

MARIA NOVELLA CAMPAGNOLI è Professoressa Associata presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dove insegna: *Fondamenti della sostenibilità e strategie digitali; Introduzione alle tecniche e alla metodologia di ricerca informatica; Teoria e pratica dei diritti umani*. È membro della Commissione Presidio di Qualità di Ateneo; del Collegio dei docenti del Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico; del Gruppo di Gestione Assicurazione Qualità (AQ) del Corso di Laurea (DITES); del Comitato Unico di Garanzia di Ateneo; del Consiglio Scientifico del Centro Studi Giuridici “Di-con-per Donne”. Dirige (con Massimo Farina) le collane “Orizzonte JUS” e “DirICTo”. È autrice di svariate monografie, contributi e articoli scientifici pubblicati (in italiano, inglese, francese e portoghese) in collane e riviste di settore.

PIERO MARRA è Ricercatore di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Collabora alle attività didattiche e di ricerca nei Dipartimenti giuridici della medesima Università. È membro del progetto di ricerca FAIR – Future AI Research, per il quale ha tenuto diversi corsi di formazione, anche nell'ambito del Dottorato in “Computer Science and Mathematics”. È titolare, inoltre, del corso in *New Technology and Philosophy of Law* presso l'Ateneo barese. Ha dedicato diversi studi ai temi della metodologia procedurale e alle relative implicazioni teoretiche e pratiche dinanzi ai mutamenti contemporanei del diritto, occupandosi di argomentazione giuridica e di logica del discorso giudiziale anche con riguardo all'uso dell'intelligenza artificiale nel processo.

ISBN 979-12-5965-605-6



9 791259 656056

Nein, gerade Tatsachen gibt es nicht, nur Interpretationen

No, non esistono fatti, ma solo interpretazioni

Friedrich Nietzsche, *Nachgelassene Fragmente* (1879-1881)

copia omaggio



INTELLIGENZA ARTIFICIALE E METAMORFOSI DEL DIRITTO

a cura di M.N. Campagnoli e P. Marra

23

Unità del sapere giuridico
Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da
Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati



Intelligenza artificiale
e metamorfosi del diritto

a cura di Maria Novella Campagnoli e Piero Marra

CACUCCI EDITORE
BARI

La rivoluzione digitale sta ampliando gli scenari applicativi e plasmando la stessa realtà sociale, grazie al crescente potere informativo derivante dalla correlazione tra grandi masse di dati e i relativi metadati. Con il cambiamento radicale della realtà, muta anche l'esperienza giuridica. D'altronde, se non sono pochi i vantaggi legati all'intelligenza artificiale e alle tecnologie connesse, molti sono anche i rischi, soprattutto nella prospettiva dei diritti. Per questa ragione, l'opera riflette sulle molteplici implicazioni metamorfiche connesse a un'interazione, sempre più stretta e simbiotica, tra l'intelligenza umana e quella artificiale nell'esperienza giuridica. Il risultato è un'opera corale, che spazia dall'approccio teorico a quello pratico, attenzionando problematiche gius-filosofiche, logiche, sociologiche e psicologiche.

The digital revolution is expanding application scenarios and shaping social reality itself, thanks to the growing informational power deriving from the correlation between large masses of data and related metadata. With the radical change in reality, the legal experience is also changing. On the other hand, while there are many advantages associated with artificial intelligence and related technologies, there are also significant risks, especially from a rights perspective. For this reason, the work reflects on the multiple metamorphic implications of an increasingly close, symbiotic interaction between humans and artificial intelligence in the legal experience. The result is a choral work that ranges from theoretical to practical, focusing on legal-philosophical, logical, sociological, and psychological issues

Antonio Bruscella, *Deflagrazione di antico e moderno* (2020)
acrilico su tavola e collage, 100cm×70cm
collezione privata

Unità del sapere giuridico
Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da
Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati

Comitato scientifico

Paolo Ferrua, Angiola Filipponio, Cristina Hermida del Llano, Heribert Franz Köck, Oliviero Mazza, Mariano Menna, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Luigi Pannarale, Otto Pfersmann, Aldo Regina, Herbert Schambeck, Giorgio Spangher, Gunther Teubner, Nicola Triggiani, Daniela Vigoni, Wojciech Żelaniec.

Comitato di redazione

Filippo Bottalico, Marilena Colamussi, Enzo Dell'Andro, Lucia Iandolo Pisanelli, Piero Marra, Maria Antonella Pasculli, Porzia Teresa Persio, Guglielmo Siniscalchi, Maurizio Sozio.

I volumi inseriti nella collana, ritenuti preliminarmente ammissibili dai Direttori con l'ausilio del Comitato Scientifico, sono sottoposti alla revisione tra pari [*peer review*] secondo i regolamenti attualmente vigenti per le pubblicazioni scientifiche.

Opera pubblicata con il contributo del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università degli Studi di Padova.

Torquato G. Tasso

Rapsodia del Diritto

Percorsi diacronici di Filosofia e Teoria Generale del Diritto

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2026 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Al mio Maestro

Indice

Premessa	9
<i>Fatto, norma e valore. Per un'introduzione</i> di Antonio Incampo	11
I. I diritti umani e le fondamenta della <i>com-</i> <i>munitas</i>	15
II. <i>Communitas</i> e costituzione. Le (im)mutabili regole della convivenza	35
III. L'aporia del «partigiano divino» e la lotta al terrorismo	49
IV. Il positivismo giuridico tra auto ed etero integrazione dell'ordinamento Lo strano caso del codice napoleonico	61
V. Diritto e processo. Per un recupero del rea- lismo giuridico	71
VI. L'eterno confronto tra potere e diritto nel processo possessorio. Simmetrie e asim- metrie di un sistema	87
VII. Gli <i>(in)terminati spazi</i> al di là del diritto	115
VIII. Dall'insipienza del legislatore alla saggez- za correttiva della giurisprudenza	131

IX. La formazione dei giuristi oggi. Per un «sapere per fare» tra classicità e attualità	149
Per una (interlocutoria) conclusione Giuridicità del fatto e nuova idea di effettività nella dialettica tra norma, esperienza e interpre- tazione	169
Indice dei nomi	187

Premessa

Il presente lavoro rappresenta la ricostruzione del mio percorso di ricerca, maturato negli anni, percorso che mi ha portato ad indagare vari istituti e aspetti del diritto, sotto diverse visuali e prospettive personali, dal quale emerge un unitario filo conduttore, come evidenziato da Antonio Incampo nella prefazione che segue.

Si è voluto rileggere alcuni passi che hanno caratterizzato questo viaggio, passi che, in alcuni casi, denunciano la semplicità della acerba ricerca dei primi anni ma, comunque, spaziano in diversi, e a volte lontani tra loro, ambiti di ricerca.

I contributi, anche per questi motivi, sono stati, pur nel rispetto dell'originaria tesi, riletti, rielaborati e, spesso, approfonditi alla luce della propria maturata esperienza.

In ogni caso, si tratta di contributi che segnano un cammino e che denunciano la vicinanza e la naturale influenza, sia scientifica che personale, dell'insegnamento di illustri filosofi del diritto. Si percepisce chiaramente la matrice originaria data dall'insegnamento del Prof. Francesco Gentile, che mi ha consentito di muovere i primi passi e di svolgere, comunque e sempre in grande libertà, il mio percorso di ricerca e studio, libertà che veniva sempre rispettata anche in quei casi in cui il cammino mi portava a percorrere posizioni lontane e, forse anche, divergenti da quelle del Maestro.

In alcuni di questi contributi, emerge manifestamente, anche e soprattutto nell'approfondimento bibliografico, la significativa partecipazione e costante insegnamento del Prof. Franco Todescan che, con pazienza, ha seguito una parte del mio percorso.

Il risultato di alcune ricerche mette in luce, poi, il costante e benevolo confronto *autenticamente* dialettico, con il Prof. Gian Pietro Calabrò, il primo allievo del Prof. Francesco Gen-

tile, nonché i preziosi consigli e la solidale amicizia del Prof. Antonio Incampo.

In conclusione, comprendo che la raccolta dei miei lavori, anche se in buona parte riveduti e rielaborati, è stato un modo, forse originale, per ringraziare tutti coloro che mi hanno benevolmente accompagnato in questo viaggio, anche quando il mio animo mi portava a scegliere «la strada meno battuta» e, a volte, lontana dai loro insegnamenti e dalle loro posizioni, ma che non per questo e, forse, proprio per questo, non hanno mai mancato di far sentire la loro preziosa vicinanza.

Torquato G. Tasso

Fatto, norma e valore. Per un'introduzione

di Antonio Incampo

L'opera propone un percorso ampio e coerente attraverso alcuni nodi fondamentali della teoria e della prassi giuridica contemporanea, mostrando come questioni storiche, concettuali e pragmatiche si intreccino nel definire la natura viva del diritto. Un diritto che si limiti esclusivamente ai codici [*law in the book*], e non sia praticato dalle giurisdizioni, o non abbia effetti sulla realtà sociale, non è davvero tale. Ma vale anche il contrario. Il diritto in azione [*law in action*] non è cieco, e ha bisogno della dogmatica e dei suoi concetti per non disperdere il senso dei fatti giuridici. Un allievo di Kant direbbe che il diritto senza prassi è vuoto, e che l'esperienza giuridica senza concetti è cieca.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento decisivo nella dialettica tra norma e fatto. È il profilo etico del diritto, senza il quale l'esperienza giuridica risulta incomprensibile. La validità, infatti, non può ricondursi alla sola *Geltung* formale à la Kelsen. Una concezione puramente formalistica dell'esistenza giuridica appare oggi non solo inattuale, ma anche teoreticamente insufficiente. Basti pensare alla centralità dei diritti fondamentali e, più in generale, dello *ius cogens* universale. Genocidi, crimini di guerra, crimini contro l'umanità o di aggressione sono condotte il cui carattere antigiuridico è assoluto e innegabile. È vero, persiste un *deficit* di giustizia. I tribunali internazionali non dispongono di una forza adeguata, e molte grandi potenze non riconoscono neppure la giurisdizione delle corti sovranazionali. Eppure, è indiscutibile la natura inderogabile di tali crimini all'interno del diritto penale internazionale.

Un metodo preciso attraversa, allora, come un *fil rouge* chiaro e consapevole, l'intera raccolta di saggi, che costituisce in realtà un volume unitario, al di là delle allusioni «rapsodiche» del titolo. Al centro, come ho detto, il rapporto tra fatto e norma.

La norma richiede il fatto, e, viceversa, il fatto ha bisogno della norma. Senza cogliere la particolarità del metodo, non si comprende neppure la portata scientifica di quest'opera.

Ecco, quindi, due prospettive essenziali. La riflessione sui diritti umani è la prima prospettiva. Non è solo un *prius*, ossia il tema del primo capitolo, ma anche un *primum*, poiché rivela immediatamente la dimensione assiologica dell'esperienza giuridica. L'affermazione, infatti, dei diritti nella modernità, a partire dalla *Dichiarazione d'indipendenza americana* (1776), non va intesa come un semplice atto fondativo collocato in un determinato momento storico; essa affonda le proprie radici molto più indietro nel tempo. In altri termini, è un errore confondere, come spesso accade, la storicità dei diritti con la loro relatività. L'irreversibilità dei diritti – il convincimento che non sia neppure concepibile tornare indietro rispetto, ad esempio, al divieto di discriminazioni razziali o di genere — rappresenta, infatti, la prova più eloquente della solidità teoretica che li sorregge.

A questa prima prospettiva se ne affianca una seconda. Questa volta riguarda, appunto, il modo in cui emerge la moralità del diritto. Non sorprende la sua associazione al problema dell'incompletezza degli ordinamenti giuridici. L'incompletezza non è solo la fisiologica limitatezza di qualsiasi sistema normativo di fronte alle incognite del divenire. L'ordinamento, da questo punto di vista, messo dinanzi alla vita, somiglia a una mano che, piegandosi verso l'interno, tenti invano di toccare il proprio polso: per quanto si avvicini, non riesce mai a raggiungerlo.

Ma non è in gioco soltanto l'insufficienza di uno *Sprachspiel* – per parlare del diritto con Wittgenstein come di un «gioco linguistico» – a confronto con la continua creazione della vita. Sarebbe troppo poco per cogliere il nesso profondo tra diritto e tempo. L'incompletezza degli ordinamenti, sotto un altro aspetto, rivela l'irrequietezza del diritto nel tentativo di rispondere al meglio allo stato di indigenza dell'uomo. In questa prospettiva, l'incompletezza è lo stesso metodo attraverso cui il diritto matura, mediante l'esperienza, un fine intrinsecamente morale.

Quale la dinamica? Nella riflessione giuridica dell'Autore operano sempre un orizzonte e un limite che gli si contrappone. Dall'orizzonte ideale si scivola verso i limiti del sistema; e, a loro volta, proprio i limiti aprono nuovi orizzonti.

Nella prima direzione, i limiti sono la crisi del sistema. È il caso, ad esempio, dell'impatto del terrorismo globale sulla morfologia dei conflitti e sulle categorie giuridiche tradizionali. La natura asimmetrica e transnazionale del terrorismo incrina le distinzioni classiche tra guerra, pace e crimine, e impone una revisione dei concetti di sovranità, uso della forza e legalità internazionale.

Ma la storia del diritto è sempre l'intera storia, nelle sue dimensioni più grandi come in quelle più minute. Per questo diversi saggi affrontano le questioni più immediate. Si pensi alla disciplina delle locazioni del 1992, che mostra come l'ambiguità normativa e la divergenza giurisprudenziale possano compromettere la certezza del diritto. Analogamente, dall'analisi del diritto possessorio emerge la crisi del formalismo positivista. La sua applicazione non fa che mettere in luce l'inadeguatezza delle categorie astratte e conferma il ruolo costitutivo della pratica nell'elaborazione del diritto.

Lo snodo è sempre la giurisprudenza, ossia il «diritto in azione» da cui si è partiti. Il fatto giuridico è una costruzione concettuale mediata, frutto di selezione e qualificazione normativa della prassi. Ne deriva l'impossibilità di un sistema completamente chiuso e autosufficiente. E il mezzo più consono per questi passaggi è l'interpretazione, intesa come attività che dà forma e significato al diritto nel confronto tra norma e caso concreto, piuttosto che come mera tecnica astrattamente esegetica. In tale attività, l'interprete è co-autore del diritto, chiamato a ricomporre l'ordine giuridico nelle situazioni reali, con un compito etico e istituzionale che superi la rigidità del formalismo.

Poi c'è l'orizzonte che si oppone ai limiti. La direzione ora s'inverte: dalla crisi del sistema a nuovi orizzonti. Ogni potere di revisione è sempre nei termini in cui è modificabile l'assetto costituzionale. Ha ragione l'Autore a distinguere nettamente le modifiche formali dalle trasformazioni sostanziali che incidono sull'identità materiale della Costituzione, interrogando così

il confine decisivo tra revisione e potere costituente. La Costituzione, insomma, prima di tutto. Senza questo confine, l'esperienza giuridica torna ad essere cieca. E forse definitivamente.

(I)

I diritti umani e le fondamenta della *communitas*

SOMMARIO: 1. Le fondamenta delle comunità: i diritti umani. – 2. Le prime tracce dei diritti umani. La tradizione mesopotamica. 3. I diritti umani. Una scoperta moderna? – 4. Diritti umani e religione. Un originario indissolubile connubio. – 5. Le radici cristiane dei diritti umani. – 6. L'aporia dell'evoluzione moderna dei diritti umani. – 7. Globalizzazione e diritti umani. L'evoluzione di un concetto.

1. Le fondamenta delle comunità: i diritti umani

Nel tentativo di delineare, sia pur in forma sintetica, le coordinate storiche e concettuali entro cui si è venuta articolando l'idea moderna dei diritti umani, è opportuno prendere le mosse da una premessa di carattere storico-ermeneutico: la prima effettiva formulazione dei diritti dell'uomo, intesi in senso universale ed astratto, trova un fondamento emblematico nella Dichiarazione d'indipendenza delle colonie americane, approvata a Filadelfia nel 1776¹.

Come opportunamente rilevato da Francesco Gentile, tale dichiarazione costituisce un momento di svolta nella genealogia del pensiero giuridico moderno, poiché rappresenta «la prima vera rivendicazione di un diritto astratto, assoluto, proprio dell'uomo in quanto individuo»² e non già in quanto membro di una comunità politica determinata. In questo senso, si distingue nettamente dai precedenti documenti di matrice britannica, quali i *Bills of Rights*, che, pur riconoscendo prerogative soggettive,

¹ Per una analisi critica dei diritti e delle relative dichiarazioni si veda F. GENTILE, *Sulle aporie dei c. d. diritti umani, equivoci e paradossi delle Dichiarazioni, dalla statunitense del 1776 tredicesimo codicillo in Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 157 ss.

² F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano, 1984, p.75.

lo fanno in funzione della cittadinanza e dei rapporti col potere sovrano.

La Dichiarazione di Filadelfia, dunque, segna un momento paradigmatico: essa assume come oggetto giuridico l'uomo in quanto tale, prescindendo da ogni riferimento a uno *status civitatis*. Con ciò si afferma, per la prima volta su scala istituzionale, una concezione dei diritti fondamentali fondata non sulla positività giuridica del diritto positivo statale, ma sull'ontologia giuridica della persona umana, in una prospettiva che anticipa la moderna teoria dei diritti inviolabili, dell'idea di diritti umani e della relativa intricata «selva»³.

L'interrogativo che qui si intende sollevare concerne la possibilità di riconoscere, nella Dichiarazione d'indipendenza americana, notoriamente espressione del giusnaturalismo moderno, non soltanto il primo formale riconoscimento dei diritti umani in quanto tali, ma altresì una manifestazione storicamente circoscritta di un'esigenza teorico-giuridica ben più antica.

Benché la matrice ideologica della Dichiarazione sia inequivocabilmente ascrivibile all'elaborazione giusnaturalistica settecentesca, appare lecito domandarsi se essa non rappresenti, piuttosto che un punto di origine, la codificazione moderna di un sentire giuridico preesistente, le cui radici affondano in epoche ben anteriori, e in particolare nei contesti classici e preclassici.

Il primo obiettivo della presente indagine è, pertanto, quello di verificare se, in tali contesti storico-filosofici, si possano individuare nuclei concettuali suscettibili di essere interpretati, in prospettiva retrospettiva e con le dovute cautele ermeneutiche, come anticipazioni, o quanto meno prefigurazioni, del discorso contemporaneo sui diritti umani. Si tratterà dunque di esplorare se e in quale misura la riflessione giuridico-filosofica antecedente alla modernità abbia contribuito, anche in forma latente o implicita, alla genesi di quell'universo concettuale che soltanto in epoca moderna ha trovato espressione sistematica.

³ Inutile dire che la suggestiva immagine della «selva dei diritti dell'uomo» è mutuata da Francesco Gentile. Vedi infatti F. GENTILE, *La selva dei diritti dell'uomo e i suoi sentieri* seconda nota in *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, cit., pp. 73 ss.

2. Le prime tracce dei diritti umani. La tradizione mesopotamica

Volendo risalire alle prime tracce giuridiche dell'esperienza umana, dobbiamo certamente ritornare a quello che è a tutti noto come il Codice di Hammurabi.

Sebbene la tradizione storiografica e giuridica continui a riferirsi alla raccolta di precetti attribuita al sovrano babilonese con la consueta denominazione di Codice di Hammurabi, un'analisi più attenta impone di interrogarsi criticamente sulla correttezza e l'adeguatezza di tale qualificazione. Infatti, l'opera in questione difetta, almeno in larga parte, di quelle caratteristiche strutturali e funzionali che, nella teoria generale del diritto, vengono ordinariamente attribuite all'idea stessa di *codice* in senso proprio. In particolare, essa non si presenta come un testo sistematicamente organizzato, predisposto e promulgato da un'autorità legislativa secondo criteri di coerenza normativa e completezza regolativa, con la finalità di disciplinare, in modo vincolante ed efficace, i rapporti tra i membri di una determinata collettività. Più che un *corpus* normativo dotato di forza cogente e sistematicità interna, la raccolta si configura piuttosto come una sequenza di enunciati prescrittivi di natura eterogenea, riconducibili a un contesto culturale e giuridico assai distante dai moderni concetti di legalità formale e codificazione.

Come è stato osservato⁴, invece, il Codice di Hammurabi in realtà contiene solo in parte delle disposizioni di legge e, nella sua complessità, si può far rientrare in quella (più ampia) categoria che notoriamente viene detta delle «iscrizioni reali», tipiche della tradizione mesopotamica preclassica.

Nel contesto delle antiche civiltà mesopotamiche, l'iscrizione reale si configura come una peculiare forma di comunicazione politica e giuridica, strutturata secondo un preciso schema retorico e simbolico. Essa assume le sembianze di un testo normativo-celebrativo, volto a legittimare l'autorità sovrana mediante il racconto delle imprese compiute dal monarca durante il proprio regno. La sua articolazione interna, generalmente tripartita, rive-

⁴ Per una attenta analisi si rinvia a G.B. LANFRANCHI, *Il "codice" di Hammurabi, promulgazione di norme o celebrazione del buon regno?*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 11 (2005), n. 20, pp. 1-13.

la una funzione che trascende la mera narrazione storica, assumendo un chiaro valore prescrittivo e performativo.

In primo luogo, tali iscrizioni si aprono con una sezione introduttiva nella quale vengono enumerati i titoli onorifici del sovrano, funzionali alla costruzione di un *ethos* regale e alla rappresentazione della sua legittimità politico-sacrale. Segue poi una parte centrale, comunemente denominata *res gestae*, che raccoglie l'elenco delle opere compiute dal re, dalle campagne militari agli interventi in ambito giudiziario, dalle imprese edilizie alle riforme amministrative, offrendo un quadro complesso dell'azione sovrana quale manifestazione di giustizia e ordine.

Infine, la sezione conclusiva è frequentemente occupata da formule di benedizione o di maledizione, rivolte sia ai successori sia a coloro che, in epoche successive, si troveranno a leggere o a interagire con il testo scolpito. Tali clausole, condizionate al rispetto o alla violazione delle disposizioni e dei valori ivi espressi, rafforzano il carattere normativo dell'iscrizione, proiettandone l'efficacia oltre la morte del sovrano.

In tal senso, il celebre Codice di Hammurabi si presenta come una testimonianza paradigmatica di tale struttura compositiva: esso incorpora al proprio interno tutti e tre gli elementi sopra delineati – il proemio encomiastico, il corpo centrale normativo e la sezione finale di benedizioni e maledizioni – e, così facendo, si colloca al crocevia tra diritto, religione e rappresentazione del potere sovrano. Per venire però a quanto è di nostro interesse, si deve dire che l'elenco delle *leggi* (così numerose da determinarne l'appellativo di Codice) è contenuto nella parte dedicata alle *res gestae*, ossia alla valorizzazione celebrativa dell'attività del sovrano durante il suo lungo regno.

Certamente significativa, ai nostri fini, è l'inciso iniziale della sezione dedicata all'enumerazione delle regole legislative, in cui Hammurabi disvela il suo intento programmatico.

«Quando *Marduk* (il dio di Babilonia considerato da tutti come il più potente degli dei n.d.r.) mi comandò di dare giustizia al popolo del paese, e di fargli avere un giusto governo, io posi diritto e giustizia sulla bocca del paese e feci prosperare il suo popolo». In questo inciso, dunque, Hammurabi si pone come il fedele interprete della risoluta volontà divina, quasi ad essere

colui che è venuto a realizzare i dettami supremi e che assume (vista la struttura appena ricordata delle iscrizioni) anche l'onere di tramandare ai posteri tale sua opera.

Senza indulgere ulteriormente in un'analisi semantica approfondita delle formule impiegate, che hanno comunque suscitato ampi e articolati dibattiti nella letteratura giuridica e storico-filosofica, appare legittimo concludere che l'*incipit* del celebre corpo normativo attribuito al re Hammurabi non debba essere inteso quale affermazione di un atto di produzione normativa in senso stretto. Piuttosto, esso si configura come un'espressione celebrativa, per quanto velata, dell'opera di orientamento e di consolidamento delle prassi sociali da parte del sovrano, il quale si presenta come strumento della divinità incaricato di assicurare l'adesione della comunità a principi di giustizia condivisi e riconosciuti come tali.

