire dal principio di uguaglianza sostanziale); e si è realizzato, poi, anche con l'affermazione della teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata e il principio di offensività, come criterio di interpretazione di carattere teleologico e limite al potere punitivo.

Il tutto ha trovato un terreno assolutamente favorevole nell'ordinamento e nella giurisprudenza europea, che hanno accolto una nozione sostanziale di legge come *law in action*; ogni giudice nazionale come giudice europeo è chiamato a interpretare la norma penale nel rispetto dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Cedu e dal diritto UE, a partire dalla CEDDF, se non a utilizzare la norma penale per tutelare tali diritti e libertà. Si è così affermata quella che possiamo definire la legalità "costituzionale europea multilivello" nella contrapposizione tra una legalità formale/legalitaria e una legalità giurisprudenziale, che rischia di violare lo stesso principio della separazione dei poteri per rispondere all'emergere di nuovi fenomeni criminali o alla mancanza di tassatività della legge penale.

La più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte sembra oscillare tra orientamenti maggiormente ispirati a una c.d. legalità formale⁷⁴ e orientamenti ispirati alla c.d. legalità giurisprudenziale, che non è possibile esaminare in questa sede; ma in conclusione, sembra preferibile l'approccio della Corte EDU che pur riconoscendo ampiamente il ruolo costitutivo della giurisdizione, pone all'interpretazione giurisprudenziale in materia penale – come esaminato – il limite del rispetto dell'essenza della norma, per garantire la *prevedibilità* dell'intervento punitivo e, quindi, la tutela della libertà del cittadino. La legalità costituzionale – tanto più "europea multilivello" – realizza pienamente, inoltre, l'esigenza di affermare una visione moderna e dialogica del principio della separazione dei poteri⁷⁵.

Il tutto in un momento storico in cui una "crisi etica (o meglio la crisi di democrazia dell'associazionismo dei magistrati) rivelata dal caso Palamara e l'involuzione burocratica e carrieristica che essa ha messo a nudo hanno reso ancora più problematica la condizione della magistratura e, al suo interno, di una magistratura di orientamento democratico, tuttora interessata a rifiutare una interpretazione burocratica del suo ruolo"⁷⁶.

L'Uso alternativo del diritto, allora, rappresenta ancora un input valido per stimolare un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme volta a realizzare l'uguaglianza sostanziale contro l'attuale – sempre più preoccupante – populismo penale, ma anche populismo giudiziario.

74 C. Cost. n. 327/2008; n. 230/2012; Cass. SU civ., n. 38596/2021.

75 Cfr. G. Silvestri, *op. cit.*, 18.

76 Cfr. N. Rossi, *op. cit.*, 8.

Bibliografia

- barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- Cossutta, M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, EUT, 2011.
- Maugeri, A.M. *I reati sessualmente connotati*, PUP, 2021.
- AA.VV., *Tra principi del diritto penale e Teoria del reato*, PUP, 2022.
- Lipari, N., "L'uso alternativo del diritto oggi", in *Pensare il Diritto*, 2017.
- Rossi, N., "Dalla 'giurisprudenza alternativa' alle problematiche dell'oggi", in *Questione Giustizia*, 2023.
- Fiandaca, G., "Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica", in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, 2023.
- Pulitanò, D., *Paradossi della legalità*, in *DPC Riv. Trim.*, 2015, n. 2.
- Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977.
- Satta, S., "Il giudice e la legge", in *Quaderni del diritto e del processo civile*, IV, 1970.
- Donini, M., "Fattispecie o case law?", in *Questione Giustizia*, 2018, n. 4, 82.
- Marinucci, G., Dolcini, E., *Corso di Diritto Penale*, Giuffrè, 2001.
- Silvestri, G., "La discrezionalità tra legalità e giurisdizione", in *Sistema Penale*, 2024.
- Zaccaria, G., "Una 'nuova' legalità penale tra testo e interpretazione", in *Sistema Penale*, 2022, n. 12.
- Bartoli, R., "Le garanzie della 'nuova' legalità", in *Sistema Penale*, 2020, 150.
- Vogliotti, M., "Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea", in *Sistema Penale*, 2024.
- Bartoli, R., "Nuovi scenari della legalità penale", in *Sistema Penale*, 2022, 60.
- Bricola, F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, 1973.
- Musco, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, 1974.
- Fiandaca, G., Musco, E., *Diritto penale*, Zanichelli, 2019.
- Pulitanò, D., "Il giudice e la legge penale", in *Questione Giustizia*, 2019.
- Scevi, P., *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Giappichelli, 2022.
- Donini, M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, 2015.
- Donini, M., *La necessità di diritti infelici*, in DPC 15 marzo 2017.
- Tigano, V., *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, 2019.
- Cadoppi, A., *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in DPC 2018, n. 2.
- Pulitanò, D., *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in *Studi in onore di Sergio Moccia*, ESI, 2017.
- Bernardi, S., *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale*, in DPC, 16/1/2018.
- Balsamo, A., *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, in CP, 2007.
- Pino, G., Villa, V., *Rule of law*, Il Mulino, 2016, § 1.3.
- Grasso, G., *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018.
- Marinucci, G., Dolcini, E., Gatta, G.L., *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Giuffrè, 2023.