L'accento non è posto sulla dimensione creativa della norma, attività che, secondo tale prospettiva, non compete direttamente al sovrano, bensì sulla funzione di garante dell'ordine esistente, custode e promotore di una legalità di matrice tradizionale. Una lettura anche sommaria delle disposizioni che seguono la premessa programmatica del Codice evidenzia come le norme ivi contenute non si configurino quale manifestazione di un comando unilaterale imposto dall'alto, bensì come il riflesso di un complesso di regole preesistenti, sedimentatesi nella prassi e riconosciute dalla collettività come vincolanti.

In tale ottica, l'intervento del re si sostanzia in un'opera educativa e stabilizzatrice, volta a promuovere l'osservanza di norme consuetudinarie già in vigore, piuttosto che in un'imposizione normativa *ex novo*. Il Codice di Hammurabi si presenta, pertanto, non come una codificazione sistematica e innovativa nel senso moderno del termine, ma come un dispositivo di formalizzazione simbolica e politica di un ordinamento giuridico preesistente, la cui vigenza è assicurata dalla costante supervisione del sovrano. Si assiste, in definitiva, a una rappresentazione normativa della vita comunitaria, organizzata entro un quadro giuridico di origine consuetudinaria, la cui efficacia trova

fondamento nell'autorità regale e nel suo ruolo di mediatore tra l'ordine divino e l'ordine umano⁵.

Ai fini del presente contributo, è interessante soffermarci sul prosieguo dell'*incipit* ossia laddove nel Codice si legge la finalità principale dell'opera del re: «Affinché il potente non opprimesse il debole, e per dare giustizia all'orfano e alla vedova, io scrissi le mie preziose parole sul mio *narû* (ossia l'iscrizione reale n.d.r.) (...) per “far elevare” l'oppresso».

Quindi, la principale finalità perseguita da Hammurabi era quella di dare ristoro all'ingiustizie sociali, con una sorta di riequilibrio dei torti patiti dai più deboli (orfani e vedove) da parte dei loro ingiusti oppressori.

A questo punto della nostra indagine, si deve ricordare come in realtà il Codice, nonostante sia opera certamente importante per originalità, si inserisca comunque nella tradizione della produzione letteraria dell'età antico-babilonese, all'interno della quale forse spicca prevalentemente per la particolare integrità del testo recuperato, più che per l'effettiva novità del contenuto.

Accanto al celebre Codice di Hammurabi, oggetto di ampie e approfondite indagini esegetiche, si collocano numerosi altri testi normativi, spesso di epoca anteriore, che pur condividendo una struttura giuridica affine, sono pervenuti in condizioni testuali gravemente compromesse. Tra questi, merita particolare attenzione il cosiddetto Codice di Ur-Nammu, sovrano della città di Ur, attivo alla fine del XXII e agli inizi del XXI secolo a.C. Redatto in lingua sumerica, tale testo presenta in alcuni passaggi una sorprendente contiguità contenutistica con il successivo *corpus* hammurabico, al punto da far ipotizzare una diretta influenza o, quantomeno, un comune *humus* normativo.

Analogamente, il frammentario Codice di Bilalama, re di Ešnunna e databile al primo quarto del XX secolo a.C., mostra significative convergenze tematiche con la legislazione babilonese, così come il Codice di Lipit-Ištar, sovrano di Isin nella seconda metà del medesimo secolo. Anch'esso redatto in sumerico, nonostante le lacune del testo giunto sino a noi, esso ri-

⁵ Cfr. sul punto M. LIVERANI, *Antico Oriente. Storia società economia*, Laterza, Roma – Bari, 1990, p. 413.

produce, tanto nella forma quanto nei contenuti, gli schemi e le finalità delle raccolte precedenti e successive.

In questa continuità normativa si inserisce una costante retorica della regalità che, ben al di là della mera funzione propagandistica, assume i connotati di un vero e proprio paradigma assiologico: la figura del sovrano come garante dei diritti delle categorie sociali vulnerabili – *in primis* vedove e orfani – si configura come un *topos* ricorrente sin dall'epoca del re sumerico Uruinimgina di Lagaš (XXV sec. a.C.). Tale immagine del re-giudice, protettore dei deboli, si ritrova con insistenza nelle iscrizioni reali successive, a testimonianza di un'impostazione etico-politica di lunga durata.

L'evidente uniformità concettuale e normativa tra codici cronologicamente distanti ha indotto una parte rilevante della dottrina ad avanzare l'ipotesi dell'esistenza di un *corpus* di norme consuetudinarie ampiamente diffuse nell'area mesopotamica. Tali norme, verosimilmente anteriori alla redazione scritta dei codici, sarebbero state recepite, trasmesse e fatte valere dalle diverse organizzazioni statuali succedutesi nella regione tra il XXIV e il XVIII secolo a.C. In tal senso, si è proposto di leggere tali fenomeni giuridici alla luce di una sorta di *common law* mesopotamica, espressione di un diritto prepositivo fondato sull'autorità della tradizione e sulla ripetizione ritualizzata di prassi normative consolidate.

Se si accetta tale prospettiva, è possibile intravedere nei codici mesopotamici non già una mera codificazione autoritativa, bensì l'affiorare di un nucleo prototipico di diritti umani, intesi quali diritti minimi riconosciuti anche alle fasce più deboli della popolazione. Tali diritti, pur non teorizzati in senso moderno, sembrano emergere dalla sedimentazione di pratiche consuetudinarie che avevano assunto, nel contesto culturale dell'epoca, il carattere di norme fondamentali, insopprimibili per la tenuta della coesione sociale e per la legittimazione del potere sovrano.

3. I diritti umani. Una scoperta moderna?

Volendo continuare in questo *excursus* storico sulle radici dei diritti umani, tappa d'obbligo è certamente la tradizione culturale classica.

Ci sia consentito partire da una volutamente suggestiva e, per certi versi, provocatoria, affermazione di Saint-Just che aveva avuto modo di affermare che «i diritti dell'uomo avrebbero causato la rovina di Atene o di Lacedemone»⁶.

Una riflessione, anche sommaria, sui contenuti delle principali dichiarazioni dei diritti dell'uomo – le quali, pur nella loro eterogeneità, scandiscono il panorama normativo e assiologico della modernità giuridica – evidenzia con immediatezza il profondo scarto che separa tali enunciati dalle concezioni antropologiche e politiche della società classica. Il confronto, lungi dall'essere meramente storico-filologico, assume un rilievo ermeneutico decisivo per comprendere la genesi e la portata teorica dei diritti fondamentali nel contesto contemporaneo.

Un primo, emblematico esempio di tale discontinuità è rappresentato dal principio di eguaglianza tra i sessi, oggi unanimemente riconosciuto quale pilastro della dignità umana e del costituzionalismo democratico. Tale principio risulta tuttavia inconciliabile con l'assetto sociale e giuridico delle civiltà greca e romana, nelle quali la donna era strutturalmente esclusa dalla sfera pubblica e relegata a una funzione meramente strumentale. Emblematica, al riguardo, è la rappresentazione che Esiodo offre della figura femminile: sia nella «Teogonia» sia nelle «Opere e i Giorni», la donna è descritta come una creatura secondaria, introdotta nel mondo successivamente all'uomo per volere divino e associata all'origine stessa del male. Non a caso, l'autore la qualifica come un «grande flagello per i mortali» e come una «compagna di imprese penose», segnando così una netta svalutazione ontologica e morale del femminile.

In modo analogo, risulta problematico conciliare l'odierna condanna universale della schiavitù, sancita, tra gli altri, dall'art. 4 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, con il riconoscimento esplicito della legittimità dell'istituto servile nelle società antiche, nonché con le giustificazioni dottrinali che ne corroboravano la persistenza. In tale contesto, la schiavitù non solo era accettata come fenomeno naturale e strutturale all'ordine sociale, ma trovava altresì sostegno in elaborate argo-

⁶ G. CAMASSA, *La lontananza dei Greci*, Edizioni Quasar, Roma, 2004, p.13

mentazioni filosofiche e giuridiche, come testimoniano, tra gli altri, Aristotele e il diritto romano.

Tali evidenze rendono manifesta la distanza teoretica e valoriale che separa l'orizzonte giuridico moderno, animato da un'idea di soggettività fondata sull'autonomia, la dignità e l'universalità dei diritti, dalle configurazioni antropologiche e normative delle società classiche, nelle quali l'inclusione nello spazio del diritto era profondamente gerarchizzata e selettiva.

Anche Aristotele afferma ne «*La politica*», che «Gli schiavi e gli animali domestici sono quasi uguali e rendono su per giù gli stessi servizi. La natura stessa vuole la schiavitù, perché fa differenti i corpi degli uomini liberi da quelli degli schiavi: gli schiavi col vigore che richiedono i lavori a cui sono predestinati, gli uomini liberi incapaci di curvare la loro diritta statura a opere servili e adatti, invece, alla vita politica e alle occupazioni guerresche o pacifiche. Dunque gli uomini sono liberi o schiavi per diritto di natura: la cosa è evidente. Utile agli stessi schiavi, la schiavitù è giusta»⁷.

Se questo era il punto di partenza, malgrado le voci che a volte, timidamente, si levavano contro tale stato di cose⁸ e che, ovviamente, non erano sufficienti a riequilibrare un principio assodato ed eliminare le evidenti differenze dalla cultura moderna, possiamo ben comprendere come la cultura classica potrebbe apparire (anzi appaia) molto lontana (se non contraria) ai diritti umani sanciti dalle carte moderne.

Volendo però soprassedere, per il momento, da questa evidente dissonanza, ovviamente in una determinata prospettiva insuperabile, possiamo cercare di verificare se, ad ogni modo, sia rinvenibile nella tradizione classica un accenno a dei concetti che siano in qualche modo ricollegabili alla tematica dei diritti umani e, nel caso, il loro modo di proporsi in questa tradizione.

Il termine «diritti umani», innanzitutto, si può certamente veder riecheggiato nelle parole greche spesso ricorrenti nelle

⁷ ARISTOTELE, *La politica*, I, 4 ss.

⁸ Lo stesso Platone, ad esempio, sembra essere più tollerante nei confronti del sesso femminile pur nella evoluzione delle sue tesi. Ne «*La Repubblica*» egli sembra riconoscere alla donna un ruolo di primo piano quasi pari a quello degli uomini, ne «*Le Leggi*», invece, sembra desistere da questa impostazione sposando posizioni più tradizionali.

pagine di vari autori *tá koiná tón anthrópon díkaia*, parole che potremmo tradurre in «i diritti comuni agli uomini»; tale inciso, ad esempio, si trova in Polibio, il quale nel narrare la condotta dei Martineesi, che avevano consentito il massacro degli Achei, malgrado questi in precedenza avessero loro riservato, dopo la sconfitta, un trattamento umano e rispettoso, afferma appunto come i Martineesi avevano violato i diritti che comunemente vengono riconosciuti come fondamentali nella convivenza umana, ossia proprio i *tá koiná tón anthrópon díkaia*⁹.

Parallelamente si può dire che medesimo significato può essere ricondotto al termine latino di *ius humanum*, generalmente invocato ove il vincitore, anziché risparmiare i vinti, e quindi anziché rispettare il diritto proprio dell'uomo, si scaglia con ferocia sugli stessi¹⁰.

Partendo da questi primi intuitivi spunti, sarà opportuno ricercare se, nella tradizione culturale classica, siano rinvenibili spunti di riflessione utili per la nostra indagine. A questo proposito è opportuno prendere le mosse dalle tradizioni religiose antiche e, in particolare, da un rito che si teneva in Attica, un rito tradizionalmente chiamato della «sacra aratura»; nel corso della procedura rituale, i sacerdoti formulavano maledizioni contro coloro che si rifiutavano di assistere il prossimo nelle esigenze più elementari e necessarie alla sopravvivenza, quali quelle del fuoco e dell'acqua o, anche, non aiutavano il viaggiatore nel suo cammino o non davano degna sepoltura ad un cadavere. Quindi, se l'uomo non rispettava queste elementari ed evidenti regole di convivenza, sarebbe stato colpito dalle maledizioni dei sacerdoti e, per traslato, dall'ira divina.

Tali elementari obblighi di assistenza sono spesso presenti nel mondo culturale greco. Basti pensare al celebre episodio dell'opera omerica, nel quale il re troiano Priamo raggiunge di notte

⁹ Cfr. POLIBIO, *Storie*, II, 57-58.

¹⁰ Rimanendo in questa prospettiva, si deve anche dire, che nel diritto romano uno spunto interessante ci viene offerto dallo *ius gentium* (inteso come istituti e regole comuni a varie comunità), distinto dallo *ius civile* (inteso come il diritto proprio dei soli cittadini di Roma). Nella idea maturata nel diritto romano, si può tranquillamente dire che lo *ius gentium* costituisce la fonte comune a cui si riferiscono i singoli ordinamenti, ponendosi, quindi, rispetto a questi come più completo.

l'accampamento nemico e implora l'eroe Achille di restituire il corpo martoriato del figlio, Ettore, da questi sconfitto in duello, per potergli dare degna sepoltura, onde evitare di incorrere nell'ira divina. Anche in questo caso, Priamo, invoca il rispetto di una regola diffusa e comunemente accettata e riconosciuta (la degna sepoltura) assumendo che il mancato rispetto della regola avrebbe determinato l'ira e la vendetta divina.

Ma questi diritti, ripetiamo, unanimemente riconosciuti come fondamentali ed essenziali alla convivenza umana e connaturati alla stessa natura umana, di cui abbiamo fatto cenno, sono dei temi ricorrenti in ogni cultura e tradizione, religiosa e laica, e sono, in fondo, rinvenibili anche all'interno della tradizione cristiana, a noi storicamente più vicina, delle c.d. *opere di misericordia*, ossia di quelle opere richieste da Gesù nel Vangelo per ottenere il perdono dei peccati ed entrare quindi nel suo Regno, opere che, superfluo forse ricordare, annoverano anche il dovere di dare acqua all'assetato, nutrimento all'affamato e sepoltura ai morti.

4. Diritti umani e religione. Un originario indissolubile connubio

Nel delineare alcune considerazioni conclusive di questa preliminare indagine, emerge con sufficiente chiarezza un dato ricorrente e strutturalmente significativo nell'evoluzione storica dell'idea di diritti umani: la sua originaria connessione con la dimensione religiosa. Fin dalle più remote attestazioni normative – a partire dal Codice di Hammurabi – si evidenzia infatti come la protezione dei soggetti vulnerabili, e la censura dell'ingiustizia perpetrata da parte dei potenti, non si presentino come espressione di una volontà legislativa autonoma e secolare, ma come attuazione di un disegno superiore, fondato sulla mediazione tra diritto e trascendenza.

Nel caso mesopotamico, la figura del sovrano-legislatore si configura come portavoce della divinità, quale esecutore della giustizia divina; allo stesso modo, nell'Attica arcaica, sono i sacerdoti a pronunciare anatemi contro coloro che violano le norme fondamentali della convivenza civile, dando corpo a una concezione nella quale la disobbedienza alle leggi non comporta

soltanto una lesione sociale, ma costituisce un'offesa all'ordine cosmico e, di conseguenza, attira su di sé l'ira divina.

Tale proiezione della dimensione normativa sul piano metafisico-religioso non ha soltanto una valenza retorico-culturale, ma risponde all'esigenza di conferire ai precetti fondamentali della convivenza un carattere di universalità e inderogabilità, tali da renderli non negoziabili nemmeno nei conflitti intersoggettivi. I diritti umani, in tale prospettiva arcaica, non si configurano ancora come prerogative soggettive individualmente rivendicabili, ma piuttosto come norme elementari di giustizia inscritte nell'ordine del mondo, il cui rispetto è percepito come vincolante in quanto fondato su un principio superiore, non umano, bensì divino.

Ne consegue che la violazione di tali precetti è attribuita esclusivamente all'agire umano, in particolare all'azione iniqua dell'uomo sull'altro uomo – l'oppressore sul più debole – e non, almeno in questa fase proto-normativa, a un'entità statuale in senso moderno. Lo Stato, se e quando presente nella struttura sociale, appare semmai come strumento di attuazione della volontà divina, organo funzionale alla salvaguardia dell'ordine etico-religioso, piuttosto che soggetto potenzialmente lesivo dei diritti.

In tale quadro, l'elemento religioso si configura dunque non come mero contesto culturale di sfondo, ma come matrice generativa della normatività primordiale, nonché come garante e giudice ultimo dell'osservanza delle regole di giustizia. I diritti umani, nella loro genesi, si presentano pertanto come espressione di un'etica trascendentale condivisa, interiorizzata collettivamente al punto da costituire una sorta di consuetudine sacrale, la cui trasgressione esige espiatione non solo giuridica, ma anche spirituale.

5. Le radici cristiane dei diritti umani

Se le concezioni dei diritti in età classica e pre-classica risultano oggi distanti dalle sensibilità contemporanee, la successiva evoluzione storica ha segnato una trasformazione profonda – per taluni aspetti una vera e propria rivoluzione – nei rapporti tra i soggetti coinvolti nella dialettica dei diritti, con particolare rife-

rimento al ruolo assunto dallo Stato e, soprattutto, dalla religione.

Nel lungo arco dello sviluppo storico-culturale dell'Occidente, si assiste a una significativa riconfigurazione del rapporto tra dimensione religiosa e diritti umani. L'elemento religioso, inizialmente relegato a mero sfondo simbolico o cosmologico – un palcoscenico metafisico su cui si muovevano gli attori umani – viene progressivamente a occupare una posizione centrale nel processo stesso di emersione, definizione e legittimazione dei diritti.

In tale contesto, è possibile individuare nel Cristianesimo un vettore privilegiato di tale trasformazione. Esso, in quanto religione predominante nell'ambito delle formazioni politiche e giuridiche europee maggiormente implicate nella riflessione sui diritti, assume un ruolo non soltanto influente ma strutturalmente determinante nella costruzione concettuale dell'idea di dignità umana e di diritto soggettivo.

Non è un caso, dunque, che per il pensiero moderno risulti difficilmente concepibile un discorso sui diritti umani che non presupponga – esplicitamente o implicitamente – categorie teologiche e antropologiche di matrice cristiana, le quali continuano a informare, seppure in forme secolarizzate, la grammatica dei diritti nella modernità giuridica.

Non è un caso che Francesco Gentile afferma «dove trovare fondamento per i diritti fondamentali? Consapevole del sapore paradossale che l'affermazione potrebbe avere, risponderei senza esitazione: nelle radici cristiane dell'Europa»¹¹. Secondo Norberto Bobbio la matrice è strutturale e trova fondamento in una idea cardine del Cristianesimo: «la grande svolta ebbe inizio in Occidente dalla concezione cristiana della vita, secondo cui tutti gli uomini sono fratelli in quanto figli di Dio»¹².

Il contributo teoretico del cristianesimo ai diritti umani è – dunque – sicuramente indubitabile. Un primo significativo contributo riguarda i principi teologici cristiani su cui trovano fondamento alcuni concetti generali ed primari che sono condizione

¹¹ F. GENTILE, *Intorno al fondamento dei diritti fondamentali*, in *L'Ircocervo*, (5), 2006, 1.

¹² N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 57.

degli stessi diritti e della loro enunciazione quali l'universalità, la naturalità, ma anche in particolare la soggettività e la *dignitas* umana il cui legame con i diritti umani, come evidenzia Umberto Vincenti, è indiscusso nella scienza giuridica moderna¹³; la solidarietà e, su un piano più politico, la netta distinzione tra potere temporale e potere spirituale. Un secondo ed altrettanto interessante e proficuo (ai fini della detta evoluzione) contributo è attinente alla riflessione teoretica relativa all'idea fondamentale del diritto e della legge naturale anche, e soprattutto, come limite al potere temporale che troverà il suo naturale sviluppo nella nascita dello Stato Moderno.

È indubitabile che tanto la riflessione giusfilosofica laica quanto il contributo delle dottrine religiose – in particolare quella cattolica – abbiano esercitato un ruolo determinante nella progressiva elaborazione dei diritti fondamentali, dapprima civili e politici, nell'ambito delle costituzionalizzazioni ottocentesche, e successivamente sociali, nella loro più matura definizione novecentesca come diritti di seconda generazione.

In tale cornice evolutiva, appare particolarmente significativa la traiettoria assunta dalla dottrina cattolica, che ha conosciuto una lenta ma radicale trasformazione nell'atteggiamento verso la nozione stessa di diritto soggettivo e, più in generale, verso i principi di libertà individuale. Un mutamento di prospettiva che risulta tanto più rilevante se confrontato con l'iniziale atteggiamento di radicale opposizione espresso dalla Chiesa nella prima metà del XIX secolo.

Emblematico, in tal senso, è l'insegnamento di Gregorio XVI, che nell'enciclica *Mirari vos* (1832) formulava una critica severa – e per certi versi sistematica – ai principi fondamentali dell'individualismo moderno. In tale documento magisteriale, la libertà di coscienza, di pensiero e di stampa veniva respinta con veemenza, qualificata come «errore contagioso» e fonte di disordine morale e politico. Non meno radicale era la condanna della «pessima, né mai abbastanza esecrata ed aborrita libertà

¹³ Per una analisi profonda e completa dell'idea di *dignitas* e della sua centralità nell'edificazione del concetto di diritto umano si rinvia a U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

della stampa», considerata veicolo di diffusione di «portentosa mostruosità di errori».

Queste posizioni trovarono sostanziale conferma nel *Sillabo* di Pio IX (1864), il quale ribadì il netto rifiuto dell'impianto teorico dei diritti umani moderni, segnando l'apice di una fase antimoderna della dottrina ecclesiale. Tuttavia, proprio da questo momento inizia un lento processo di apertura, che si manifesta in modo più chiaro con il pontificato di Leone XIII. L'enciclica *Rerum novarum* (1891), comunemente considerata il primo grande testo del magistero sociale della Chiesa, introduce una visione più articolata e dialettica del rapporto tra capitale e lavoro, richiamando i detentori del potere economico al rispetto della dignità e dei diritti delle classi lavoratrici e auspicando un superamento della lotta di classe in favore di una più armonica cooperazione sociale.

Un ulteriore sviluppo si registra nel magistero di Benedetto XV, il quale, in un'epoca segnata dalla tragedia bellica, definì la Prima guerra mondiale come una «inutile strage» e un «suicidio dell'Europa civile», aprendo la via a una visione della politica internazionale fondata sulla pace, il dialogo e la giustizia tra i popoli. Tale impostazione trova il suo compimento nel *rivoluzionario* Concilio Vaticano II, che segna una svolta epistemologica nel pensiero cattolico sul tema dei diritti umani.

Tra i documenti più rilevanti in tale ambito si segnala l'enciclica *Pacem in Terris* (1963) di Giovanni XXIII, che riconosce esplicitamente la centralità della persona umana e il fondamento naturale e universale dei suoi diritti, aprendo a una lettura pienamente compatibile con le principali elaborazioni giusnaturalistiche moderne. Tale orientamento è stato successivamente consolidato dal magistero dei papi successivi, fino a giungere all'articolata riflessione offerta da Benedetto XVI.

In questo percorso di profonda revisione, appare emblematico il contenuto del Catechismo della Chiesa Cattolica del 1992, laddove si afferma, al n. 1930, che «il rispetto della persona umana implica il rispetto dei diritti che scaturiscono dalla sua dignità di creatura. Questi diritti sono anteriori alla società e ad essa si impongono. Essi sono il fondamento della legittimità morale di ogni autorità: una società che li irrida o rifiuti di

riconoscerli nella propria legislazione positiva, mina la propria legittimità morale».

Tale enunciazione, che richiama in modo esplicito i fondamenti classici del diritto naturale, rappresenta un punto di arrivo tanto teorico quanto normativo della lunga evoluzione del pensiero cattolico in materia di diritti. Essa riconosce il primato ontologico della persona e, al tempo stesso, impone alla società e alle sue istituzioni l'obbligo di conformarsi a tale dignità, pena la perdita della propria legittimità morale. In questa prospettiva, la Chiesa si assume il compito – etico prima ancora che politico – di richiamare l'umanità al rispetto integrale della persona, distinguendo tra diritti autentici e rivendicazioni arbitrarie. Come si afferma nel medesimo paragrafo, «i singoli devono considerare il prossimo, nessuno eccettuato, come un altro sé stesso», riaffermando così l'originaria vocazione relazionale e comunitaria della dignità umana.

6. L'aporia dell'evoluzione moderna dei diritti umani

Se l'itinerario storico-giuridico della nozione di diritti umani ha registrato, com'è noto, una profonda trasformazione del ruolo della religione nella loro genesi e legittimazione, altrettanto significativa si rivela l'evoluzione del ruolo assunto dalle organizzazioni politiche nei confronti degli stessi. Questo processo, tutt'altro che lineare, si snoda attraverso un progressivo mutamento di funzione e di significato dell'organizzazione politica – e, in epoca moderna, dello Stato – in relazione ai diritti fondamentali.

Nelle epoche più remote, come si è già avuto modo di delineare, l'organizzazione politica non si configurava quale attore determinante nella definizione dei diritti umani. Tali diritti erano percepiti come intrinseci alla natura della convivenza umana, ovvero come elementi ontologicamente connaturati all'essere umano, indipendentemente da qualsiasi atto dispositivo del potere politico. L'assenza di una genesi autoritativa non equivale, tuttavia, all'assenza di una legittimazione forte: i diritti fondamentali godevano di un riconoscimento generalizzato, in quanto preesistenti alla stessa strutturazione del potere pubblico.

In tale contesto, l'organizzazione politica – intesa nella sua dimensione originaria e pre-statuale – non veniva considerata né fonte né principale responsabile delle violazioni di tali diritti. Le testimonianze storiche più antiche indicano come le lesioni ai diritti fondamentali fossero imputabili ad altri individui, più che a un potere organizzato e istituzionalizzato. Lo Stato, termine che qui si adopera con cautela e in senso anacronistico, rivestiva, piuttosto, una funzione di garante della loro osservanza e di promotore della loro diffusione, in quanto espressione di un ordine superiore, spesso identificato con la volontà divina. Quest'ultima, unica legittima istanza normativa, forniva la misura del giusto e dell'ingiusto, del lecito e dell'illecito.

Con l'avvento dello Stato moderno, tuttavia, tale configurazione subisce un'inversione radicale. Dalla funzione ancillare e protettiva assunta dallo Stato nei confronti dei diritti umani, si passa progressivamente a una visione in cui lo stesso Stato si pone in posizione dialettica, e talvolta apertamente conflittuale, con i diritti che è chiamato a riconoscere e tutelare. Questo mutamento si consolida con la formazione degli Stati nazionali moderni, dotati di potere sovrano e di monopolio della forza legittima, i quali, nel definire e limitare i diritti, ne diventano al contempo potenziali (e spesso effettivi) violatori.

In questa prospettiva, la posizione dello Stato si configura come intrinsecamente aporetica, come acutamente osservato da Francesco Gentile. Da un lato, lo Stato moderno si fa promotore della costituzionalizzazione e dell'internazionalizzazione dei diritti fondamentali, assumendo un ruolo essenziale nella loro positivizzazione e nella loro garanzia giuridica. Dall'altro, però, proprio in virtù della codificazione e della formalizzazione giuridica di tali diritti, lo Stato diviene soggetto strutturalmente esposto al rischio della violazione degli stessi. In quanto il riconoscimento positivo dei diritti si configura, per così dire, in reazione e in contrapposizione al potere statale stesso, quest'ultimo si rivela paradossalmente sia custode sia potenziale antagonista dei diritti umani. La stessa esistenza di una carta costituzionale, dunque, testimonia non soltanto una volontà di protezione dei

diritti, ma anche la consapevolezza della loro possibile negazione da parte del potere che quella carta istituisce e limita¹⁴.

Anzi, da questo si può forse desumere che proprio con la costituzionalizzazione dei diritti lo Stato «ha mirato maliziosamente a depotenziarne gli effetti introiettando i diritti fondamentali nel suo sistema giuridico. Ancora un paradosso»¹⁵.

7. Globalizzazione e diritti umani. L'evoluzione di un concetto

La dinamica trasformativa innescata dal fenomeno della globalizzazione impone una rinnovata interrogazione teorica sul concetto stesso di diritti umani, sino a prospettare, in termini non meramente retorici, un'esigenza di rifondazione concettuale degli stessi. In un contesto in cui l'interazione tra culture e religioni eterogenee si fa sempre più frequente e strutturale, risulta evidente la necessità di superare l'assunto, spesso implicito, di un universalismo etnocentricamente connotato, per approdare a una concezione dei diritti umani che si costituisca come esito di un dialogo realmente interculturale e interreligioso.

In tale prospettiva, appare imprescindibile riconoscere la centralità del fattore religioso quale elemento fondativo e generativo del discorso sui diritti dell'uomo. È infatti nella dimensione religiosa che si delinea storicamente e simbolicamente l'orizzonte mitico-narrativo entro cui l'uomo ha da sempre situato il senso della propria esistenza e, correlativamente, il significato e il contenuto dei propri diritti. Seppure le tradizioni religiose si differenzino, talvolta in maniera radicale, nelle forme attraverso cui propongono e realizzano i propri modelli normativi, è innegabile che la questione relativa al fine ultimo dell'essere umano, e dunque alla teleologia dell'agire individuale e collettivo, trovi proprio nella religione la sua espressione più profonda e pervasiva.

¹⁴ Come abbiamo avuto modo di dire in precedenza, ad ogni modo, ruolo fondamentale nella nuova collocazione rispetto ai diritti dello Stato, si è avuta grazie riflessione teoretica cristiana relativa all'idea fondamentale del diritto e della legge naturale che si pone come limite al potere temporale del nascente Stato Moderno.

¹⁵ F. GENTILE, *Intorno al fondamento dei diritti fondamentali*, cit.

Tuttavia, l'attuale scenario globale si caratterizza per l'assenza di una tradizione culturale o religiosa capace, da sola, di offrire una risposta compiuta e universalmente accettabile alle questioni fondamentali che investono la condizione umana. In questo quadro, l'interculturalità e il pluralismo non rappresentano semplici variabili sociologiche, bensì dimensioni strutturali che impongono l'attivazione di un dialogo autentico e paritetico tra le diverse visioni del mondo, nella consapevolezza che la legittimità del discorso sui diritti umani esige oggi un fondamento condiviso e dialogicamente elaborato¹⁶.

Non si può tacere, al riguardo, che l'idea moderna di diritti umani affonda le proprie radici nella cultura giuridica occidentale e, in particolare, in una matrice cristiano-liberale che ne ha storicamente determinato contenuti e finalità. Tale consapevolezza, lungi dal costituire un ostacolo, deve rappresentare il punto di avvio di un processo inclusivo di revisione e ridefinizione concettuale, che sappia integrare in modo fecondo le istanze provenienti da tradizioni religiose e culturali *altre*, riconoscendo pari dignità epistemica e normativa ai differenti paradigmi antropologici.

L'orizzonte auspicabile è quello di una convergenza assiologica fondata su un'immagine condivisa dell'essere umano quale soggetto di dignità e titolare di diritti, indipendentemente dalle specificità culturali e religiose. Questo terreno comune, lungi dal richiedere un'omologazione delle differenze, presuppone piuttosto un riconoscimento reciproco e un'apertura dialogica capace di generare un *ethos* universale costruito a partire dalla pluralità.

¹⁶ Celeberrimo ed emblematico l'episodio raccontato da Francesco Gentile in *Intorno al fondamento dei diritti fondamentali*, cit., che riporta una affermazione di Jacques Maritain nell'Introduzione di AA. Vv., *I diritti dell'uomo, Testi raccolti dall'Unesco*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 11. «Si racconta che in una riunione della Commissione, in cui si discuteva dei diritti dell'uomo, qualcuno si meravigliasse che si fossero trovati tutti d'accordo, nel formulare una lista di Diritti, vari campioni d'ideologie violentemente avverse – Sì, risposero, noi siamo d'accordo su questi Diritti, ma a condizione che non ci si domandi il perché (n.d.a.: il che significa a condizione che non ce se ne chieda il fondamento!). Col perché comincerebbe la baruffa».

In tale prospettiva, lo Stato – soprattutto in contesti costituzionali pluralisti in cui la coesistenza di differenti confessioni religiose è tutelata in condizioni di uguaglianza formale – è chiamato a ridefinire la propria funzione secondo un paradigma di laicità inclusiva ed equidistante. Il compito istituzionale si sostanzia, dunque, nella predisposizione delle condizioni per un dialogo tra visioni del mondo che, nel rispetto delle rispettive differenze, possa orientarsi verso la costruzione di una comune idea di *vita buona*, e di un senso condiviso della dignità umana quale fondamento dei diritti fondamentali.

Solo così riusciremmo nell'opera necessaria e necessitata, anche nell'ambito dei diritti umani, di «riconoscimento del bene comune» che altro non è che «il riconoscimento in comune del Bene»¹⁷.

¹⁷ F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., p. 47.

(II)

***Communitas* e costituzione. Le (im)mutabili regole della convivenza**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il significato di Costituzione. – 3. Regole e regolarità. – 4. La duplice natura della Costituzione e l'ingegneria costituzionale. – 5. Perché fare una revisione della Costituzione? – 6. È quindi possibile una riforma costituzionale? 7. Conclusioni.

1. Premessa

L'analisi, in una prospettiva teorico-ricostruttiva, delle numerose e cicliche iniziative di riforma costituzionale, che costellano le diverse (e in genere *nuove*) rappresentanze governative, ci induce ad una riflessione, per comprendere se – e in quali termini – sia concettualmente e giuridicamente legittima una modifica dell'assetto costituzionale vigente. Ci si interrogherà, in particolare, sulla possibilità e sui limiti di una revisione costituzionale formalmente conforme al dettato normativo, nonché sulla plausibilità teorica di una riforma sostanziale della Costituzione, vale a dire su una modifica che incida non solo sul testo formale, ma sulla struttura assiologica, sulla funzione sistemica e sull'identità materiale della carta fondamentale. L'analisi mira a chiarire se la Costituzione, in quanto espressione di un potere costituente storicamente situato ma strutturalmente orientato alla permanenza, possa essere oggetto di mutamento da parte di poteri costituiti o se, viceversa, determinate trasformazioni eccedano i confini della revisione per collocarsi nell'orizzonte *extra* o *meta* giuridico del potere costituente originario o derivato.

2. Il significato di Costituzione

In una prospettiva giuridica rigorosa, risulta imprescindibile recuperare il senso più profondo e complessivo dell'idea stessa di Costituzione, tanto in generale quanto con specifico riferimento alla Costituzione italiana vigente. Non si può ridurre la Costituzione a un mero compendio di 139 articoli, né tantomeno

a una semplice enunciazione formale di principi generali privi di spessore sostanziale.

Alla domanda «che cos'è la Costituzione?» è opportuno rispondere attingendo a una fonte autorevole della filosofia politica classica, Aristotele, che nel celebre trattato *La Politica* utilizza il termine greco *politéia* per designare ciò che oggi chiamiamo costituzione. È tuttavia fondamentale osservare come, nel contesto aristotelico, il termine *politéia* assuma significati molteplici e sfaccettati, riflettendo la complessità semantica di tale nozione¹.

In alcune sezioni dell'opera, *politéia* viene intesa come «autorità sovrana», con ciò riferendosi in modo traslato ai poteri supremi dello Stato e, in ultima analisi, al concetto di sovranità. In altri passaggi, invece, il termine denota «l'organizzazione e la distribuzione dei poteri nella città», ossia ciò che oggi definiremmo ordinamento costituzionale degli organi statali. Infine, *politéia* assume anche un'accezione etico-politica, indicante lo «stile di vita virtuoso» di una città e, per estensione, dei suoi cittadini, concepiti come comunità orientata alla ricerca e alla realizzazione del bene comune.

Questa pluralità di significati non deve destare inquietudine; essa rappresenta, piuttosto, differenti prospettive di lettura di un'unica realtà complessa, che consente di cogliere l'essenza autentica e profonda della Costituzione.

Sinteticamente, la Costituzione si configura, da un lato, come potere sovrano, nel nostro sistema tale sovranità appartiene al popolo, che riconosce sé stesso e si struttura mediante un proprio ordinamento; dall'altro, come strumento finalizzato all'individuazione e alla realizzazione del bene comune, traducendosi in una vita politica e sociale virtuosa, nel senso aristotelico del termine.

In questo duplice aspetto convivono dunque due anime fondamentali della Costituzione: una dimensione pratica e organizzativa, che regola la struttura e le funzioni degli organi politici e costituzionali dello Stato, e una dimensione etico-normativa,

¹ Per una compiuta analisi del significato di *politéia* nell'opera aristotelica vedi F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 140 ss.

che ispira la vita comunitaria e individua nell'interesse collettivo la finalità suprema della convivenza civile.

La Costituzione italiana, peraltro, si pone come custode di tale duplice dimensione. La sua articolazione interna ne è manifesto: la Parte seconda disciplina l'organizzazione e i poteri degli organi costituzionali – il Corpo elettorale, il Parlamento, il Presidente della Repubblica, il Governo, la Magistratura, le Regioni, le Province, i Comuni, sino alla Corte costituzionale – mentre la Parte prima racchiude i principi fondamentali e i diritti inviolabili dei cittadini, quali l'uguaglianza, la libertà personale, la libertà di domicilio e circolazione, la libertà associativa e politica, il diritto alla salute, alla formazione culturale, ai diritti economici e al lavoro.

Alla luce di tali considerazioni, sorge inevitabile una domanda: queste due componenti della Costituzione godono della medesima importanza e imprescindibilità? È ammissibile, sotto il profilo giuridico e costituzionale, prescindere da una delle due dimensioni, fino a modificarla radicalmente? Questa domanda costituisce un punto di partenza fondamentale per un'analisi più approfondita e per il confronto con le dinamiche evolutive del diritto costituzionale contemporaneo.

3. Regole e regolarità

Per rispondere alle questioni che siamo venuti a sollevare, utile sarà richiamarci al magistero di Francesco Gentile. In particolare, il suo insegnamento in ordine alla natura regolare dell'uomo, da questi denominata *regolarità*².

Per illustrarla, ci può essere utile ricorrere ad un semplice (e popolare) esempio. Pensiamo al gioco del calcio, *inventato* in una taverna di Londra nell'autunno del 1863.

Il fuorigioco fu codificato nel 1863 al momento della stesura del primo regolamento ufficiale della storia del calcio. Inizialmente si prevedeva che fra il giocatore che riceveva un passaggio e la porta avversaria vi fossero perlomeno 4 giocatori (cioè tre difensori e il portiere). L'origine della regola sta nel fatto che si voleva evitare che uno o più attaccanti attaccassero da tergo il

² F. GENTILE, *op. cit.*, pp. 35 ss.

difensore che giocava la palla. Nel 1866 il fuorigioco passò da 4 a 3 uomini e dal 1907 si iniziò a sanzionare questa infrazione solo se il giocatore si trovava nella metà campo avversaria. Ancora oggi un giocatore non può essere considerato in fuorigioco se è nella propria metà campo.

La modifica che più ha influenzato la storia del calcio è senz'altro quella del 1926, con la quale si passò dal fuorigioco a 3 a quello a 2 giocatori, in vigore tuttora.

Ed ancora. L'ideazione del calcio di rigore è attribuita al portiere nord-irlandese William McCrum – di famiglia benestante e proprietario di un mulino – che lo istituì *ufficiosamente* intorno al 1890 (la data è controversa e indicata in periodi differenti che vanno dal 1885 appunto al 1890). McCrum decise di applicare la nuova regola del tiro *libero* dalla distanza di undici metri con l'intento di condizionare l'irruenza dei suoi stessi compagni che affrontavano con troppa vigoria gli avversari che si approssimavano alla porta da lui difesa.

McCrum non fu forse consapevole di aver creato con la sua coraggiosa decisione una delle regole del calcio maggiormente fonte di discussione fra gli appassionati.

Il primo calcio di rigore fu tirato durante un incontro sul campo di calcio del sobborgo di Milford, contea di Armagh, settanta chilometri ad ovest di Belfast, Irlanda del Nord.

La *Irish Football Association* avanzò all'*International Football Association Board* la proposta di adottarlo definitivamente e al termine di un lungo dibattito il *board* internazionale approvò l'innovazione al regolamento il 2 giugno 1891³.

I casi esemplificativi tratti dal contesto ludico, e in particolare dall'ambito calcistico, offrono una chiave interpretativa rilevante per comprendere due dimensioni fondamentali che caratterizzano la vita sociale e la convivenza ordinata. In primo luogo, si individuano le regole, ossia le norme convenzionali che gli

³ Secondo la cultura anglosassone, il calcio di rigore - *penalty kick* in inglese - si chiamava originariamente *the kick of death*, il *calcio della morte*, poiché chiunque - in Irlanda del Nord - avesse sbagliato il tiro dal dischetto (*spot* in inglese) avrebbe potuto essere arrestato senza processo per manifesta incapacità a calciare, considerata la facilità attribuita a questo tipo di tiro. Naturalmente - e per la fortuna di numerosi rigoristi poco abili o fortunati - la regola non fu mai adottata nel calcio moderno britannico.

individui si danno allo scopo di garantire e promuovere la pacifica convivenza. Tali regole sono, per loro natura, suscettibili di modifiche e adattamenti nel tempo, essendo espressione di una volontà collettiva dinamica e non immutabile.

In secondo luogo, emerge la nozione di *regolarità* del soggetto, intesa come la capacità intrinseca dell'essere umano di comprendere, far propria e conformarsi a un sistema normativo. Questa regolarità, a differenza delle regole convenzionali, non è mutevole né contingente, ma costituisce un attributo costitutivo della natura umana, un presupposto imprescindibile per la validità e l'efficacia di qualsiasi regola.

Le regole del gioco sociale, dunque, possono essere variate e riformulate nel tempo, influenzando la modalità concreta della convivenza, senza tuttavia intaccare la costante e fondamentale capacità umana di regolare il proprio comportamento secondo criteri normativi. Pertanto, mentre le norme possono mutare, la regolarità soggettiva rimane un elemento stabile e precondizionale dell'ordine giuridico e sociale.

Questa distinzione offre altresì una risposta significativa al quesito circa la relazione tra le due dimensioni fondamentali insite nella Costituzione: quelle rappresentate dalla struttura normativa e dal fondamento antropologico della convivenza. Entrambe, infatti, assumono pari rilievo e si configurano come elementi irrinunciabili per la comprensione della convivenza politica.

Il fondamento primario della convivenza sociale risiede nella comunità, intesa come manifestazione della naturale propensione dell'uomo a vivere in società e a confrontarsi con le sfide dell'organizzazione sociale in modo civilmente orientato, nel senso più autentico del termine politico. È quindi cruciale rilevare come la comunità preceda e condizioni ogni forma costituzionale, non essendo essa derivata da questa, ma costituendone, piuttosto, il presupposto imprescindibile. In altri termini, la comunità sociale, esito della regolarità umana, non rappresenta un prodotto di complesse costruzioni giuridiche o di ingegneria

costituzionale, bensì ne costituisce il fondamento originario e necessario⁴.

4. La duplice natura della Costituzione e l'ingegneria costituzionale

Riferendosi alla precedente analisi circa la duplice natura della Costituzione, intesa come articolata in una dimensione operativa e in un'istanza etica, si deve riconoscere come quest'ultima, che riflette la natura e i diritti inviolabili della persona umana e del cittadino, non possa né debba essere oggetto di modifiche. Tale dimensione etica rappresenta, infatti, il nucleo imprescindibile e intangibile dell'ordinamento costituzionale, soggetta ad un'inevitabile evoluzione interpretativa e, semmai, arricchita dall'individuazione di nuovi diritti fondamentali.

Al contrario, suscettibile di mutamento è l'insieme delle regole di organizzazione politica. Tali regole, pur essendo fondamentali, devono adattarsi nel tempo, entro i limiti imposti dai principi costituzionali, alle trasformazioni sociali e politiche. In altri termini, le norme che disciplinano la struttura e il funzionamento dell'organizzazione umana sono chiamate a evolversi in risposta ai cambiamenti del contesto storico e sociale.

Questa considerazione potrebbe indurre a ritenere che, dato che il fondamento logico-politico risiede nella comunità, principio aggregante del corpo politico, le regole del *gioco politico* (ossia quelle che definiscono l'assetto costituzionale) perdano rilevanza al punto da equiparare formalmente una forma organizzativa costituzionale a un'altra, attribuendo loro pari dignità e funzione. In tale prospettiva, infatti, i principi fondamentali della convivenza sociale rimarrebbero fermi, mentre le regole organizzative potrebbero essere modificate agevolmente mediante la cosiddetta *ingegneria costituzionale*.

⁴ E se pensiamo che fino alla fine degli anni Ottanta, nell'est europeo, avevamo delle repubbliche che si chiamavano democratiche ma che erano in realtà delle vere e proprie dittature o, per converso, che abbiamo, nel mondo anglosassone, una monarchia che è certamente più rispettosa delle libertà del singolo di quanto non fossero le repubbliche democratiche dell'est europeo, possiamo comprendere il significato più profondo di quello che sto dicendo.

Tuttavia, tale conclusione non resiste a un'analisi più approfondita se non in termini puramente astratti. Se è vero che l'organizzazione politica costituzionale rappresenta un insieme di regole del gioco, non si può per ciò stesso svuotare di significato la scelta operata dai costituenti, né svalutare la funzione politica e giuridica che essa riveste nel sistema.

La scelta politica che la comunità è chiamata a compiere quotidianamente consiste nell'individuare quell'organizzazione politica e costituzionale che meglio consenta l'identificazione e la realizzazione del bene comune, inteso quale principio aggregante e fondante della stessa comunità politica.

In definitiva, il nodo problematico si sposta: posto che la comunità rappresenta il *prius* ontologico e che l'organizzazione costituzionale è l'insieme delle regole deliberate dalla comunità medesima, con cui questa regola la propria vita, resta da chiedersi quale sia la migliore organizzazione politica, ovvero la più idonea regola del gioco per garantire l'effettività del bene comune.

A tale quesito, la risposta si potrebbe sintetizzare con un'apparente semplicità. «Per stare insieme, anche nell'economia limitata di un gioco infantile, è necessario rispettare le regole (...). Nel medesimo tempo, perché la regola non pesi sulla personalità di ciascuno, come limite della sua libertà, è necessario che essa sia condivisa, cioè riconosciuta come propria, da chi vi si adegua. A garantire queste due condizioni non v'è che il *consenso*»⁵.

Il consenso. Questa è la risposta. Consenso. Altra parola dal significato etimologico illuminante. Di origine latina deriva da *cum sentire*, sentire assieme, condividere. Sentire (che in latino vuol dire anche intendere, conoscere, giudicare) una regola, come espressione della nostra comunità, del nostro stare insieme. Il consenso legittima la regola.

Ecco che, quindi, qualsiasi regola ma, per ovvi motivi, ancor di più la regola giuridicamente e politicamente fondamentale, quella costituzionale, quella che riguarda l'organizzazione costituzionale non può essere mai il semplice frutto della decisione del più forte, di chi ha il potere, di chi la forza per crearla ed imporla, calandola dall'alto.

⁵ F. GENTILE, *op. cit.*, p. 36.

Ma deve necessariamente fondarsi sul consenso, sul riconoscimento comune della sua valenza realizzatrice del bene comune. Se c'è ampio consenso si può affrontare qualsiasi riforma costituzionale. Se non c'è ampio consenso, nessuna riforma può essere attuata e, soprattutto, nessuna riforma può essere legittima.

5. Perché fare una revisione della Costituzione?

L'attualità dei principi costituzionali e la loro adeguatezza rispetto alle mutate realtà socio-politiche costituiscono questioni centrali nel dibattito contemporaneo sul diritto costituzionale. La domanda circa la necessità di una revisione della Costituzione italiana impone un'analisi storica e giuridica che ripercorra l'origine e la genesi della Carta fondamentale della Repubblica.

La Costituzione italiana, adottata nel contesto storico della fine della Seconda guerra mondiale e del superamento del regime fascista, rappresenta il risultato di un processo costituente particolarmente significativo. Il 25 aprile 1945 sancì la definitiva caduta del fascismo istituzionalizzato nella Repubblica Sociale Italiana, aprendo la strada a una nuova fase politica che culminò nel referendum istituzionale del 2 giugno 1946. Quest'ultimo, per la prima volta esteso anche alle donne, confermò la scelta repubblicana e affidò all'Assemblea Costituente il compito di redigere la nuova Carta fondamentale. L'Assemblea, composta da 75 deputati rappresentanti proporzionalmente tutti i gruppi politici dell'epoca, elaborò in poco più di un anno il testo costituzionale, che entrò in vigore il 1° gennaio 1948.

La Costituzione nasce dunque da un momento storico di profonda convergenza tra forze politiche e sociali eterogenee, unite dall'obiettivo comune di garantire libertà, democrazia e rispetto delle diversità culturali e ideologiche. Essa si configura, pertanto, come espressione di un consenso politico e sociale ampio e condiviso, radicato nei valori della Resistenza e nel sacrificio di molti italiani che sacrificarono la propria vita per la libertà collettiva.

Alla luce di tale contesto storico e giuridico, la domanda circa l'opportunità o la necessità di modifiche alla Costituzione deve confrontarsi con la consapevolezza che la Carta non è un docu-

mento statico, bensì un organismo vivente, suscettibile di adattamento in risposta ai mutamenti della società. Tale dinamismo è, peraltro, esplicitamente previsto dagli stessi padri costituenti, i quali hanno inserito nel testo costituzionale una procedura specifica per la revisione, disciplinata dall'articolo 138 della nostra Carta Fondamentale.

L'articolo 138 stabilisce che le leggi di revisione e le leggi costituzionali siano adottate da ciascuna Camera con due deliberazioni successive a intervallo non inferiore a tre mesi, approvate a maggioranza assoluta nella seconda votazione. Inoltre, prevede la possibilità di referendum popolare qualora entro tre mesi dalla pubblicazione ne facciano richiesta un quinto dei membri di una Camera, cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Il referendum ha natura vincolante, salvo che la legge sia stata approvata da entrambe le Camere con una maggioranza qualificata di due terzi.

Il disegno costituzionale sotteso all'articolo 138 mira a bilanciare due esigenze fondamentali: da un lato, la necessità di garantire la stabilità e l'integrità del testo costituzionale originario; dall'altro, la possibilità di un aggiornamento conforme alle mutate esigenze sociali e politiche. Tale equilibrio si inserisce nel più ampio dibattito teorico sul rapporto tra testo originario e leggi di revisione⁶.

In questo quadro si colloca la celebre dottrina di Mortati, quest'ultimo considerato uno dei maggiori interpreti dell'autentica volontà dell'Assemblea Costituente. Secondo Mortati, la procedura di revisione prevista dall'articolo 138 costituisce uno strumento volto esclusivamente a salvaguardare l'integrità

⁶ Tra i vari autori che si sono interessati dell'argomento è opportuno ricordare oltre a C. MORTATI, *La Costituente* (1945), in *Raccolta di scritti*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 26 ss., S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimità* (1901), in *Scritti Minori*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 110 ss.; G.U. RESCIGNO, *La discussione nell'Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 1996, pp. 23 ss.; P.G. GRASSO, *Potere costituente*, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 646 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1984; P. BARILE, *Potere costituente*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, Utet, Torino, 1966, pp. 449 ss.

e la continuità della Costituzione, evitando che mutamenti sostanziali possano essere introdotti con modalità ordinarie, ma assicurando al contempo un canale istituzionale per l'evoluzione costituzionale.

Alla luce di queste considerazioni, la revisione costituzionale si configura non come un'operazione casuale o arbitraria ma come un processo regolato e garantito, finalizzato a coniugare la fedeltà ai valori fondanti della Repubblica con la necessaria adattabilità alle trasformazioni del contesto storico e sociale⁷.

Da questo principio ne consegue che, innanzitutto, la Costituzione è l'espressione più alta del patto sociale che viene a realizzare e rappresentare il legame profondo di tutti i cittadini e di tutte le classi sociali, e, in quanto tale, ha una validità definitiva e, nei detti limiti, inalterabile. Proprio per questa sua caratteristica, la Costituzione è destinata, secondo Mortati, a rimanere immodificata per molto tempo e, proprio per questo, potrebbe richiedere degli interventi di adeguamento alle mutate esigenze e realtà della comunità che rappresenta.

Riguardo alle future eventuali modifiche, infatti, Mortati non è (ovviamente) contrario ma precisa che queste devono essere tali da garantire l'immodificabilità del significato profondo del testo e, quindi, dovranno mirare a conservare e migliorare il testo ma non certo a stravolgerlo. In questa visione del Mortati, le norme di revisione, prodotte dal Parlamento in sede di procedimento aggravato, sono da considerare in ogni caso, anche se sottoposte a referendum popolare, subordinate all'organo costituente; secondo l'Autore, infatti, tra le norme di revisione e il testo originario della Costituzione deve intercorrere lo stesso

⁷ L'autore ha avuto modo di rappresentare la propria tesi sul potere costituente e sulle implicazioni tra questo e la procedura di revisione in numerosi scritti. Tra questi si ricorda C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1931; ID., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940; ID., *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena, Roma, 1946; ID., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Edizioni Ricerche, Roma, 1962; ID., *Le forme di governo*, Giuffrè, Milano, 1973; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1975-76; ID., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Giuffrè, Milano 1972.

rapporto di subordinazione che c'è tra decreti legislativi del governo e la legge delega del Parlamento⁸.

La tesi appare condivisibile perché correttamente viene a coniugare le esigenze di una Costituzione vitale, ossia che si adegua alle mutate esigenze della Comunità, con l'imprescindibile e fondamentale carattere di rigidità della Costituzione.

La citata procedura prevista dall'art. 138 della Costituzione, a mio modo di vedere, ci vuole dire proprio questo. Ci vuol far comprendere che la revisione costituzionale è e deve essere un atto frutto di un mutato consenso e non l'atto di una parte politica. Consenso che si può esprimere attraverso la convergenza delle volontà dei nostri rappresentanti (i due terzi) o, in mancanza, dalla manifestazione espressa o tacita del popolo, custode e titolare della sovranità.

6. È quindi possibile una riforma costituzionale?

La possibilità di una riforma costituzionale, lungi dall'essere esclusa, si configura come un'ipotesi ammissibile purché venga perseguita nel pieno rispetto della consapevolezza circa il ruolo

⁸ L'autore, infatti, ci ricorda nella sua opera C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 921 ss. «La nostra Costituzione ha incluso nel titolo VI, dedicato alle garanzie costituzionali, tanto la disciplina degli organi di garanzia costituzionale quanto quella del procedimento di revisione: ed è da chiedersi se tale sistemazione possa trovare giustificazione. (...) La presenza di un'apposita istanza di revisione viene ad assumere funzione di garanzia perché sottrae al grado inferiore ogni possibilità di invadere la competenza del grado superiore, e tende a preservare l'integrità del documento in cui è consacrata la suprema volontà dell'ordinamento (...) E' da mettere in rilievo come l'affidare ad uno speciale procedimento la revisione del testo costituzionale ha come proprio scopo, più che di provvedere al suo mutamento, di meglio preservarne la parte stabile (...) Il nostro costituente, con la sistemazione nel titolo VI della materia della revisione, ha voluto mettere l'accento sulla conservazione piuttosto che su quella di mutamento adempiuta dalla revisione, e nello stesso tempo richiamare in modo più spiccato il carattere di subordinazione delle norme di revisione, emananti da un organo costituito e nelle forme prefissate, rispetto a quelle della costituzione, provenienti invece dal costituente, cioè da un'entità assolutamente originaria». Ed ancora, più avanti prosegue: «La legge di revisione, per quanto riguarda il suo rapporto con la costituzione, assume una posizione analoga a quella che hanno i decreti emessi dal governo su delegazione del parlamento».

lo fondamentale che la Costituzione riveste all'interno di un sistema democratico maggioritario. In particolare, una revisione dell'ordinamento costituzionale può essere considerata lecita soltanto se rispetta rigorosamente la finalità originaria e immutabile della Carta, fondata sulle norme fondamentali e sui diritti inviolabili che essa tutela. Tali principi devono, inoltre, garantire una funzionalità operativa almeno equivalente a quella assicurata dall'attuale sistema normativo.

Ulteriore imprescindibile condizione per la legittimità di una revisione costituzionale, sebbene non espressamente prevista dalla Costituzione stessa, consiste nell'adozione di una maggioranza qualificata che, secondo la dottrina maggioritaria e in particolare secondo l'interpretazione proposta da Speroni, dovrebbe quantomeno raggiungere i due terzi dell'assemblea legislativa. In tale prospettiva, l'entità della modifica incide direttamente sulla necessità di una più ampia condivisione parlamentare e sociale: tanto più significativo è l'intervento di revisione, tanto più elevato deve essere il consenso che lo sostiene, a garanzia della stabilità e della continuità dell'ordinamento costituzionale⁹.

Il consenso. Ecco qui di nuovo, l'importanza del consenso. Se non c'è il (largo) consenso popolare – rappresentativo o diretto – non è possibile una revisione della costituzione.

7. Conclusioni

Venendo quindi a trarre le fila della presente analisi, voglio dire che, se e quando la comunità percepirà che vi è la necessità, sarà certamente possibile una revisione della nostra Carta. Il detto consenso deve però essere ispiratore di ogni interpretazione evolutiva della disposizione costituzionale e di una sua eventuale revisione. Il consenso e aggiungerei l'*ampio consenso*

⁹ Anche i nostri costituenti hanno stabilito la possibilità di revisione della Costituzione, infatti. Anche i nostri costituenti avevano ben chiaro che la Costituzione è vitale e si evolve con i tempi e che, se necessario, può cambiare. I nostri costituenti, però, hanno anche voluto evidenziarne l'importanza proprio richiedendo una particolare maggioranza da un lato (due terzi delle camere) e, in difetto, concedendo la possibilità al popolo di esprimere il proprio consenso attraverso un referendum.

è e deve rimanere centrale. Senza il consenso non sarà possibile alcuna revisione.

Tornano alla memoria, come un autentico e autorevole monito, le parole di Paolo Rossi, uno dei Padri della Nostra Costituzione, che nel suo intervento di fronte all'Assemblea Costituente, proclamava «La Costituzione non deve essere un masso di granito che non si può plasmare e che si scheggia; e non deve essere nemmeno un giunco flessibile che si piega a ogni alito di vento. Deve essere, dovrebbe essere, vorrebbe essere, una specie di duttile acciaio che si riesce a riplasmare faticosamente sotto l'azione del fuoco e sotto l'azione del martello di un operaio forte e consapevole!»¹⁰.

¹⁰ Discorso pronunciato da Paolo Rossi nella seduta pomeridiana del 14 novembre 1947 Cfr. *Assemblea Costituente*, 14 novembre 1947, in *La Costituzione italiana nei lavori preparatori*, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, Roma, 1970, V, p. 3892.

(III)

L'aporia del «partigiano divino» e la lotta al terrorismo

SOMMARIO: 1. Il «partigiano divino» e il terrorismo. – 2. Il tragico rovesciamento delle regole internazionali. Il concetto di *guerra*. – 3. Il terrorismo e la negazione delle regole vigenti di diritto pubblico internazionale di guerra. – 4. Il terrorismo come problema politico. – 5. La necessità di un'etica giuridico-politica nei conflitti asimmetrici: il terrorismo come sfida alla razionalità normativa internazionale.

1. Il «partigiano divino» e il terrorismo

Nell'ambito di una riflessione politico-giuridica, relativa agli episodi di terrorismo internazionale che hanno caratterizzato gli ultimi decenni della nostra storia, diviene necessario problematizzare le categorie tradizionali della politica e del diritto internazionale alla luce dell'inedita morfologia del conflitto che si è delineata nel corso dell'ultimo ventennio, nel confronto asimmetrico tra gli Stati democratici e il terrorismo globale. L'obiettivo è quello di interrogare criticamente i presupposti concettuali che sorreggono l'ordine giuridico internazionale, esplorando le tensioni emergenti tra sovranità statale, uso della forza e legittimazione giuridica dell'azione bellica in un contesto segnato dall'erosione delle distinzioni classiche tra guerra, pace e crimine.

Intendiamo esaminare approfonditamente le categorie giuridico-filosofiche che strutturano la comprensione della politica internazionale contemporanea, a partire da un dato empirico difficilmente eludibile: la trasformazione radicale del concetto di guerra operata dal confronto, tuttora in atto, tra gli Stati democratici e il terrorismo transnazionale¹. Tale mutamento, di natura tanto fattuale quanto concettuale, sembra produrre una torsione

¹ Sui pericoli dell'asimmetria tra Stato e terrorismo, si ricorda l'insegnamento di F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 97 ss. ove l'Autore definisce lo Stato il «partigiano divino», definizione a cui ci si è ispirati per coniare il titolo del presente contributo.

profonda nelle architetture teoretiche del diritto internazionale, sollecitando una revisione dei paradigmi classici di legalità, legittimità e sovranità.

L'assunto da cui muove questa riflessione è che l'irruzione del terrorismo globale – fenomeno né pienamente interno né propriamente esterno all'ordine statale – abbia reso obsoleto il lessico tradizionale della politica internazionale e imposto una rielaborazione del concetto stesso di guerra.

Il riferimento non è solo all'indeterminatezza semantica, che oggi circonda il concetto di guerra, ma anche all'ambiguità strutturale di una prassi che sfugge alle griglie categoriali del diritto internazionale classico, mettendo in crisi la stessa normatività giuridica su scala globale.

2. Il tragico rovesciamento delle regole internazionali. Il concetto di guerra

Ogni analisi rigorosa della politica internazionale contemporanea, e più in generale del diritto internazionale pubblico, non può sottrarsi a una considerazione preliminare che si impone in modo quasi assorbente: gli eventi successivi all'11 settembre 2001² costituiscono un punto di frattura radicale nel lessico, nella prassi e nella struttura assiologica della comunità internazionale. Tali eventi hanno determinato non solo un trauma geopolitico, ma anche una cesura teorica che mette in crisi le categorie tradizionali attraverso cui il pensiero giuridico e politico ha storicamente interpretato i conflitti tra soggetti statuali.

L'immediatezza drammatica con cui si sono imposti quei fatti ha rivelato l'inadeguatezza dell'apparato categoriale vigente: le norme consolidate, i criteri di legittimazione dell'uso della forza, le modalità classiche della gestione delle relazioni inter-

² Gli attentati dell'11 settembre 2001 furono una serie di attacchi suicidi terroristici coordinati, con il dirottamento di voli di linea civile (due aerei colpirono le Torri Gemelle del *World Trade Center* a New York, causando il crollo di entrambi gli edifici e ingenti danni), compiuti contro obiettivi civili e militari degli Stati Uniti d'America da un gruppo di terroristi appartenenti all'organizzazione terroristica *Al-Qaida*. Gli attacchi causarono la morte di 2.977 persone (più i 19 dirottatori) e il ferimento di oltre 6 000 persone. Tali eventi sono spesso considerati dall'opinione pubblica come i più gravi attentati terroristici dell'età contemporanea.

nazionali sono apparse improvvisamente inattuali, come appartenenti a una fase ormai tramontata della storia della politica internazionale. Si assiste così a una sorta di obsolescenza giuridica generalizzata, per cui intere biblioteche di diritto internazionale rischiavano di tramutarsi in testimonianza di un ordine giuridico superato, se non addirittura estinto. In termini schmittiani, potremmo dire che si è aperto un nuovo spazio del politico nel quale l'amico e il nemico non si definiscono più sulla base di identità statuali riconoscibili³.

Questa constatazione preliminare consente di introdurre un primo nodo concettuale: la problematicità dell'uso del termine «guerra» per descrivere il conflitto *post* 11 settembre. Nell'orizzonte della tradizione giuridico-politica occidentale, il concetto di guerra ha avuto un significato tecnico-giuridico ben definito: scontro armato tra soggetti statuali dotati di riconoscimento politico internazionale oppure, al più, tra uno Stato e un'entità sub-statale dotata di autonomia territoriale e di una qualche forma di soggettività giuridica⁴.

La guerra, come osserva lo stesso Kelsen, implica un conflitto tra ordinamenti giuridici, ciascuno rappresentato da uno Stato⁵. Il terrorismo, invece, non dispone di un ordinamento alternativo, ma si iscrive in un'altra logica: una strategia di delegittimazione simbolica delle strutture giuridiche esistenti, fondata sull'azione performativa della violenza.

Il terrorismo globale, lungi dall'essere riconducibile a una forma criminale ordinaria, si configura come una dislocazione del politico: un'espressione radicale e violenta di dissenso ideologico che si colloca al di fuori di ogni cornice giuridica tradizionale. La sua forza sta nell'invisibilità e nell'assenza di territorialità, elementi che lo rendono una minaccia strutturale alla positività ed effettività dell'ordinamento giuridico.

È in questo senso che la guerra al terrorismo assume i tratti della guerra asimmetrica: non più uno scontro tra eguali, rego-

³ Utile la lettura in tal senso di C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum Europaeum»*, Adelphi, Milano, 1991.

⁴ A. GIOIA, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 1 ss.

⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. a cura di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1954, pp. 151 ss.

lato da convenzioni e codici, ma un conflitto in cui la disparità ontologica tra le parti produce effetti disgregativi sull'intero sistema del diritto internazionale. Bobbio, del resto, ci aveva ammonito rispetto alla tensione costante tra forza e diritto. Il rischio, sempre latente, è che la forza travalichi i limiti imposti dalla legalità, in nome della sicurezza o della moralità⁶.

Alla luce di ciò, la qualificazione degli attacchi terroristici e delle successive operazioni militari come *guerra* implica uno scarto semantico che cela una mutazione profonda. Il soggetto agente, in questo caso, non è uno Stato, né un'entità assimilabile a esso secondo i criteri riconosciuti dal diritto internazionale classico. L'Afghanistan, a differenza di quanto suggerito dalla retorica politica del tempo, non rappresentava il soggetto del conflitto, né lo era il leader di un movimento terroristico come Osama Bin Laden, il quale, pur avendo esercitato un potere simbolico e operativo significativo, non possedeva alcuna legittimazione giuridica internazionale.

L'altro del conflitto, «il nemico», nel caso del terrorismo, è piuttosto una forma di azione: l'azione terroristica come strumento di comunicazione e affermazione di un progetto politico radicale, sradicato da ogni territorialità definita e da ogni responsabilità statale. Il conflitto, pertanto, non si configura secondo la dicotomia tradizionale tra Stato e Stato, o Stato e ribellione armata riconosciuta, bensì come una dialettica globale tra sistemi normativi eterogenei, in cui la violenza si sottrae alla regolazione giuridica e la legittimità si rifugia nel discorso ideologico.

La constatazione che non si è più in presenza di una guerra in senso stretto conduce alla necessità di ridefinire il quadro giuridico-concettuale entro cui comprendere i conflitti contemporanei. Più che di guerra, si dovrebbe parlare di problema politico a rilevanza globale, che interpella le fondamenta stesse del diritto internazionale, sollecitando una sua radicale riconfigurazione.

Ci si trova dinanzi a una trasformazione del concetto di sovranità, ormai eroso dall'interdipendenza globale, e del concetto di legittimità dell'uso della forza, che non può più essere valuta-

⁶ Questa è la riflessione a cui porta la lettura di N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979.

to solo in riferimento ai parametri giuspositivistici classici, ma necessita di un'analisi assiologica più ampia.

La filosofia del diritto, in tal senso, è chiamata a un compito imprescindibile: ripensare il concetto stesso di norma internazionale in un mondo che sembra sempre più dominato da soggetti e dinamiche post-statali. In tal senso, la riflessione sull'11 settembre non è un semplice esercizio di attualizzazione, ma una vera e propria indagine sul futuro del giuridico nell'epoca dell'instabilità globale.

3. Il terrorismo e la negazione delle regole vigenti di diritto pubblico internazionale di guerra

Il mutamento prodotto dall'espansione globale del fenomeno del terrorismo impone una duplice chiave di lettura: una, strettamente giuridica, tesa ad accertare l'incidenza di tali eventi sulla struttura normativa del diritto internazionale; l'altra, propriamente politico-filosofica, volta a interrogare le categorie concettuali attraverso cui si è storicamente pensata la legittimità dell'uso della forza nelle relazioni tra Stati.

Sotto il profilo giuridico, gli attacchi terroristici globali e le conseguenti reazioni da parte degli Stati hanno determinato una sostanziale sospensione, se non una vera e propria negazione, delle norme fondamentali che regolano l'uso della forza nel diritto internazionale pubblico contemporaneo.

In particolare, il ricorso alla forza armata, anche quale strumento di reazione a un'aggressione, è subordinato a limiti precisi e inderogabili. A partire dalla fine della Prima guerra mondiale, si è assistito a un progressivo processo di delegittimazione dell'uso unilaterale della forza da parte dello Stato sovrano⁷. Questo processo ha trovato la sua codificazione più compiuta nella Carta delle Nazioni Unite del 1945, la quale sancisce, il divieto assoluto di minaccia o uso della forza nelle relazioni internazionali, fatta eccezione per l'ipotesi di legittima difesa individuale o collettiva ai sensi dell'art. 51⁸ e per gli interventi

⁷ Cfr. H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Stevens and Sons - Frederick A. Praeger, New York, 1950, pp. 31-44.

⁸ Ma questo non si può ritenere ricorra nel caso di specie e, comunque, avrebbe carattere temporaneo in quanto l'art. 51 della Carta consacra un di-

autorizzati dal Consiglio di Sicurezza, in funzione di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale⁹.

A essere violate non sono soltanto le norme che disciplinano il ricorso alla guerra (*jus ad bellum*), ma anche quelle che regolano la condotta delle ostilità (*jus in bello*), ossia il diritto internazionale umanitario o diritto bellico. Nonostante la messa al bando dell'uso della forza, l'ordinamento giuridico internazionale riconosce la possibilità che si verifichino conflitti armati e prevede, a tal fine, un complesso di norme e convenzioni volto a limitare la sofferenza umana e a garantire il rispetto di principi fondamentali. Il principio che informa tali norme è quello secondo cui le parti in conflitto non dispongono di una libertà illimitata nella scelta dei mezzi e metodi di combattimento. In particolare, sono vietate l'adozione di armi idonee a causare mali superflui o sofferenze non necessarie, l'uso indiscriminato della forza, ovvero l'impiego di mezzi bellici che non distinguano tra obiettivi militari e civili e gli attacchi diretti contro obiettivi civili e località indifese¹⁰.

L'uso deliberato della forza contro bersagli civili, come avviene ad opera del terrorismo internazionale, rappresenta una violazione flagrante di tali disposizioni. Gli attacchi hanno colpito strutture non militari (storica quella forse prima delle Torri Gemelle del 2001) con modalità offensive che non solo prescindevano da ogni distinzione tra combattenti e non combattenti, ma che si fondavano proprio sull'effetto simbolico e traumatico della violenza esercitata sui civili.

In questo senso, le azioni terroristiche si pongono radicalmente al di fuori del paradigma normativo della guerra regolata;

ritto naturale di autodifesa individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite, ma solamente ed esclusivamente fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale.

⁹ Vedi Carta delle Nazioni Unite, art. 2 par. 4, art. 39 e art. 51. Sul punto si veda N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2021 e la sua puntuale disamina.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 52 del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977. Per completezza, si precisa che viene anche vietato l'uso di armi chimiche e battereologiche (come disciplinato dal Protocollo di Ginevra del 1925).

esse rappresentano una forma di conflitto che mira non alla conquista militare, ma alla destabilizzazione sistemica, e che opera mediante un uso improprio e giuridicamente illecito di tecniche militari asimmetriche.

Riassumendo si può dire che gli eventi internazionali, di cui è protagonista il terrorismo, hanno evidenziato la crisi strutturale del diritto internazionale quale ordinamento di autodisciplina della forza. Il terrorismo internazionale non solo elude le norme vigenti ma ne denuncia l'inadeguatezza concettuale a fronteggiare fenomeni che disarticolano la nozione stessa di soggettività giuridica internazionale. Da qui l'esigenza, imprescindibile, di una riflessione filosofico-giuridica capace di pensare il conflitto e la violenza in termini nuovi, oltre la dicotomia classica tra guerra e pace, Stato e non-Stato, legittimità e illegalità.

4. Il terrorismo come problema politico

Nel tentativo di decifrare la portata politico-giuridica del fenomeno terroristico contemporaneo, occorre rilevare come esso imponga agli Stati democratici non solo una sfida operativa, ma una profonda tensione etico-normativa nella definizione della propria condotta pubblica. Il terrorismo, in quanto espressione irregolare, diffusa e non statuale della violenza politica, produce una pressione asimmetrica sugli ordinamenti democratici, costringendoli a misurarsi con un nemico che, proprio in virtù della sua informalità, disarticola i presupposti della legalità ordinaria.

Ricorderei a questo proposito le pagine di Carl Schmitt il quale utilizza, per rappresentare tale tipo di combattente, l'immagine del sottomarino: «uscendo d'improvviso dal mare, sconvolge il dramma convenzionale che si sviluppa sulla scena secondo regole fisse e convenute. Modifica con le sue irregolarità, con la trasgressione d'ogni regola, la struttura stessa delle operazioni delle armate regolari»¹¹.

In tale scenario, il primo e più rilevante rischio per le democrazie costituzionali consiste nel pericolo di una mimetizzazione funzionale con il proprio antagonista: la possibilità, cioè, che lo

¹¹ C. SCHMITT, *Théorie de Partisanen*, Duncker & Humblot GmbH, Berlino, 1963, II, p. 1 citato da F. GENTILE, *op. cit.*, p. 98.

Stato finisca per adottare, pur con finalità difensive, strategie, metodi e strumenti che contraddicono le forme del diritto e i principi dello Stato di diritto, assimilandosi così sul piano operativo all'irregolarità propria del terrorismo stesso¹².

Gli Stati Uniti, attori centrali nella reazione occidentale all'attacco terroristico fin dai tempi delle Torri Gemelle, hanno mostrato consapevolezza di tale rischio. Nella gestione della propria risposta militare, hanno costantemente accompagnato l'uso della forza con un tentativo di legittimazione pubblica *ex ante* o *ex post*, mediante dichiarazioni ufficiali, rapporti giuridici e richiami, più o meno formali, al rispetto del diritto internazionale umanitario¹³. Questa operazione discorsiva mira a mantenere una distanza simbolica e giuridica tra l'azione statale e quella terroristica, nel tentativo di preservare la superiorità normativa della legalità democratica rispetto alla logica dell'eccezione armata¹⁴.

Il secondo rischio, di natura meno evidente ma non meno insidiosa, riguarda l'effetto performativo della risposta statale in chiave relazionale: una gestione disattenta, impulsiva o concettualmente imprecisa del confronto con il terrorismo può contribuire, indirettamente, alla sua legittimazione politica implicita. Trattare il terrorismo come un soggetto simmetrico, riconoscendogli implicitamente uno statuto quasi statutale, rischia di conferirgli quella dignità politica che esso cerca attivamente di costruire mediante l'uso simbolico della violenza.

In tal senso, l'invocazione sistematica, da parte di molti gruppi terroristici, della retorica della Guerra Santa (*jihād*) non va intesa come una mera giustificazione religiosa, bensì come una strategia di autorappresentazione finalizzata a proiettare l'azione terroristica all'interno di una cornice etico-politica, capace di

¹² Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 7 ss., dove si discute il rischio di strutturale assimilazione tra Stato e nemico in contesti di crisi permanente.

¹³ Sulle strategie di legittimazione giuridica delle operazioni *post* 11 settembre, v. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 543 ss.

¹⁴ Sul punto si veda N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Mondolibri, Torino, 1999, pp. 141-157.

conferirle coerenza ideologica, finalismo morale e, dunque, una parvenza di legittimità¹⁵.

È proprio l'assenza di uno *status* giuridico riconosciuto che induce tali attori a simulare la forma della guerra tradizionale per acquisire la medesima aura di dignità della lotta armata rivoluzionaria. Il rischio, quindi, è che una risposta istituzionale inadeguata finisca per rafforzare tale narrazione, promuovendo, per via riflessa, un innalzamento simbolico del terrorismo al livello dello Stato. Da ciò deriva, per gli ordinamenti democratici, la necessità di mantenere una condotta coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, evitando di ridurre la politica della sicurezza a un puro meccanismo reattivo privo di struttura giuridica e di fondamento assiologico.

5. La necessità di un'etica giuridico-politica nei conflitti asimmetrici: il terrorismo come sfida alla razionalità normativa internazionale

Una delle questioni teoricamente più delicate, e insieme più decisive, nel contesto dei conflitti contemporanei, in particolare di quelli che vedono coinvolti gli Stati democratici e l'azione terroristica internazionale, concerne la necessità di mantenere ferma, sotto il profilo giuridico e politico, la netta distinzione assiologica tra i due poli del conflitto. Tale distinzione, più che un fatto, costituisce un imperativo normativo: il discrimine tra la legalità costituzionale degli Stati democratici e la radicale illegalità dell'agire terroristico non deve mai venire meno, nemmeno in nome dell'efficienza operativa o della logica dell'emergenza.

Questa esigenza è tanto più cogente quanto più si tende, nell'immediatezza dell'evento traumatico e nella pressione della risposta, ad assimilare il mezzo al fine, l'urgenza all'eccezione. È proprio in tali frangenti che si annida il pericolo di una simmetria perversa, vale a dire il rischio che gli ordinamenti democratici, nell'intento di neutralizzare la minaccia, adottino modalità

¹⁵ Più di qualche autore, in particolare statunitense, ritiene che il terrorismo dia vita ad una strumentalizzazione della *jihād* come strumento di costruzione identitaria cfr. O. ROY, *Globalized Islam: The Search for a New Ummah*, Columbia University Press, New York, 2004.

operative che, sul piano normativo e simbolico, finiscono col mimare quelle stesse pratiche che intendono combattere.

La legittimazione della forza, tuttavia, non può essere disgiunta dal principio di legalità: laddove ciò accade, non si verifica semplicemente un arretramento funzionale del diritto, ma una vera e propria crisi della sua razionalità fondativa¹⁶.

La tentazione di dover dimostrarsi capaci garanti della sicurezza della comunità, a prescindere dai mezzi utilizzati, costituisce l'antitesi dell'etica della responsabilità che dovrebbe guidare l'azione pubblica in contesti democratici¹⁷.

Parimenti, è necessario evitare che l'azione terroristica ottenga, anche solo sul piano della percezione pubblica, un riconoscimento implicito di legittimità, attraverso la nobilitazione dei suoi fini. Il terrorismo, per sua natura, si alimenta dell'ambiguità: cerca di trasfigurare il particolare in universale, l'interesse in giustizia, il risentimento in ideologia¹⁸. In tal senso, attribuirgli lo statuto di controparte politica significherebbe già cedere sul terreno della ragione giuridico-politica.

Da qui discende, in via ulteriore, la difficoltà – se non l'impossibilità – di qualificare tale confronto come una *guerra* in senso tecnico. La guerra, nella sua formulazione storica e giuridica classica, presuppone un livello di parità giuridico-politica tra i soggetti in conflitto, o almeno un reciproco riconoscimento sul piano internazionale¹⁹.

Nulla di tutto ciò sussiste nel caso specifico del conflitto tra Stati democratici e terrorismo globale, che non può in alcun modo essere inquadrato in un paradigma interstatuale. L'attribuzione dello status di «nemico politico» a soggetti non statuali,

¹⁶ In questa prospettiva J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma – Bari, 1996, in particolare il capitolo 4.

¹⁷ Ricordiamo sul punto, Max Weber e la sua tesi con la quale viene a distinguere tra etica della convinzione (*Gesinnungsethik*) ed etica della responsabilità (*Verantwortungsethik*), cfr. M. WEBER, *La politica come professione*, Armando Ed., Roma, 1997.

¹⁸ Su questa dinamica ideologica dell'azione violenta cfr. P. RICOEUR, *Il male. Una sfida alla filosofia e alla teologia*, Ed. Morcelliana, Brescia, 1996.

¹⁹ Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di «politico»*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 89 ss.; ID., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, Adelphi, Milano, 2005.

privi di rappresentanza e di responsabilità istituzionalmente riconosciuta, costituisce un corto circuito giuridico e assiologico che mina la stessa architettura del diritto internazionale.

Quello a cui assistiamo, dunque, non è una guerra in senso classico, bensì una lotta globale per la salvaguardia dell'ordine giuridico contro una forma nuova e proteiforme di minaccia. L'eliminazione del terrorismo come fenomeno destabilizzante non può esaurirsi nella neutralizzazione militare dei suoi agenti, ma deve piuttosto configurarsi come una più profonda rigenerazione delle condizioni politiche e culturali della convivenza internazionale.

L'azione terroristica rappresenta non solo un atto di aggressione, ma anche e soprattutto il sintomo di una sconfitta epistemica e politica. La sua efficacia simbolica risiede proprio nella dimostrazione del fallimento dei tradizionali strumenti della politica internazionale, nella loro incapacità di prevenire, comprendere e contenere fenomeni che si sottraggono ai canoni della diplomazia classica e alle forme istituzionali del conflitto. Dalle ceneri di questo disordine emerge, allora, un'esigenza non più rinviabile: la necessità di una nuova politica internazionale, capace di confrontarsi con le sfide della contemporaneità e di riconfigurare, in termini inclusivi e razionali, le categorie del politico. Una politica che, come direbbe Francesco Gentile, si muova in una prospettiva globale, sintetica ed unitaria. Una politica che, superando le distinzioni, individui una possibile via di dialogo e la soluzione definitiva (perché culturale) del problema terrorismo. Una politica autentica che comprenda, individui e persegua quello che comunemente è definito il bene comune.

In ultima istanza, si tratterà di costruire un ordine giuridico-politico fondato non sulla forza o sull'imposizione, ma sul riconoscimento reciproco e sulla condivisione di beni comuni. Il problema del terrorismo – nella sua essenza più profonda – è problema culturale prima ancora che militare e, in quanto tale, esige una risposta che abbia la dignità di un progetto di civiltà. Una politica autentica sarà dunque quella capace di promuovere non solo la sicurezza, ma anche la giustizia, la coesistenza e la dignità umana su scala planetaria.

(IV)

Il positivismo giuridico tra auto ed etero integrazione dell'ordinamento.

Lo strano caso del codice napoleonico

SOMMARIO: 1. Il punto di partenza. Le lacune dell'ordinamento giuridico. – 2. L'interesse della Scuola dell'Esegesi per le lacune. 3. Le questioni poste dall'art. 4 del *Code Napoléon*. – 4. Una prima riflessione conclusiva. L'ambiguità delle tesi della Scuola dell'Esegesi.

1. Il punto di partenza. Le lacune dell'ordinamento giuridico

Un esame, seppur sommario, della letteratura inerente alle lacune normative consente di cogliere come tale tematica abbia acquisito rilievo e centralità nel dibattito giuridico a partire dalla fine dell'Ottocento¹. È in questo periodo storico, infatti, che la problematica delle lacune si configura quale terreno fecondo di approfondimento e di confronto, animato dalle diverse scuole filosofiche che si articolavano in contrapposte correnti dottrinali e teoretiche.

Tale osservazione si fonda su una premessa logico-concettuale di carattere pressoché elementare. La questione dell'esistenza delle lacune si manifesta solo allorché l'ordinamento giuridico venga concepito come potenzialmente completo e sistematico. In assenza di tale concezione, come avviene in determinati ordinamenti o in specifiche fasi storiche, il problema delle lacune non si pone né può essere posto.

Nell'età romana classica, si osserva come il problema della lacunosità dell'ordinamento giuridico fosse sostanzialmente estraneo al dibattito dottrinale. Ciò si spiega con l'assenza di un

¹ Per indicazioni bibliografiche si consiglia di consultare le bibliografie apposte alle voci enciclopediche: N. BOBBIO, *Lacune del diritto* (Voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Utet, Torino, 1963, pp. 419-424; M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 257-271; F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Treccani, Roma, 1988, pp. 1-5; R. GUASTINI, *Lacune del diritto*, in *Digesto*, Quarta edizione, *Discipline privatistiche*, Sezione civile, X, Utet, Torino, 1993, pp. 269-278.

concetto di ordinamento giuridico inteso come sistema completo e autosufficiente, idea che si affermerà solo successivamente con il positivismo giuridico².

Tale concezione, infatti, sembra emergere *in nuce* solo con la riscoperta del Digesto giustiniano, il quale, nel Medioevo, divenne oggetto di un atteggiamento di reverenziale soggezione da parte delle scuole dei glossatori e dei commentatori. Questi ultimi, forse per la prima volta nella storia del diritto, riconobbero nel Digesto una fonte scritta del diritto con carattere vincolante e sistematico³.

Non sorprende, dunque, che Norberto Bobbio identifichi proprio nella considerazione del diritto giustiniano come *ratio scripta* da parte dei glossatori medievali l'origine del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico⁴.

Tuttavia, una ricostruzione storica completa deve tener conto che il problema della lacuna giuridica era già percepito come giuridicamente significativo all'interno della stessa opera giustiniana. Lo stesso imperatore Giustiniano, nel Digesto, riconosce implicitamente la possibilità che non tutti gli *articoli* possano essere contenuti singolarmente nelle leggi o nei *senatus consulta*, affermando che, laddove manchi una norma espressa, il giudice deve procedere per analogia, pronunciando il diritto in modo equo «*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*»⁵.

Il problema, tuttavia, assume una definizione più chiara e sistematica grazie all'opera dei commentatori medievali i quali, muovendo dal loro paradigma metodologico fondato sull'ermeneutica rigorosa del testo giustiniano, si proposero di ricavare dal *Corpus iuris civilis* la soluzione a ogni caso concreto. In tale

² Per un quadro dei metodi e delle ideologie della giurisprudenza romana ci sia consentito rinviare a F. TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, Monduzzi, Bologna, 2002, pp. 3 ss.

³ Anche per un quadro riassuntivo della Scuola dei glossatori e dei commentatori si rimanda a F. TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, cit., pp. 52 ss.

⁴ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 131 ss.

⁵ Digesto, I, 3, 12.

contesto, si consolidò la nozione secondo cui *omnia in corpore juris inveniuntur*, con la conseguenza che l'attività interpretativa dei glossatori veniva considerata in grado di garantire un'effettiva completezza dell'ordinamento, mediante un meccanismo di auto-integrazione interpretativa.

Questa intuizione rimase tuttavia latente per lungo tempo, sebbene trovasse un significativo spazio di riflessione nell'ambito della filosofia del diritto, in particolare grazie a Francesco Bacone. Nel suo trattato sulle fonti del diritto, inserito in un più ampio studio sulla scienza governativa, Bacone riconosce esplicitamente la naturale lacunosità delle disposizioni legislative, ma indica altresì le modalità con cui tale lacunosità può essere colmata. Egli suggerisce *in primis* l'impiego dei mezzi analogici e dell'*extensio legis*, pur auspicandone un uso temperato e prudente; conclude poi con l'invocazione della giurisdizione di equità quale strumento ulteriore di supplenza giuridica. È importante sottolineare che tale richiamo non costituisce un ritorno al diritto naturale, bensì l'affermazione di un procedimento interpretativo affidato alla discrezionalità giudiziaria, ispirata al criterio della «giusta discrezione» e all'arbitrio del «*boni viri*»⁶.

2. L'interesse della Scuola dell'Esegesi per le lacune

La problematica delle lacune fu una tematica che, per certi versi, ebbe una rinascita grazie alla «Scuola dell'Esegesi»⁷, termine coniato da Glasson nel 1904 e divenuto di uso comune grazie all'opera di Julien Bonnecase⁸, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, con cui solitamente si indicano i giuristi (prevalentemente

⁶ Ci si riferisce a F. BACONE, *Esempio di un trattato della giustizia universale e delle fonti del diritto in un sol titolo, distinto in aforismi*, in *De dignitate et argumentis scientiarum*, VIII, 3, trad. a cura di E. DE MAS, *Opere filosofiche*, II, Laterza, Roma – Bari, 1965, pp. 482 ss.

⁷ G. TARELLO, *La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 75-77.

⁸ J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi des ses plus illustres représentants*, II ed., E. de Boccard, Paris, 1924.

francesi ma anche belgi) che si dedicarono all'elaborazione esegetica, appunto, del *Code Napoléon* del 1804⁹.

La Scuola rappresentò la più alta espressione teorica della completezza dell'ordinamento legislativo codificato, postulando che una rigorosa interpretazione letterale del testo normativo – e, conseguentemente, la sua pedissequa applicazione – fosse sufficiente a fornire gli strumenti necessari alla soluzione di ogni controversia giuridica. Tale impostazione, per sua stessa natura, configurava un terreno particolarmente fertile per l'emergere del problema delle lacune del diritto, questione che avrebbe poi sollevato profonde riflessioni sulla natura e i limiti della codificazione normativa.

⁹ Per una analisi completa e maggiormente dettagliata della questione interessanti possono rivelarsi le letture di F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), A. Chevalier-Marescq et Cie, Paris, II ed., 1919, vol. I, parte I; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Lezioni trascritte dal dott. N. Morra, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino, 1979, pp. 92 ss.; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966, cap. III; G. TARELLO, *Scuola dell'esegesi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Utet, Torino, 1969, pp. 3-13 dell'estratto; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2002; A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, Hachette Livre BNF, Paris, I ed., 1822; II ed., 1845; G. DELISLE, *De l'interprétation juridique*, 2 vol., Louis Delamotte, Paris, 1849; C. BROCHER, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, et spécialement du Code civil français*, Jules G. Fick, Genève, 1862; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. I. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Durante, Paris, 1869, p. 129; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 103 ss.; C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto* (1983), Giappichelli, Torino, 1996; N. BOBBIO, *Lacune del diritto* (1964), in N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 99 ss.; L. HUSSON, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, in *Archives de Philosophie du droit*, 17, 1972, pp. 118 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto* (1970), C. FARALLI (a cura di), vol. III, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 17 ss.; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Bologna, 1993, pp. 36-37. In particolare, per un panorama riassuntivo delle varie posizioni dei vari autori della Scuola, certamente utile si rivelerà la lettura di P. CHIASSONI, *Scuola dell'Esegesi, Progetto di voce per un "Vademecum" giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIII, n. 2, 2003, al quale, a completamento di quanto esposto, si rimanda.

Sintomatico e suggestivo è un passaggio di un'opera di alcuni giuristi appartenenti alla c.d. terza generazione della Scuola dell'Esegesi¹⁰ che pone il problema: «Quando le fonti espresse del diritto restano veramente infeconde e non forniscono più, nonostante i rimedi dell'interpretazione delle leggi, la regola di un rapporto giuridico, dove deve esser ricercata questa regola? Nella legge nonostante tutto o all'infuori di essa? È abbastanza ricca la legge per rimediare alla propria insufficienza? Solo da poco tempo questo grave problema ha attirato l'attenzione della dottrina francese, come meritava realmente, e si sono potuti discernere chiaramente le tendenze, alle quali obbedivano, secondo il loro spirito, i diversi interpreti».

Emblematica, in tale prospettiva, risulta la posizione assunta da Jean-Étienne-Marie Portalis¹¹, il quale, pur riconoscendo che l'ordinamento legislativo possa talvolta presentare delle aporie o manifeste lacune, non ne trae conseguenze di ordine nichilistico. Al contrario, egli individua strumenti interpretativi idonei a colmare tali vuoti normativi, rinviando al ruolo creativo e integrativo della giurisprudenza. In simili frangenti, secondo Portalis, è compito del giudice supplire alla carenza normativa mediante il ricorso a criteri metagiuridici quali l'equità giudiziaria e la ragione naturale, intese non come fonti arbitrarie, bensì come principi desumibili dal sedimentarsi di prassi argomentative consolidate: le massime, gli usi, la giurisprudenza e la dottrina assumono, in tal senso, valore paradigmatico quali espressioni di una razionalità condivisa e storicamente stratificata¹².

¹⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE, M. HOUQUES-FOURCADE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle persone*, vol. I, trad. a cura di P. BONFANTE, G. PACCHIONI, A. SRAFFA, Vallardi, Milano, 1914, pp. 218-219.

¹¹ J.E.M. PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi intitulé: Titre Préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en general* (1802), in J.E.M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 1988, pp. 75-77.

¹² Per una panoramica degli autori più autorevoli delle tre fasi della Scuola dell'esegesi si ricorda A. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le code civil* (1825-1846), trad. a cura di P.O. VIGLIANI et al., *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, vol. I, Libreria della Minerva Subalpina, Torino, 1839, pp. 30-32; C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil* (1811 ss.), trad. a cura di F. DEL RE, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, vol. I, Tipografia Simoniana, Na-

Sulla scia delle tesi di Portalis, Charles-Bonaventure-Marie Toullier¹³ ritiene che le leggi possano essere lacunose e ritiene che si debba ricorrere al metodo della «eterointegrazione», sulla base dell'equità-diritto naturale e della consuetudine: «Ma qual regola seguirà il giudice nè casi dubbi nè quali sembra che la legge si taccia? In primo luogo, l'equità, con cui si fa ritorno alla legge naturale, ed in secondo luogo l'uso, il quale è il supplemento il più naturale delle leggi».

La Scuola dell'Esegesi, quindi, aveva ben chiaro il problema della lacunosità dell'ordinamento ma riteneva di poter individuare degli strumenti di cui l'interprete potesse provvedere all'integrazione della lacuna, garantendo, così in parte, proprio la completezza del sistema legislativo.

3. Le questioni poste dall'art. 4 del *Code Napoléon*

Occorre osservare, inoltre, che importante segnatura storica è dovuta, nella questione, all'art. 4 del Codice Napoleone, secondo cui: «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia». Con questo articolo si introduce, per la prima volta, in maniera espressa, il divieto di denegata giustizia, imponendo al Giudice di dare il proprio responso ad ogni controversia che gli viene prospettata.

Mentre una parte della dottrina cominciò a vedere nel citato articolo uno degli elementi della possibile completezza dell'ordinamento (in quanto veniva dalla legge stessa imposto al giudice di dare una soluzione del caso concreto alla luce degli strumenti legislativi di cui disponeva e, quindi, di riflesso sostenendo implicitamente che proprio quegli strumenti (legislativi) dovevano essere sufficienti a tal scopo), ad onor del vero non fu visto in tal modo da tutti i commentatori della Scuola francese, in quanto

poli, 1837, pp. 103-104; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, pp. 125-137; F. LAURENT, *Principes de droit civil* (1869-1878), trad. a cura di G. TRONO, *Principii di diritto civile*, vol. I, Vallardi, Napoli, 1879, pp. 293-295. Sulla «Scuola dell'esegesi» cfr. G. TARELLO, *Scuola dell'esegesi*, cit., pp. 879-893; G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, cit., pp. 69-101, e riferimenti bibliografici ivi indicati.

¹³ C.B.M TOULLIER *op. cit.*, p. 103.

fu considerato da molti semplicemente come l'affermazione del divieto di *non liquet*¹⁴, che comportava il riconoscimento, però, al giudice di una sorta di potere legislativo, in parte incompatibile proprio con l'idea di completezza del codice e della relativa fonte legislativa. Sul punto significativa è la posizione di Laurent «Il Codice vietando al giudice di ricorrere al legislatore, facendogli un dovere di giudicare, quando anche non vi fosse una legge, non evita che l'uno degli inconvenienti che risultano dall'insufficienza della legislazione: se il legislatore non è costituito giudice di un processo, per contrario il giudice diviene legislatore. Bisogna dire con Portalis che dei due mali gli autori del Codice hanno scelto il minore (...) Resta sempre che l'art. 4 conferisce ai tribunali un gran potere, e in qualche modo una parte dell'esercizio del potere legislativo. Ogni qualvolta la legge è oscura o insufficiente, la decisione del giudice ha un carattere legislativo, nel senso che è esso che formula la regola prima di applicarla»¹⁵.

4. Una prima riflessione conclusiva. L'ambiguità delle tesi della Scuola dell'Esegesi

Alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate, appare opportuno formulare una riflessione in certa misura controintuitiva rispetto alla tradizionale rappresentazione storiografica. È opi-

¹⁴ François Laurent, uno dei più autorevoli commentatori della scuola, descrive la posizione dei giudici di fronte alle lacune: «Quando il giudice ricorre all'uso, allora evidentemente esso non fa la legge, poiché l'uso è anche una regola positiva, che il giudice applica come applica la legge. Ma è lo stesso quando ricorre all'equità o al diritto naturale? No certo, poiché questo diritto non è scritto in alcuna parte. Il giudice, si dirà, non n'è che l'organo, esso non lo crea punto, il diritto preesiste al giudicato; se non è scritto in un codice, esso è scolpito nella nostra coscienza. Ciò è vero, ma non si può dire la medesima cosa del legislatore? Neppure questi crea il diritto, quando fa la legge, esso è l'organo di questa giustizia universale che ha suo principio in Dio. Allorquando dunque il giudice decide una contestazione nel silenzio della legge, esso procede come procede il legislatore, forma una regola, che applica in seguito al litigio di cui è investito: non vi ha che questa differenza fra lui ed il legislatore, cioè che il giudicato non ha effetto che fra le parti, mentre che la legge obbliga tutti i cittadini (...) Resta sempre che l'art. 4 conferisce ai tribunali un gran potere, e in qualche modo una parte del potere legislativo».

¹⁵ F. LAURENT, *op. cit.*, p. 294.

nione largamente condivisa che i giuristi riconducibili alla cosiddetta *Scuola dell'Esegesi* abbiano rappresentato i primi e più convinti sostenitori della tesi della completezza dell'ordinamento giuridico positivo: una concezione secondo la quale il diritto legislativo si presenta come un sistema normativo esaustivo, capace di offrire soluzioni univoche a ogni questione giuridica. In tale ottica, il compito dell'interprete, e in particolare del giudice, consisterebbe in un'operazione di mera ricognizione applicativa, attraverso la quale individuare, nel dato testuale della legge, la regola del caso concreto.

A fondamento di tale posizione si colloca, sovente, la lettura dell'art. 4 del *Code Napoléon*, interpretato come disposizione che impone al giudice un obbligo inderogabile di non denegare giustizia, anche in presenza di lacune normative. Secondo questa lettura, l'adempimento di tale obbligo sarebbe comunque possibile mediante un'operazione ermeneutica interna al sistema legislativo, senza ricorrere a fonti extra-positive. Norberto Bobbio¹⁶ ha autorevolmente sostenuto tale prospettiva, richiamando il noto passo del commento di Demolombe, secondo cui all'art. 4 del *Code Napoléon* «il giudice non può legalmente pretendere che la legge non gli dia i mezzi per risolvere la causa che gli è sottoposta»¹⁷.

Tuttavia, un'analisi più approfondita e filologicamente attenta dei testi e delle posizioni riconducibili ai giuristi esegeti rivela un quadro ben più articolato e problematico. Se è vero che l'ideale di completezza normativa è un tratto distintivo di una certa esegetica «classica», tale approccio non appare univocamente condiviso da tutti gli autori ascritti alla Scuola, specialmente quelli attivi in epoche successive o caratterizzati da una maggiore sensibilità teoretica.

L'operazione di classificazione dottrinale in *Scuole* o *correnti* rischia, in effetti, di appiattire le articolazioni interne al dibattito teorico e di occultare divergenze significative. A titolo esemplificativo e paradigmatico si può richiamare la posizione, oltre del

¹⁶ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 96.

¹⁷ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon I. Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, Durant, Paris, 1869, pp. 125-137.

già citato, Charles-Bonaventure-Marie Toullier, che introduce l'idea dell'integrazione ad opera della legge naturale e del suo supplemento più naturale, ossia l'uso, soprattutto in Alexandre Duranton¹⁸, che oltre ad ammettere, pacificamente, l'esistenza di lacune, ammette altrettanto pacificamente che il giudice debba, in questa evenienza, a seconda dei casi, procedere alla auto-integrazione oppure all'etero-integrazione della previsione legislativa lacunosa evidenziando che «il giudice si trova di fronte a due alternative per formulare la sua decisione. In primo luogo, può decidere sulla base di induzioni a partire da leggi che vertono su oggetti diversi, i quali tuttavia presentino qualche analogia con l'oggetto sottoposto alla sua decisione» – per poi aggiungere che «in secondo luogo, può decidere con l'ausilio della ragione e dell'equità naturale».

Non si può negare – quindi - che in una parte di questa Scuola, non vi sia una adesione all'idea di completezza pura e semplice ma ad una possibile etero-integrabilità anche e soprattutto alla luce di fonti di provenienza tutt'altro che positiva e codicistica quale il diritto naturale. In questa prospettiva, infatti, si colloca Franco Todescan, secondo il quale la Scuola dell'Esegesi manifesta un atteggiamento *ambiguo* nei confronti del rapporto tra diritto positivo e diritto naturale. Alcuni esponenti della Scuola, osserva l'Autore, escludono ogni riferimento a fonti non scritte, rivendicando l'autosufficienza della legge codificata; altri, invece, vedono nel codice una mera trascrizione del diritto naturale, cosicché aderire al primo significherebbe, per ciò stesso, rispettare anche il secondo¹⁹.

Nonostante la distanza tra queste due posizioni, Todescan individua un punto di convergenza nella centralità attribuita al codice, che funge da elemento di mediazione teorica: «sempre si ha riduzione al diritto codificato, o facendolo passare per il diritto naturale, o facendolo passare per l'opposto del diritto naturale»²⁰.

¹⁸ A. DURANTON, *Cours de droit français*, Paris, 1834, p. 21.

¹⁹ F. TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, cit., pp. 210 ss.

²⁰ F. TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, cit., pp. 210 ss. Sempre dell'Autore si veda ID., *Diritto e Realtà, Storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova, 1979, pp. 304 ss. in cui ci si sofferma sulla *fictio* e la sua interpretazione restrittiva ad opera della Scuola.

(V)

Diritto e processo. Per un recupero del realismo giuridico

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tema della Giustizia e la certezza del diritto: una riflessione alla luce del realismo giuridico americano. – 3. Realismo giuridico e creatività giudiziale: tra vitalità del diritto e certezza normativa. – 4. Una prima preliminare riflessione: il ruolo della giurisprudenza nella dinamica evolutiva dell'ordinamento. – 5. Per una conclusione. La centralità della motivazione.

1. Premessa

Nel 1992, in occasione dell'entrata in vigore della riforma normativa in materia di locazioni abitative – la cosiddetta disciplina dei «patti in deroga» – si aprì un periodo caratterizzato da notevoli incertezze interpretative. La riforma, introdotta tramite decreto-legge¹ e successivamente convertita in legge, mirava a superare il sistema dell'«equo canone» previsto dalla legge del 1978, ormai ritenuto inadeguato ai tempi. Uno degli aspetti più controversi era rappresentato dall'art. 2 *bis*², aggiunto in sede di conversione del decreto legge, che intendeva regolare il periodo di transizione tra la normativa previgente e quella riformata. Tale disposizione, tuttavia, risultava formulata in termini ambigui, soprattutto in relazione ai presupposti necessari per ottenere la possibile proroga biennale dei contratti in essere al momento dell'entrata in vigore della riforma e prossimi alla scadenza.

In tale contesto normativo, la Giurisprudenza si divise in due filoni interpretativi principali rendendo evidente l'incertezza giuridica che può derivare da testi legislativi di difficile interpretazione. Nel caso di specie, due fattispecie, aventi ad oggetto questioni perfettamente sovrapponibili, per non dire identiche, affidati a magistrati diversi, giungevano a soluzioni (in base alle diverse decisioni dei magistrati) diametralmente opposte.

¹ Ci si riferisce al Decreto Legge 11 luglio 1992 n. 333.

² Ci si riferisce alla Legge di conversione 8 agosto 1992 n. 359.

Questo esempio lo si riporta alla memoria, recuperandolo dalla personale esperienza di giovane giurista, perché significativo di questioni interpretative che potevano avere e hanno poi avuto conseguenze molto importanti sulla vita quotidiana dei consociati. Ciò comportò che due soggetti, trovandosi in situazioni identiche sotto ogni profilo rilevante, ricevettero trattamenti giuridici completamente diversi: uno (inquilino) legittimamente poteva rimanere nell'immobile per altri due anni, in quanto il giudice aveva ritenuto applicabile al suo caso la proroga biennale di cui al citato art. 2 *bis*, mentre l'altro era costretto a rilasciarlo alla scadenza prevista e trovarsi un altro alloggio, in quanto il giudice aveva ritenuto non applicabile al suo caso la proroga biennale di cui al citato art. 2 *bis* benché, ripetiamo, nella identica situazione di fatto del primo.

Questo episodio rappresenta un caso paradigmatico di conflitto di giudicati originato da divergenti interpretazioni della medesima disposizione di legge. Esso solleva interrogativi rilevanti sull'uniformità dell'applicazione del diritto e mette in evidenza le conseguenze potenzialmente gravi che possono derivare dalla mancanza di un coordinamento interpretativo, specialmente in presenza di norme transitorie poco chiare. L'episodio, oltre a costituire un'occasione di riflessione teorica, sottolinea l'urgenza di strumenti che garantiscano coerenza nell'attività giurisdizionale, a tutela della certezza del diritto e dell'uguaglianza sostanziale tra i cittadini.

2. Il tema della Giustizia e la certezza del diritto: una riflessione alla luce del realismo giuridico americano

Inutile dire che in presenza di queste divergenze interpretative che hanno risvolti immediati sulla comunità, sorgono una serie di domande.

Si impone in modo ineludibile l'interrogativo circa la natura della giustizia. È, infatti, lecito domandarsi se un processo possa davvero essere lo strumento attraverso cui si realizza la giustizia, oppure se quest'ultima debba essere pensata come un'istanza ideale, strutturalmente irriducibile alla prassi giudiziaria, destinata a rimanere estranea, se non addirittura contrapposta, alle concrete dinamiche degli organi giudicanti. La disomogeneità

delle pronunce giurisprudenziali – spesso non solo discordanti, ma perfino antinomiche – contribuisce a incrinare ulteriormente la fiducia nel sistema giuridico, evocando l'immagine di una giustizia frantumata, dispersa in una molteplicità di decisioni non armonizzabili.

Tali interrogativi, che probabilmente continuano ad accompagnare i primi passi professionali di numerosi giovani giuristi, evocano un percorso già tracciato in sede dottrinale da alcuni autori riconducibili alla corrente del realismo giuridico, in particolare nella sua espressione statunitense. Sebbene non sia stato il primo movimento a tematizzare la distanza tra diritto e giustizia, il giusrealismo americano ha avuto certamente il merito di porre con radicalità e chiarezza metodologica la questione dell'effettività del diritto, legando in maniera strutturale il momento dell'applicazione a quello della produzione normativa.

In questo contesto, si impone come imprescindibile il celebre invito di Roscoe Pound, che in un contributo divenuto ormai canonico per la teoria del diritto, suggeriva di spostare l'oggetto dell'indagine giuridica dalla norma così come cristallizzata nella legislazione o nella dottrina (la *law in books*), alla norma così come concretamente operante nella prassi giudiziaria (*law in action*)³. Secondo Pound, il diritto non si esaurisce nella sua formulazione astratta né nella sua sistematizzazione dogmatica, bensì si realizza pienamente solo nel momento della sua applicazione ai casi concreti, nei quali esso è sottoposto alla prova della realtà sociale.

A fondamento di questa impostazione si colloca, ancor prima, la riflessione di Oliver Wendell Holmes Jr., la cui concezione del diritto come «previsione di ciò che i tribunali faranno di fatto»⁴ segna uno spartiacque decisivo rispetto al formalismo ottocentesco. Holmes decostruisce l'idea secondo cui il diritto coincida con il *corpus* delle norme astrattamente formulate: le regole, le leggi, le consuetudini non sono il diritto in sé, ma meri strumenti

³ R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12-36.

⁴ O. W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 10, n. 8, 1897, pp. 457-478.

per anticipare il comportamento degli organi giudicanti. Il diritto, in quest'ottica, non è un sistema chiuso e coerente, bensì una pratica dinamica, espressione di un equilibrio contingente tra fattori normativi, politici, morali ed economici.

La prospettiva realista trova un'ulteriore rielaborazione in John Dewey, il quale, con la sua impostazione storicistico-pragmatista, sottolinea la dimensione processuale e *vivente* del diritto, inteso come *a thing going on*, ossia come attività in divenire⁵. In questa visione, la fase applicativa non si limita a rendere operativo un precetto normativo già dato, ma svolge una funzione creativa, concorrendo alla produzione del diritto stesso. Una norma, afferma Dewey, non applicata è *null'altro che un pezzo di carta o una voce nell'aria*⁶.

Le suggestioni provenienti dal realismo giuridico americano⁷, ancorché richiamate in modo schematico, si rivelano utili per affrontare lo smarrimento iniziale che può accompagnare la scoperta di queste opposte ricostruzioni ed esiti processuali. La frustrazione derivante dall'apparente arbitrarietà delle decisioni giudiziarie trova in queste teorie non una soluzione definitiva, ma almeno una chiave interpretativa in grado di mettere a fuoco le aporie insite nella relazione tra diritto e giustizia.

Occorre, tuttavia, cautela. Se è vero che il realismo ha avuto il merito di riportare l'attenzione sull'importanza del momento applicativo, è altrettanto vero che le sue declinazioni più radicali rischiano di scivolare in un riduzionismo sociologico o decisionistico, che annulla la distinzione tra diritto e prassi, tra norma e fatto. Una simile impostazione, se elevata a sistema, conduce a una visione del diritto come pura regolarità empirica, dissolven-

⁵ J. DEWEY, *Logical Method and Law*, in *Cornell Law Quarterly*, vol. 10, 1924, pp. 17-27.

⁶ Ivi, p. 22.

⁷ Intuizioni che trovarono il loro massimo sviluppo in Jerome Frank che giunse a sostenere l'impossibilità di continuare nell'illusione dell'esistenza del principio della certezza del diritto, che l'autore vede come il riflesso dell'immatunità degli uomini che cercano, come bambini, sicurezze nelle figure paterne, assumendo, in ordine alle pronunce giudiziarie, che le stesse non sono nemmeno prevedibili (e questo forse in contrasto con quanto assunto dall'Holmes) in quanto non sono frutto di ragionamento ma di intuizioni, al punto tale che il giudice giunge alla sua decisione ancor prima di spiegarla.

done la dimensione normativa. Come sottolineato dalla critica di impianto kelseniano e successivamente da quella di ispirazione habermasiana, il diritto non può essere ridotto a comportamento prevedibile, pena la perdita della sua funzione ordinativa e della sua legittimazione razionale⁸.

In definitiva, la tensione tra diritto e giustizia, tra norma e decisione, tra forma e sostanza, rimane irrisolta. Ma proprio per questo rappresenta il cuore pulsante della riflessione filosofico-giuridica, chiamata a confrontarsi non con l'utopia di una giustizia assoluta, bensì con la difficile, imperfetta e necessaria opera di mediazione che il diritto, nel suo incessante farsi, quotidianamente realizza.

3. Realismo giuridico e creatività giudiziale: tra vitalità del diritto e certezza normativa

Una delle prospettive teoriche che con maggior efficacia ha messo in discussione il paradigma formalistico del diritto positivo è rappresentata dal giusrealismo, nella sua duplice declinazione statunitense ed europea. In particolare, è nel pensiero realista che si delinea con forza l'istanza di una concezione del diritto non come insieme cristallizzato di norme codificate, ma come fenomeno vitale e in divenire, che si realizza primariamente nella pratica concreta della decisione giudiziaria e nella frizione quotidiana con la realtà sociale.

Come opportunamente osservato da Roscoe Pound, uno dei capostipiti del realismo giuridico americano, il diritto non si esaurisce nella testualità dei codici, ma si incarna nelle prassi interpretative e decisionali che ne costituiscono il momento effettivo di esistenza e validità empirica⁹. È in questa dimensione

⁸ Per una critica al realismo giuridico dalla prospettiva del formalismo normativo, cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966; in quest'ottica utile sarà la ricostruzione in J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma – Bari, 1996 in cui il filosofo analizza il rapporto tra diritto e democrazia, sostenendo che il diritto può essere legittimo solo se deriva da un processo discorsivo che coinvolge tutti i soggetti interessati e si basa su principi morali derivanti dalla ragione comunicativa.

⁹ Cfr. R. Pound, *Law and Morals*, in *Columbia Law Review*, Vol. 19, 1919, pp. 1-15.

pratica – negli *agoni* dei tribunali, nei percorsi incerti della burocrazia, nella pluralità caotica delle esperienze sociali – che il diritto viene continuamente rigenerato, adattato, forgiato in relazione a contesti in perpetua trasformazione.

Tale constatazione implica una necessaria rivalutazione della funzione giudiziale, la quale non può essere ridotta a mera esecutrice di un contenuto normativo predefinito. La positività giuridica, in quanto formulazione generale e astratta, richiede inevitabilmente un'operazione ermeneutica, e in taluni casi addirittura creativa, che ne consenta l'applicazione a casi concreti, sempre nuovi, spesso eccedenti le previsioni originarie del legislatore. Non è più plausibile, pertanto, una concezione sillogistica dell'attività giudiziaria, cara al positivismo ottocentesco, secondo cui al giudice spetterebbe unicamente la funzione deduttiva e applicativa di un diritto già dato.

Anche i teorici del formalismo più rigoroso, come Thomas Hobbes, si trovarono costretti a riconoscere che il momento dell'applicazione giurisdizionale del diritto implica un elemento di creatività normativa. Hobbes tentò tuttavia di neutralizzare tale problema mediante un'impostazione fortemente autoritaria: se i giudici, nel decidere, creano diritto, ciò avviene solo perché essi agiscono in quanto rappresentanti del sovrano, delegati a esercitare la sua volontà normativa¹⁰. L'obiettivo era evitare che l'attività giudiziale introducesse un margine di imprevedibilità nella dinamica del potere e del diritto.

Tuttavia, in ordinamenti contemporanei fondati sul pluralismo delle fonti e sul controllo di legittimità costituzionale, tale modello appare difficilmente sostenibile. Nel contesto italiano, ad esempio, l'ordinamento conosce pronunce della Corte costituzionale cosiddette *additive*, attraverso cui il Giudice delle leggi, nel constatare l'incostituzionalità di una lacuna normativa, non si limita a censurare la norma omissiva, ma procede ad integrarla, conferendole un contenuto coerente con i principi costituzionali. In tali pronunce, l'attività giurisdizionale non si

¹⁰ T. HOBBS, *Leviatano*, Parte II, cap. XXVI, Laterza, Roma – Bari, 1996.

limita all'interpretazione, ma assume un'esplicita funzione di integrazione normativa¹¹.

Queste considerazioni, tuttavia, non conducono necessariamente ad accettare le conclusioni più radicali di alcuni autori appartenenti al filone giusrealista, come Jerome Frank, secondo il quale l'esito del giudizio sarebbe sostanzialmente imprevedibile, in quanto determinato da fattori emotivi e irrazionali, piuttosto che da un processo argomentativo¹². Sebbene sia innegabile che l'elemento soggettivo giochi un ruolo nella decisione giudiziale, soprattutto in contesti in cui il diritto sia lacunoso o ambiguo, ciò non implica l'abolizione della razionalità del diritto né, tanto meno, la dissoluzione della certezza giuridica.

Anzi, proprio la consapevolezza del ruolo attivo del giudice impone l'esigenza di rafforzare gli strumenti dell'argomentazione giuridica, per garantire che le decisioni, pur in assenza di automatismi, siano comprensibili, controllabili e giustificabili in base a criteri normativi condivisi. In questo senso, l'approccio giusrealista costituisce uno stimolo prezioso, ma non può essere assolutizzato al punto da dissolvere la distinzione tra diritto e arbitrio.

¹¹ Per una trattazione completa, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 391; G. PARODI, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996; ID., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996. Per una valutazione critica vedi anche F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta di addizionale*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 327 ss. Per non dire delle pronunce della Corte di Cassazione che, inevitabilmente, anche per il sol fatto, a volte, di seguire l'evoluzione della vita della società, integrano, modificano ed adeguano il significato (e quindi l'ambito applicativo) dei concetti presenti nelle norme di diritto. Pensiamo, solo a titolo di esempio, all'evoluzione interpretativa della Cassazione in ordine al concetto di «offesa al pudore».

¹² A tal proposito si veda J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Brentano's, New York, 1930. Frank sostiene che i giudici decidono per intuizione e razionalizzano a posteriori, dissolvendo la prevedibilità del diritto. Una critica in senso razionalista è offerta da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

Quali sono quindi gli spunti offerti dal Giusrealismo che è corretto considerare a base della nostra riflessione?

Il Realismo Giuridico, certamente, esprime un ancora diffuso sentimento di avversità nei confronti di un rigido formalismo ma, soprattutto, di quel prodotto più importante dello stesso che è il principio della completezza dell'ordinamento giuridico, secondo il quale l'ordinamento giuridico è completo (e non richiede alcuna forma di integrazione, neppure giurisprudenziale) in quanto formato solamente dalle norme positive di provenienza statale e, sol per questo, ritenute giuridiche. Richiamo – a tal proposito – alla memoria le aporie, ben evidenziate da Francesco Gentile¹³, in cui incorrono le tesi formalistiche, nello sviluppo delle loro teorie, dovute essenzialmente alla propria originaria matrice scientifica e conseguentemente ipotetica.

4. Una prima preliminare riflessione: il ruolo della giurisprudenza nella dinamica evolutiva dell'ordinamento

Nel tentativo di rispondere criticamente alle questioni poste in apertura, si impone un ulteriore momento di riflessione, che muove dalla ricezione consapevole delle istanze fondamentali del giusrealismo, senza però aderire in modo acritico alle sue conclusioni più estreme.

Le analisi proposte dalla tradizione realista si mostrano senz'altro condivisibili nel loro nucleo critico, laddove decostruiscono l'illusione formalista secondo cui l'applicazione del diritto potrebbe essere ricondotta a un mero procedimento logico-deduttivo¹⁴. Esse offrono una utile suggestione, in particolare nella misura in cui sollecitano una problematizzazione del concetto di verità in ambito processuale, riconducendo tale concetto non a un dato ontologico assoluto, ma al frutto di una costruzione dialettica all'interno del contraddittorio giudiziale¹⁵. Tuttavia,

¹³ F. GENTILE, *Filosofia del Diritto, Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006, pp. 115 ss.

¹⁴ Cfr. J. FRANK, *op. cit.* e nella tradizione europea, K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Oxford University Press, London, 1939.

¹⁵ Sul concetto di «verità processuale» si veda E. ANCONA, *Un processo senza verità?*, in *L'Ircocervo*, (8), 2009, 2 e ID., *La ricerca della verità nel processo: una prospettiva scolastica*, in *L'Ircocervo*, Anno 8, 2009, 2.

è necessario rigettare ogni lettura del giusrealismo che sfoci in una concezione radicalmente relativista o addirittura nichilista della funzione giurisdizionale¹⁶.

Nel processo, ogni processo, quale che ne sia l'oggetto o la natura, la presenza del diritto positivo costituisce un presupposto irrinunciabile. Esso rappresenta non soltanto il punto di partenza per ogni attività ermeneutica, ma anche lo spazio normativo entro cui si istituisce il senso della decisione giuridica. Il giudice, pur chiamato a un compito creativo e ricostruttivo, non può disancorare la propria opera dal testo normativo vigente senza rischiare la dissoluzione della dimensione oggettiva del diritto. In tal senso, la giurisprudenza si configura come attività di mediazione tra norma e fatto, un'attività che, seppur aperta all'argomentazione, resta vincolata da un *ethos* istituzionale di legalità.

Al contempo, non si può negare che il diritto positivo, per quanto imprescindibile, non costituisca l'unico criterio operativo a disposizione del giudice. Esso è uno strumento, fondamentale ma non esaustivo, attraverso cui si perviene alla composizione giuridica del conflitto. La verità processuale si realizza non in astratto, bensì all'interno dell'evento processuale stesso, come esito del contraddittorio tra le parti, il quale consente la trasformazione del conflitto originario in una controversia giuridicamente trattabile. In questa trasformazione si gioca la possibilità stessa del diritto: la giuridicizzazione del conflitto non è un mero formalismo, ma una condizione strutturale per la possibilità della convivenza ordinata.

In tale prospettiva, il giudice assume una funzione centrale, ma non sovrana. Egli è investito del compito di dire il diritto (*ius dicere*), non di creare arbitrariamente l'ordine normativo. Il rischio, che deve essere costantemente neutralizzato, è che il giudice si trasformi in parte del conflitto stesso, schierandosi implicitamente o esplicitamente con una delle posizioni in causa, snaturando così la propria funzione e minando l'intero impianto della decisione giuridica. L'autorità del giudice non risiede nella sua volontà soggettiva, ma nella sua capacità di garantire un

¹⁶ Per una critica al giusrealismo radicale si veda H. KANTOROWICZ, *Some rationalism about realism*, in *Yale Law Journals*, 1, 1934, pp. 1240 ss.

ordine di discorso che consenta la comunicazione razionale tra le parti.

Queste osservazioni trovano conferma nell'elaborazione teorica di Francesco Gentile, il quale ha sottolineato che il compito del giurista, e in particolare del giudice, è quello di individuare, all'interno del processo, il *suo di ciascuno*, ovvero la parte di ordine che compete legittimamente a ciascun soggetto coinvolto nel conflitto. Tale individuazione non avviene mediante una semplice applicazione della norma positiva, ma richiede un'opera interpretativa che sappia valorizzare l'intero patrimonio giuridico, comprese le regole non scritte, i principi generali, e le strutture implicite di razionalità e giustizia che animano il sistema normativo.

In sintesi, il diritto vive nel processo non come rigido apparato di norme, ma come pratica istituzionalizzata di composizione dei conflitti; una pratica che si fonda sull'incontro tra il dato normativo e il momento dialettico del contraddittorio, in cui si manifesta, sotto forma di decisione motivata, la tensione continua tra certezza e giustizia.

In riferimento alle norme di diritto positivo, infatti, Gentile evidenzia come il ruolo delle leggi positive sia centrale nella traduzione di un conflitto in controversia, anzi lo stesso aggiunge che «potremmo dire che la legge è lo strumento principe proprio per la traduzione in termini giuridici delle ragioni che supportano ogni pretesa. Un errore che non eviterei di definire grossolano, e pur tuttavia presente in moltissime, anche raffinate, trattazioni della legge, consiste nell'identificare immediatamente l'ordine, con il testo preciso della legge (...) chi ritenga che il compito del giurista sia quello di applicare la legge usa una formula grossolana e riduce grossolanamente il ruolo del giurista, perché l'applicazione della legge non ha in alcun modo l'effetto automatico di risolvere la lite (...) la legge umana, della quale si occupano e con la quale trattano i giuristi, per la sua convenzionalità, per la sua natura strumentale, esige di essere utilizzata e collocata nella prospettiva operativa nella quale trova la sua ragion d'essere; la legge è strumento per l'architettura del caso, per la traduzione

del conflitto in controversia, per la ricostruzione in termini giuridici delle pretese di dominio, ma nulla più che uno strumento»¹⁷.

Anche in relazione alla centralità del momento processuale per l'individuazione della soluzione che, confrontando le diverse versioni dell'ordine giunga a ridurre il conflitto in controversia, ci viene in aiuto proprio Gentile che ci ricorda come, date le su ricordate premesse, «possiamo capire perché il centro, il luogo, il momento fondamentale dell'ordinamento giuridico sia il processo»¹⁸.

Particolarmente interessante è il richiamo di Gentile alle regole del processo che andrebbe modellato come una *questio* tomistica, che parte dagli *utrum sit*, ossia dalla formulazione dei quesiti, e dal *videtur*, ossia all'introduzione delle diverse opinioni, per poi passare alla *praeterea*, una selezione delle illustrate opinioni, in base ai criteri d'autorevolezza, diffusione, condivisione, ai *sed contra*, ossia l'individuazione delle tesi contrapposte che possono porre delle obiezioni all'individuata tesi prevalente per giungere al *respondeo*, alla decisione appunto¹⁹.

In questa prospettiva, diventa centrale, ovviamente, il ricorso all'arte dialettica, «vale a dire la capacità di non procedere al giudizio per deduzioni da formule astratte, bensì di recuperare l'ordine dall'interno del confronto delle diverse concezioni dell'ordine, quali sono state presentate dai giuristi, traducendo in esse quello che, nell'immediatezza, si presentava come un conflitto tra parti animate da confliggenti pretese di dominio (...)».

L'ordinamento si realizza se e in quanto tra le diverse visioni dell'ordine si riesce a stabilire un rapporto dialettico nel senso classico del termine; (...) dialetticamente, la controversia si risolve con il riconoscimento, sempre ineshausto e rivedibile, e al contempo sempre autentico – se condotto convenientemente – di ciò che è proprio, di ciò che spetta, di ciò che è dovuto a ciascuno»²⁰.

¹⁷ F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 216.

¹⁸ F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 223.

¹⁹ F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 225.

²⁰ F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 227.

In riferimento alla struttura del processo, vorrei sottolineare l'importanza del richiamo al metodo dialettico sviluppato all'interno della struttura della *queaestio*, in quanto rappresenta la corretta e completa rappresentazione dello sviluppo argomentativo processuale e rende, se effettivamente e correttamente seguito, condivisibile e verificabile la decisione.

5. Per una conclusione. La centralità della motivazione

Al fine di trarre alcune considerazioni conclusive rispetto al percorso teoretico fin qui tracciato, è opportuno concentrare l'attenzione su un momento decisivo dell'architettura del processo decisionale giurisdizionale: la motivazione della sentenza. Quest'ultima, spesso trascurata o ridotta a mero corollario formale della pronuncia, rappresenta invece l'elemento attraverso cui si manifesta, in modo sintetico ma non per questo meno denso, la struttura argomentativa sottesa all'attività giudiziaria. Essa costituisce, per così dire, il *luogo epistemico* in cui il giudice rende trasparente il percorso logico-giuridico che conduce al *decisum*, esponendo gli elementi normativi, i presupposti fattuali e le modalità interpretative che hanno orientato la decisione²¹.

La motivazione non si esaurisce in un semplice atto espositivo, bensì assume natura propriamente discorsiva, configurandosi come un'espressione della razionalità giuridica applicativa. In tal senso, la motivazione si pone come crocevia tra l'imperatività della norma e l'apertura della decisione al controllo intersoggettivo; essa consente, infatti, la sottoponibilità della pronuncia al vaglio critico delle parti, nonché al controllo in sede di impugnazione da parte di un giudice superiore.

²¹ Cfr. F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*, Giappichelli, Torino, 2023. Sull'argomento molti i contributi. Solo a titolo esemplificativo e non certo esaustivo si veda J. WROBLEWSKI, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, trad. a cura di L. FERRAJOLI, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXIV, 1967, pp. 10-30; P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Giappichelli, Torino, 1989; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975; ID., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu – F. Messineo, ora da L. Mengoni, III, 2, Giuffrè, Milano, 1992.

La tradizione dogmatica, riconducibile a ciò che può definirsi, «geometria legale»²², ha storicamente inquadrato la motivazione nel paradigma del sillogismo giudiziario, postulando una struttura logica tripartita data dalla premessa maggiore ossia la norma, dalla premessa minore ossia il fatto accertato e dalla conclusione ossia la decisione, in grado di garantire rigore, prevedibilità e coerenza del ragionamento giuridico. Secondo tale impostazione, la motivazione è mera derivazione formale, il cui compito è rendere intellegibile l'applicazione automatica della norma al caso concreto²³.

Questa concezione, tuttavia, ha ricevuto una critica radicale da parte del realismo giuridico – in particolare nella sua variante

²² Il termine è stato coniato da Francesco Gentile. Questi, infatti, prende spunto dalla singolare attenzione dimostrata da Thomas Hobbes per la geometria al punto da sostenere nel *De Cive* che «tutto ciò che [...] distingue il tempo odierno dalla barbarie antica, è quasi per intero un beneficio della geometria. [...] Se i filosofi morali avessero assolto al loro compito con esito altrettanto felice [dei geometri N.d.R.], non vedo come l'industria umana avrebbe potuto contribuire di più alla felicità di questa vita». T. HOBBS, *De Cive*, trad. a cura di T. MAGRI, Editori Riuniti, Roma, 1979, pp. 65-66.

²³ Per indicare i motivi che hanno spinto la scienza a tale opera, possiamo ricordare con Michele Taruffo che il metodo c.d. *sillogistico* è frutto della «convinzione della sostanziale approblematicità della conoscenza relativa ai 'fatti' nel processo, derivante da una concezione che pretende di ritrovare nelle scienze empiriche la riproduzione certa della realtà fenomenica (poiché esse costituiscono l'unico luogo in cui si trovano proposizioni che possono dirsi vere o false) e di ravvisare nella formalità normativa la garanzia di una verità incontestabile». Tale metodo sillogistico non solo garantiva la determinabilità dei risultati applicativi, ma anche consentiva da un lato di ridurre (o meglio ad eliminare) la discrezionalità del giudice, dall'altro consentiva la possibilità di verificare l'operato del giudice, in entrambi i casi con il criterio medio della razionalità scientifica dell'operazione. Sempre Taruffo, ricorda che «le premesse [...] già interamente date ed indiscusse si giunge alla soluzione del caso di specie applicando in maniera deduttiva la 'norma' al 'fatto', ovvero sussumendo la fattispecie concreta alla fattispecie astratta. Entro la struttura logico-dimostrativa sillogistica si tratta di "accertare se un determinato fatto, 'scientificamente' analizzato di per sé, sia sussumibile ad una norma stabilita, fungente da principio 'certo' ritrovando la similitudine tra il fatto indagato, avente una sua assoluta autonomia ed obiettività, ed il fatto ipotizzato dalla norma» M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, M. BESSONE (a cura di), Giappichelli, Torino, 1997, pp. 73-77.

nordamericana – che ha evidenziato la distanza tra la ricostruzione sillogistica e la reale dinamica del decidere. In autori come Jerome Frank, la decisione giudiziale è letta come frutto di un processo psicologico irriducibile alla logica formale in quanto essa risente di fattori soggettivi, di intuizioni, e talvolta persino di stati d'animo contingenti. Ne consegue che la motivazione, più che ricostruzione logica, sarebbe spesso razionalizzazione *ex post* di una decisione già assunta per ragioni non giuridiche²⁴.

Se tali tesi, in alcuni casi, scivolano verso un giustificazionismo relativistico, esse hanno tuttavia avuto il merito teorico di rompere l'illusione della neutralità argomentativa e di spostare l'asse della riflessione giusfilosofica dalla parte dispositiva della sentenza alla sua parte motiva, recuperando la centralità della dimensione giustificativa del giudicare. L'attenzione al *come* si giustifica una decisione ha disvelato il carattere dialogico del diritto applicato, facendo emergere l'essenza discorsiva della giurisprudizione²⁵.

In tale prospettiva, la motivazione della sentenza non può ridursi a una sintesi sommaria o a un formalismo decorativo. Per tornare alle parole di Gentile, si deve sottolineare come l'operazione sillogistica fa sì che «all'universo conflittuale dello stato di natura egli (ossia Kelsen n.d.r.) sovrapporrebbe l'universo ordinato delle leggi»²⁶. E questo ridurrebbe il tutto ad una procedura semplicemente meccanicistica. Invece la motivazione è chiamata a restituire fedelmente il percorso ermeneutico compiuto dal giudice, indicando le norme di riferimento, le modalità interpretative adottate (grammaticali, sistematiche, teleologiche, costituzionali), i precedenti giurisprudenziali eventualmente richiamati e, soprattutto, la concatenazione logico-argomentativa che ha portato alla decisione finale.

In questo senso, la motivazione diviene lo *spazio discorsivo privilegiato* per la ricostruzione del «conflitto giuridico» nella forma della «controversia», secondo lo schema teorico propo-

²⁴ Cfr. J. FRANK, *op. cit.*, pp. 114-120.

²⁵ Centrale sul punto R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.

²⁶ F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione, Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 56.

sto da Francesco Gentile²⁷. La sentenza, infatti, non è soltanto un atto autoritativo, ma una risposta razionalmente giustificata a una domanda di giustizia, la cui intelligibilità è garantita proprio dalla motivazione. In essa si manifesta l'intreccio tra elemento normativo (positivo e formale) e elemento fattuale (storico e contestuale), in una struttura argomentativa che si avvicina, più che al modello sillogistico, a quello della *quaestio* tomista, intesa come dispositivo dialettico che procede per articolazione e confronto delle diverse tesi²⁸.

La motivazione consente così non solo alle parti di comprendere la decisione ricevuta, ma anche, di leggere in essa la logica del *dare a ciascuno il suo*, ossia il modo in cui il diritto ha ricomposto la frattura originaria del conflitto trasformandola in una decisione giuridicamente fondata. Diversamente, una motivazione carente, sommaria o puramente assertiva, rischierebbe di essere incapace di legittimare l'autorità della giurisdizione e, soprattutto, determinerebbe l'incomunicabilità delle parti.

Motivazione che, conseguentemente, permetterà alle parti di comprendere e verificare se effettivamente la pronuncia giudiziale ha riconosciuto *a ciascuno il suo*, ricucendo la lacerazione generata dall'originario conflitto o se, non illuminata dalla dialettica, ha deciso la questione prospettata, imperativamente (ossia *geometricamente*).

²⁷ Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., pp. 216 ss.

²⁸ Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., pp. 216 ss.

(VI)

L'eterno confronto tra potere e diritto nel processo possessorio. Simmetrie e asimmetrie di un sistema

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Se la tutela possessoria riconosca o non riconosca giuridicità al fatto oggetto del procedimento (*utrum sit*). – 3. La prima ipotesi interpretativa: una (semplice) conciliazione tra gli interessi in gioco (*videtur*). – 4. L'ipotesi interpretativa prevalente: *ante omnia restituendus (praeterea)*. – 5. La soluzione del caso concreto (*sed contra*). – 6. Considerazioni conclusive (*respondeo*). – 6.1. I caratteri della tutela possessoria. – 6.2. La tutela possessoria come paradigma della tutela giudiziaria di tipo geometrico. – 6.3. Necessità di superamento della prospettiva geometrica e di recupero della giuridicità del fatto.

1. Introduzione

Il tema che si vuole affrontare è quello del procedimento possessorio, esaminato a partire da una preliminare ricostruzione del contesto teorico e storiografico che ne consente una trattazione consapevole alla luce della crisi dei paradigmi dogmatici tradizionali. In particolare, si darà conto del venir meno della tenuta del formalismo giuridico di matrice positivistica, quale assetto epistemologico e metodologico dominante nella modernità giuridica, per mettere in luce, in tensione dialettica, l'emergere di un'esigenza di rifondazione dell'ordinamento su basi assiologicamente fondate¹.

L'indagine, lungi dal confinarsi entro i perimetri astratti della teoresi giuridica, si radicherà nell'esperienza concreta dell'agire giudiziario, traendo origine da un caso effettivamente trattato nell'ambito della pratica forense quotidiana. In tal modo, si intende sottolineare la necessità di un pensiero giuridico che, pur nella sua vocazione sistematica, non perda contatto con la dimensione viva della prassi, in cui le categorie concettuali si

¹ Sul punto vedi P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 92 ss., dove si mettono in luce i pericoli del formalismo giuridico.

incarnano e, talvolta, si rivelano inadeguate a rispondere alle istanze di giustizia sostanziale emergenti dal reale.

La riflessione prenderà dunque le mosse dalla formulazione di un problema teorico-giuridico specifico, individuato a partire dalle aporie emerse nell'applicazione concreta della normativa possessoria. A tale problema verrà data risposta attraverso il confronto critico tra almeno due opzioni teoriche alternative, nella consapevolezza che il diritto non si esaurisce nella normatività formale, ma si costituisce nel continuo confronto tra interpretazione, istituzionalizzazione e riconoscimento.

La stessa esposizione verrà strutturata secondo le parti della *quaestio* tomistica che, a nostro parere, si presenta come la forma tipica e paradigmatica di problematizzazione processuale². Quanto alla determinazione delle conclusioni mi limiterei alla definizione dei principi, per un verso con attenzione particolare al linguaggio utilizzato con lo scopo di superarne la polisemia, che è la principale fonte di equivoci nella prassi e, per altro verso, considerando che la definizione dialettica si dà con la consapevolezza dell'inesauribile varietà delle opinioni e dell'inesatta attualità dei principi.

2. Se la tutela possessoria riconosca o non riconosca giuridicità al fatto oggetto del procedimento (*utrum sit*)

Esaminiamo preliminarmente un caso concreto, relativo al possesso di una servitù³.

² In questo denuncio l'ispirazione tratta da F. GENTILE, *Filosofia del Diritto, Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006, pp. 225 ss. ove Gentile sottolinea come «la *quaestio* filosofica di San Tommaso sia volutamente stata costruita dall'Autore sul modello del processo».

³ Tizio si rivolge al proprio legale rappresentando la circostanza che il suo vicino di casa, Caio, aveva intrapreso nei suoi confronti un'azione possessoria. Tizio – infatti – aveva iniziato dei lavori per la rimozione della tubatura (di sua proprietà) ed interrata nel proprio fondo attraverso la quale avveniva uno scarico di acque saponate (e quindi inquinanti) che provenivano dalla sua abitazione, tubatura alla quale, circa nove anni prima, senza averne alcun titolo, si era collegato Caio. La tubatura di Tizio, quindi, conduceva le acque (inquinanti) provenienti dalle due abitazioni (quella di proprietà di Tizio e quella di proprietà di Caio) e le faceva confluire nel vicino fiume. Tizio

L'elezione della presente tematica muove dalla consapevolezza che l'istituto del possesso si configura, per la sua intrinseca ambiguità ontologico-normativa, quale *locus* privilegiato per interrogarsi sulle tensioni concettuali che attraversano il rapporto tra giuridicità del fatto e qualificazione normativa dello stesso. In tale ambito si rende evidente, in maniera paradigmatica, la frizione tra la dimensione fattuale della condotta e la contraddittoria attribuzione di significato giuridico a opera dell'ordinamento.

È opportuno rammentare che la moderna architettura del diritto positivo si fonda primariamente sul presupposto teorico della normatività come capacità esclusiva della norma di attribuire statuto giuridico al fatto empirico. In questa cornice concettuale, la norma giuridica non si limita a registrare o descrivere eventi materiali, ma ne costituisce la giuridicità attraverso un atto di qualificazione che implica selezione, delimitazione e regolamentazione degli stessi.

La direzionalità del rapporto tra norma e fatto, così concepita, è unidirezionale: è la norma a individuare il fatto rilevante, a conferirgli senso, a incanalarlo entro coordinate semantiche che lo sottraggono all'indeterminatezza del quotidiano. Tale paradigma si iscrive nella svolta positivistica che, emancipandosi da ogni concezione giusnaturalistica, attribuisce alla volontà del legislatore – inteso come sovrano – la funzione esclusiva di produrre diritto. In ciò si manifesta una precisa opzione teorica: la giuridicità non è inerente al fatto, bensì da esso distinta e successivamente proiettata dalla norma, secondo un modello che si potrebbe definire di *eteronomizzazione* della giuridicità.

La categoria del possesso, proprio in ragione della sua genesi fattuale e del suo riconoscimento normativo, si pone come campo privilegiato per esplorare le aporie che derivano dalla pretesa di un ordinamento giuridico di fondare interamente su sé stesso la produzione del diritto, rifiutando ogni valenza originaria del fatto. In tal senso, il possesso rappresenta un «fatto giuridicizza-

evidenziava come aveva eseguito questi lavori perché il Comune, alla luce di una recente legge regionale, già entrata in vigore, aveva emesso un'ordinanza con cui intimava ai due confinanti di allacciarsi alla condotta comunale e di cessare con l'immissione inquinante entro un termine da molto tempo spirato.

to» che obbliga la teoria del diritto a confrontarsi con il proprio limite interno: quello di una normatività che, pur rivendicando la propria autosufficienza, non può del tutto eludere la resistenza del reale.

Come avremo modo di sottolineare in seguito, invece, la forza normativa dei fatti è stato un momento pregnante dell'esperienza giuridica precedente a quella moderna⁴, nella quale, a differenza di questa, come è stato osservato in dottrina, «la vitalità dei fenomeni materiali è tale da divenire immediata effettività giuridica, senza il benché minimo apporto di volontà da parte di un soggetto qualsivoglia, posto che quei secoli non ne vedono alcuno che possa sovraordinarsi all'ordine naturale delle cose»⁵.

Il caso prospettato, quindi, ripropone l'eterna contrapposizione tra fatto e diritto, tra realtà e norma, acuendone, però, gli aspetti problematici in quanto la detta contrapposizione trova il suo apice proprio nella quotidiana applicazione pratica nel procedimento possessorio, ove le questioni giuridiche, come avremo modo di vedere, vengono inevitabilmente amplificate.

Passando all'analisi della traccia, si deve immediatamente dire che il caso che viene prospettato appare essere, nella sua ricostruzione storica, di estrema semplicità. Si tratta di un caso nel quale Tizio, rimuovendo la tubatura collocata nella sua proprietà e alla quale *illo tempore* Caio si era allacciato, viene ad impedire lo scarico che Caio stava effettuando, malgrado i divieti, attraverso la detta tubatura.

In una ricostruzione maggiormente conforme alle categorie dogmatiche proprie del sistema civilistico, occorre innanzitutto osservare come, in forza del principio dell'accessione immobi-

⁴ La fattualità del diritto come prospettiva centrale della visione del diritto nel medioevo è oggetto di un'interessante analisi di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 1995 pp. 56-60.

⁵ Ci si vuole richiamare alla profonda analisi del diritto comune di R. VOLANTE, *Fatto normativo e interpretatio iuris. La definizione del possesso nel Diritto Comune*, in AA.VV., *Ordo iuris Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 2003, opera a cui ci si ispirerà per le prossime analisi testuali.

liare, di cui all'art. 934 c.c.⁶, la titolarità dominicale della tubatura interrata nel fondo di Tizio debba essere ricondotta integralmente a quest'ultimo, ivi compresa quella porzione di condotta che, originando dall'abitazione di Caio, si estende sotto la superficie del fondo di proprietà di Tizio, fino a congiungersi con il tratto già menzionato. L'operatività del meccanismo accessorio comporta infatti che ogni opera stabilmente infissa nel suolo acceda giuridicamente al fondo e ne segua le vicende proprietarie, indipendentemente dall'identità del soggetto che l'abbia materialmente collocata.

Sotto il profilo possessorio, Caio risulta avere esercitato, attraverso tale condotta, un'attività di scarico di acque saponate, utilizzando un impianto materiale la cui proprietà è pacificamente attribuibile a Tizio. Si configura, pertanto, in capo a Caio una situazione di fatto corrispondente all'esercizio di una servitù di scarico, sebbene priva di titolo legittimante.

La questione posta dalla traccia appare dunque riconducibile alla problematica teorico-giuridica concernente l'individuazione dell'eventuale titolo idoneo a fondare in capo a Caio un diritto reale limitato – nella specie, una servitù prediale – che gli consenta di utilizzare legittimamente l'infrastruttura altrui per l'espletamento dello scarico. La risoluzione di tale questione, tuttavia, non pone particolari difficoltà interpretative, dal momento che la traccia espressamente esclude l'esistenza di un titolo originario o derivativo a fondamento del diritto e, al contempo, chiarisce come l'utilizzo della condotta si protragga da un arco temporale (nove anni) inferiore al termine ventennale prescritto per l'acquisto per usucapione.

Ne consegue che la pretesa di Caio non può essere ricondotta ad alcuna situazione giuridica soggettiva attiva di natura reale, né tantomeno ad una situazione consolidata per effetto del decorso del tempo. Tale accertamento, tuttavia, non esaurisce l'analisi della fattispecie, giacché l'elemento giuridicamente qualificante – e potenzialmente controverso – risiede nella cir-

⁶ Art. 934 c.c. Opere fatte sopra o sotto il suolo. Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo quanto è disposto dagli articoli 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge.

costanza che, indipendentemente dalla (in)esistenza di un diritto in senso proprio, Caio ha comunque esercitato un potere di fatto sulla cosa altrui, in termini corrispondenti all'utilizzo di una servitù, così assumendo la veste soggettiva del possessore di un diritto reale limitato.

In questo senso, la questione si sdoppia nei suoi piani costitutivi, da un lato, il profilo petitorio, relativo alla titolarità del diritto di servitù, che risulta negativo; dall'altro, il profilo possessoreo, che attesta l'esercizio continuativo e pacifico di un potere di fatto, suscettibile di tutela nelle forme interdittali previste dall'ordinamento. Sebbene, dunque, la dimensione petitoria assuma in questa sede una rilevanza solo eventuale o prospettica, è sul piano possessoreo che la questione trova il proprio baricentro dogmatico e applicativo.

Ricordiamo, a questo proposito, che il possesso è una realtà certamente complessa⁷ e, per certi versi, come è stato definito in dottrina, dal volto enigmatico e inafferrabile⁸, nel quale convivono due aspetti: uno prettamente oggettivo (c.d. *corpus*) ossia la relazione materiale con la cosa oggetto del possesso, l'altro soggettivo (c.d. *animus possidendi*), ossia il convincimento del soggetto di esercitare un proprio diritto.

Nel dibattito dottrinale si sono delineate, sin dalla sistematizzazione pandettistica, due fondamentali direttrici interpretative in ordine alla struttura teoretica del possesso.

La prima, di ascendenza savigniana⁹, riconducibile alla c.d. *concezione soggettiva*, individua il nucleo essenziale del possesso nell'*animus possidendi*, ovvero nell'intenzione consapevole di esercitare un potere corrispondente a quello del titolare del diritto reale. In questa prospettiva, l'elemento psicologico assume valenza costitutiva, in quanto conferisce al mero rapporto di fatto una dimensione giuridicamente rilevante.

⁷ Per una completa bibliografia si richiama R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e Commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Giuffrè, Milano, 2000.

⁸ Per un compiuta analisi dell'istituto, si rimanda a B. TROISI e C. CICCERO, *I possessi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

⁹ In particolare, si rimanda a F.C. SAVIGNY von, *Il diritto del possesso*, Pezzati, Firenze, 1839.

La seconda, di matrice jheringhiana¹⁰ e afferente alla c.d. *concezione oggettiva*, opera invece una torsione concettuale; l'intenzionalità soggettiva viene relegata a momento eventuale e accessorio, mentre si attribuisce centralità all'elemento materiale dell'apprensione e alla manifestazione esteriore del potere di fatto sulla *res*. Il possesso, in tale chiave, si configura non già come proiezione di una volontà giuridicamente qualificata, bensì come relazione concreta suscettibile di tutela in quanto funzionale alla conservazione dell'ordine sociale e alla garanzia dell'affidamento nei traffici.

Pur nella loro radicale eterogeneità teoretica, entrambe le impostazioni convergono, tuttavia, nel riconoscere al possesso la natura di situazione soggettiva giuridicamente rilevante, ancorché priva della struttura propria del diritto soggettivo in senso tecnico¹¹.

Esso, infatti, riceve protezione dall'ordinamento non in quanto fondato su una posizione di legittimazione sostanziale, bensì in quanto esercizio attuale, o quantomeno apparente, di un potere corrispondente a quello che spetta al titolare del diritto. Il possesso, dunque, si istituisce come figura liminale e anticipatoria tra fatto e diritto, configurandosi quale forma giuridicamente protetta di dominio di fatto, indipendentemente dalla titolarità del diritto reale sottostante.

Come è stato autorevolmente chiarito da Perlingeri, infatti, «il possesso non è la conseguenza automatica della titolarità del diritto, ma è esercizio concreto di un potere, attività effettiva espletata sia dal titolare del diritto (possesso come esercizio del diritto: *ius possidendi*), sia da chi non è titolare del diritto (puro possesso). In entrambe le ipotesi si ha un *factum possessionis*, che prescinde dalla circostanza che esso sia attuato dal titolare di un diritto. Dal *factum* sorge lo *ius possessionis*, cioè il diritto di possedere e d'invocare la tutela possessoria»¹².

¹⁰ Tra le opere dell'autore, particolare interesse nel nostro caso riveste R. JHERING von, *Sul fondamento della protezione del possesso: revisione della teoria del possesso*, Vallardi, Milano, 1872.

¹¹ L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, Giuffrè, Milano, 1952, p. 485. Solo per una limitata (e nettamente minoritaria) parte della dottrina il possesso è un diritto.

¹² P. PERLINGERI, *Il Diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli,

Ciò che, nella fattispecie descritta, è certamente singolare e merita una riflessione è la circostanza che lo scarico di acque, oggetto del detto possesso, sia giuridicamente illegittimo (inteso come *contra ius*), in quanto espressamente vietato (perché inquinante) da una normativa regionale e, per giunta, oggetto di un'ordinanza comunale con cui l'ente pubblico ordinava l'allacciamento alla condotta comunale.

La vicenda come descritta, quindi, evidenzia un conflitto tra la tutela (a priori) del fatto possessorio e una tutela dello stesso alimentata da una visione della sua giuridicità. Valorizzando una prospettiva, quindi, si evidenzia l'esistenza di un possesso (quello di Caio) che, in quanto tale, in quanto pura situazione di fatto, a prescindere da ogni ulteriore valutazione giuridica, richiede tutela; valorizzando una seconda prospettiva si pone il problema della illegittimità dello scarico e del danno che tale scarico potrebbe arrecare alla comunità.

3. La prima ipotesi interpretativa: una (semplice) conciliazione tra gli interessi in gioco (*videtur*)

Il caso oggetto di analisi parrebbe, ad una prima ricognizione, suscettibile di una soluzione giuridicamente lineare. Anche una lettura preliminare della fattispecie è, infatti, idonea a mettere in evidenza come l'agire di Tizio, consistente nella rimozione di una condotta mediante la quale venivano convogliate nel vicino corso fluviale acque saponate provenienti tanto dal proprio immobile quanto da quello di Caio, si configuri, nella sua sostanza giuridica, quale atto esecutivo di un provvedimento autoritativo. Più precisamente, l'intervento di Tizio si inserisce nella cornice di adempimento di un'ordinanza amministrativa emanata dal Comune, la quale imponeva ai proprietari confinanti l'allacciamento obbligatorio alla rete fognaria comunale.

In tale prospettiva, la condotta di Tizio assume la fisionomia di un comportamento vincolato, in quanto espressione di un dovere giuridico discendente direttamente da una fonte normativa secondaria, ma formalmente legittima. Ne consegue che l'azione posta in essere non solo non appare riconducibile a un'ini-

ziativa arbitraria o lesiva della sfera giuridica altrui, ma risulta invece pienamente conforme all'ordinamento vigente, sia sotto il profilo della legalità formale, sia in termini di coerenza con l'interesse pubblico sotteso alla disciplina ambientale e sanitaria¹³.

In una prospettiva ermeneutica ulteriormente approfondita, l'agire di Tizio, pur configurandosi come potenzialmente lesivo del possesso esercitato da Caio, nella misura in cui si sostanzia in una privazione fattuale del godimento del diritto di servitù, si connota, al contempo, come una condotta finalisticamente orientata alla salvaguardia di un bene giuridico di rango superiore, quale l'ambiente. In tale contesto, il bene ambientale, in quanto espressione di un interesse collettivo e dotato di una qualificazione pubblicistica, si impone all'interno di un'ipotetica gerarchia assiologica dei beni giuridici come meritevole di una tutela preminente rispetto alla posizione possessoria individuale. Ne deriva che l'azione di Tizio, pur collocandosi ai margini della legalità formale del diritto soggettivo, può essere oggetto di una valutazione differente se analizzata attraverso il prisma di una teoria dei beni che riconosca la centralità delle esigenze solidaristiche e della sostenibilità intergenerazionale nella formazione dell'ordine giuridico¹⁴.

¹³ Un caso simile ma non identico è stato già risolto dalla Cassazione a Sezioni Unite: *«Qualora il privato recinga un fondo per impedirvi l'accesso a terzi, in ottemperanza di un ordine, con il quale l'autorità amministrativa, per ragioni di sicurezza pubblica, abbia imposto tale recinzione, sia pure in via alternativa ad altre opere idonee ad eliminare una situazione di pericolo, l'esperibilità di un'azione di reintegrazione nel possesso, da parte di chi di fatto utilizzava detto bene, trova ostacolo non in ragioni di difetto di giurisdizione, tenuto conto che quel privato non ha agito come "longa manus" della amministrazione, alla quale anzi si contrappone come soggetto obbligato ad intervenire su un proprio bene, ma bensì nel venir meno dei presupposti del preteso spoglio, atteso che l'indicato ordine ha inciso autoritativamente sulla situazione in cui si concretava il dedotto possesso, precludendone l'ulteriore esercizio nello stato di fatto preesistente, e che inoltre il destinatario dell'ordine medesimo, di contenuto alternativo, non può ritenersi obbligato all'esecuzione di opere innovative, per riportare il fondo in condizione di utilizzabilità senza pericolo»*. Cassazione civile, sez. un., 7 febbraio 1981, n. 766.

¹⁴ Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 all'Articolo 37 prevede come diritti fondamentale la Tutela dell'ambiente:

In una prospettiva di ultima istanza, appare dirimente rilevare come una pronuncia giurisdizionale che si risolvesse nell'accoglimento delle doglianze prospettate da Caio implicherebbe, in via mediata ma sostanziale, l'imposizione nei confronti di Tizio di un comportamento *contra ius*, ovvero la realizzazione – o, quantomeno, la tolleranza istituzionale – di una condotta in aperta violazione del divieto normativo generale concernente lo scarico diretto di effluenti saponosi (in quanto qualificabili come inquinanti) nel bacino naturale di un fiume.

L'assetto del conflitto intersoggettivo, pertanto, non può trovare composizione se non attraverso il riconoscimento della condotta di Tizio quale manifestazione di un agire che, pur interferendo col possesso esercitato da Caio, si configura come funzionalmente orientato alla tutela di un interesse di ordine superiore, caratterizzato da una valenza pubblicistica che, nella gerarchia assiologica sottesa al sistema giuridico positivo, risulta logicamente e normativamente preminente rispetto alla tutela del mero interesse possessoreo individuale. A ciò si aggiunga che tale condotta risulta realizzata secondo modalità attuative integralmente conformi alla legalità formale e sostanziale dell'ordinamento.

Solo una simile lettura consente di restituire alla tutela possessoria la sua autentica dimensione giuridica, emancipandola da una concezione meramente formalistica del possesso e proiettandola entro una più ampia cornice sistematica, nella quale l'ordinamento si autodetermina come unità teleologicamente orientata alla razionalità del diritto giustificato.

4. L'ipotesi interpretativa prevalente: *ante omnia restituendus (praeterea)*

Alla luce di un'impostazione ermeneutica di matrice rigorosamente formalistica – certamente dominante tanto nella prassi quanto nella dottrina prevalente – la soluzione del caso in esame si presenta con altrettanta apparente linearità. In conformità al brocardo *spoliatus ante omnia restituendus est*, il quale ha ri-

«Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

cevuto un accoglimento sostanzialmente monolitico all'interno del sistema giuridico positivo, si impone al giudice – investito della relativa *quaestio* – un obbligo di reintegrazione immediata del possesso indebitamente leso¹⁵. Ne deriva, in via applicativa, l'ordine rivolto a Tizio di procedere al ripristino della condotta idrica danneggiata, consentendo in tal modo a Caio di riprendere l'attività di scarico delle acque nel fiume, secondo le modalità precedentemente esercitate.

Questa opzione interpretativa, nella sua apparente semplicità, si mostra altresì coerente con la *ratio* che da sempre sottende l'architettura dogmatica del processo possessorio, vale a dire la funzione di contenimento delle derive autodeterministiche nella gestione dei conflitti intersoggettivi. In altri termini, il processo possessorio assolve a una funzione di garanzia ordinamentale, tesa a prevenire il ricorso a pratiche di autotutela privatistica, mediante le quali il singolo pretenda di affermare, in via immediata e coattiva, le proprie pretese situazioni soggettive di vantaggio, al di fuori dei circuiti cognitivi e decisorii del processo giurisdizionale. Tale approccio si fonda sul presupposto, di matrice tanto teorica quanto etico-politica, che il monopolio statale della forza debba essere preservato, in quanto condizione di possibilità della convivenza ordinata entro un contesto normativo-giuridico.

Il rifiuto dell'autotutela si configura, dunque, come espressione di una precisa opzione giusfilosofica, quella per cui la giustizia, intesa come riconoscimento intersoggettivamente garantito delle ragioni giuridiche, deve necessariamente transitare attraverso il *medium* istituzionale della giurisdizione. Non a caso, l'ordinamento giuridico positivo sanziona penalmente le condotte connotate da esercizio arbitrario delle proprie ragioni,

¹⁵ Da sempre la Cassazione ha evidenziato tale elemento come imprescindibile nella tutela possessoria. Si veda, solo a titolo di esempio Cassazione civile, sez. I, 6 giugno 1983, n. 3827: «*In materia di azione di reintegrazione, l'animus spoliandi non è escluso dalla presenza di un titolo di concessione amministrativa, poiché questa non fa venir meno l'intenzione di attendere al possesso altrui; pertanto ove il bene oggetto della concessione sia posseduto da altri, il concessionario non può farsi ragione da sé, sottraendo al detentore il materiale possesso della cosa, venendosi così a realizzare proprio quel comportamento perseguibile con l'azione di spoglio*».

ex artt. 392 e 393 c.p., elevando a disvalore penale ciò che rappresenta, in prospettiva sistemica, una minaccia alla tenuta del patto di civilizzazione che informa il diritto stesso¹⁶.

L'unica possibilità che viene lasciata al cittadino è la c.d. autotutela immediata, anche detta *in continenti*, la possibilità del singolo di reagire al tentativo di *spolio* perpetrato a suo danno nell'immanenza dello stesso, ma non viene riconosciuta la possibilità di agire in autotutela successivamente, ad avvenuto *spolio*, per ripristinare, autonomamente, la situazione anteriore all'avvenuto *spolio*¹⁷.

Riprendendo quanto prima sottolineato da Perlingeri, la tutela possessoria, delineata dagli artt. 1168 e seguenti c.c., si configura come uno strumento giuridico volto a proteggere una situazione di fatto giuridicamente rilevante, il possesso, indipendentemente dalla titolarità del diritto sostanziale che ad essa eventualmente sottende. Essa si fonda, dunque, non già sul riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva in senso stretto (i.e. *un diritto soggettivo perfetto*), bensì sulla mera esistenza fattuale di un potere di fatto esercitato su un bene, il quale, sebbene privo di validazione in termini di legittimità o titolarità dominicale, riceve tutela proprio in ragione della sua esistenza fenomenica.

In tale prospettiva, la *ratio* della disciplina possessoria si iscrive in una più ampia riflessione sulla funzione ordinatrice dell'ordinamento giuridico, il quale non si limita a garantire le situazioni fondate sul diritto soggettivo, ma si preoccupa altresì di prevenire la rottura dell'ordine sociale attraverso la repressione di condotte lesive di situazioni consolidate di fatto in autotu-

¹⁶ Cfr. Art. 392 Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose e Art. 393 Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone.

¹⁷ Sul punto è pacifica la giurisprudenza. Vedi Cassazione civile, sez. II, 19 maggio 2000, n. 6510: «*La reazione del soggetto che consideri lesi i propri diritti su di un bene a causa dell'abusiva utilizzazione di esso da parte di altri mediante attività corrispondenti all'esercizio di diritti reali, può consistere in comportamenti di fatto impeditivi di tale attività (ad esempio, apposizione di un cancello al proprio fondo illegittimamente utilizzato da altri come passaggio) solo nell'immediatezza del fatto, e non quando la situazione originata dall'altrui attività abbia raggiunto un anche minimo grado di stabilità, dovendo, in tali casi, ottenere la tutela delle proprie ragioni solo per via giudiziaria*».

tela. In tal senso, l'intervento dell'ordinamento assume connotati non meramente protettivi, bensì ordinativi, in quanto volto a contenere il ricorso alla forza privata quale mezzo di risoluzione delle controversie.

È in tale contesto che si comprende l'efficacia esplicativa del brocardo *possideo quia possideo*, che esprime una concezione della tutela possessoria come fondata sull'elemento fattuale dell'esercizio del potere sulla cosa, prescindendo del tutto dalla verifica dell'*an* della legittimazione dominicale. Colui che agisce in sede possessoria non è onerato della prova della titolarità di un diritto reale sulla *res*, bensì esclusivamente della prova dell'effettivo esercizio di un potere corrispondente, in via astratta, a tale diritto. Tale astrazione consente all'ordinamento di sospendere momentaneamente ogni giudizio sulla titolarità sostanziale, concentrandosi esclusivamente sulla necessità di impedire spoliazioni o turbative arbitrarie, idonee a minare l'equilibrio delle relazioni intersoggettive.

Ne consegue che la tutela possessoria si presenta come una forma di protezione giuridica *minima*, anticipata ma al contempo essenziale, che si arresta alla soglia del diritto soggettivo, ma che proprio per questo assume un ruolo cruciale nella dinamica di prevenzione della violenza privata e nella stabilizzazione delle relazioni giuridiche *in fieri*, ancorché non ancora riconosciute *iure proprio*.

Per converso, colui che abbia subito uno *spolio* e voglia agire, non nell'immediatezza del fatto ma successivamente all'avvenuto *spolio*, contro chi l'ha privato del possesso, per ripristinare un'originaria situazione legittima, non potrà mai invocare la legittimità della situazione dallo stesso ripristinata, anche se corrispondente ad un diritto di cui egli stesso possa dare immediata e semplice prova (*feci sed de iure feci*).

Un celebre caso da manuale¹⁸, frequentemente evocato nella riflessione giuridico-filosofica sul tema del possesso, è rappresentato, sebbene nella sua apparente paradossalità, dalla possibilità che l'ordinamento accordi tutela possessoria persino al ladro. Si immagini, a tal proposito, l'ipotesi in cui il soggetto

¹⁸ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, XXVII Ed., Cedam, Padova, 1985, p. 436.

derubato (ad esempio, di una bicicletta) che, a distanza di tempo dal furto subito, rinventa il ladro e pretenda di riappropriarsi immediatamente del bene mediante un'azione di forza. In una simile circostanza, il nostro ordinamento non soltanto non consente il ricorso alla violenza privata come mezzo di autotutela, ma, in ossequio al disposto dell'art. 392 c.p., qualifica tale comportamento come arbitrario esercizio delle proprie ragioni, proprio in quanto si pretende di sostituire un atto di forza all'intervento giurisdizionale.

Con ciò si evidenzia un dato sistematicamente rilevante; la protezione possessoria non si fonda su un giudizio di legittimità del titolo di provenienza o sulla liceità dell'acquisto, bensì sull'effettività della signoria di fatto esercitata sul bene. In tal senso, persino il ladro – in quanto possessore, per quanto di fatto e *sine titulo* – può, astrattamente, invocare la tutela interdittale nei confronti del proprietario spogliato, qualora quest'ultimo ricorra a vie di fatto, anziché agire nelle forme giurisdizionali previste dall'ordinamento.

Il caso, sebbene controintuitivo, riveste una funzione paradigmatica nella teoria del possesso; esso dimostra come l'ordinamento attribuisca valore giuridico a una situazione di mera apparenza di signoria sulla cosa, separando concettualmente il possesso dal diritto di proprietà. Si tratta, in ultima analisi, di una manifestazione della razionalità formale del diritto, la quale esige la stabilizzazione delle relazioni di fatto attraverso strumenti giuridici neutrali rispetto alla legittimità sostanziale della situazione soggettiva sottostante¹⁹.

¹⁹ Ritornano di disarmante attualità le parole tratte da *Le Arringhe Officiose* pubblicato a Napoli nel lontano 1863 nel quale si legge: «Altra è l'azione possessoria, altra è la petitoria nei loro differenziali caratteri, e su' principi dinamici che le informano. Quando si contende del possesso di un fondo, di cui altri fu spogliato con vie di fatto, vale l'antico brocardico, *Spoliatus ante omnia restituendus*.

Ed allora compete l'azione possessoria civile detta tecnicamente reintegratela, e l'azione penale di uso privato previsto dall'articolo 168 LL. penali. Alla sentenza così civile che penale si aggiugon di dritto l'arresto per la reintegra del possesso, e le civili riparazioni.

Quando si contendono della proprietà, avvi bisogno di una seconda sentenza munita di arresto avverso chi non vuol ubbidire alla prima passata in cosa giudicata. Eccone le ragioni. Nello stadio possessorio si chiarisce il

Si può quindi dire, con tranquillità, che la tutela possessoria, prescinde completamente dalla giuridicità del rapporto sostanziale sotteso al possesso di cui si chiede la tutela. Circostanza poco rilevante nella presente prospettiva in quanto, la tutela possessoria è una tutela provvisoria, in attesa di una tutela petitoria successiva a quella possessoria e, quindi, la valutazione del fondamento giuridico del fatto. Comunque, anche se successiva, viene garantita dal nostro ordinamento.

5. La soluzione del caso concreto (*sed contra*)

Certo, si può dire che la tutela possessoria è una tutela provvisoria, in attesa di una tutela petitoria successiva a quella possessoria. Nella concreta applicazione del principio, però, tornando al classico esempio di scuola citato, il nostro derubato, mentre, nel frattempo, sarà certamente condannato penalmente, per esercizio arbitrario delle proprie ragioni, condividendo, con il ladro, almeno questa esperienza giudiziaria, dopo un lungo (visti i tempi medi) processo possessorio civile, potrà introdurre il giudizio petitorio con la prospettiva, quindi, di un secondo processo che, sempre per i detti tempi medi, lo porterà, decorsi oramai molti anni dal furto subito, finalmente a riabbracciare la sua bicicletta che, dato il tempo trascorso, sarà forse obsoleta ed inutilizzabile²⁰.

Spoliatus ante omnia restituendus, certo, ma non può non sorgere un legittimo dubbio che l'applicazione concreta del principio, allontani l'ordinamento dal naturale e giusto equili-

delitto di colui che invade l'altrui possesso con violenza privata, ancorché ne fosse il legittimo padrone. Nello stadio petitorio il possessore attuale è reputato padrone, ed anco condannato al rilascio può in buona fede, e sotto l'usbergo de' suoi titoli credersi autorizzato a conservare il possesso, talché il Magistrato invitato a conoscere della riluttanza al rilascio, può nel suo prudente arbitrio anco negare l'arresto con una seconda sentenza, ché la legge rimette a lui l'estimazione delle circostanze di fatto». G. DATTINO, *Le Arringhe Officiose dell'Avvocato*, Tipografia all'Insegna del Diogene, Napoli, 1863.

²⁰ È importante ricordare che la recente riforma del codice di procedura civile non ha modificato in modo così radicale la regolamentazione dell'istituto in modo da superare tale problema.

brio delle cose, di quello che viene detto il *suum quique*²¹, realizzando un'immediata e immediatamente percepibile ingiustizia, in vista di una lontana, forse certa, ma lenta e sostanzialmente inutile giustizia.

La dinamica sottesa al caso in esame consente di mettere in luce, in termini paradigmatici, la tensione strutturale che attraversa il sistema possessorio, evidenziandone l'attitudine a produrre effetti giuridici che, seppur formalmente corretti sul piano procedurale, risultano sostanzialmente disfunzionali sotto il profilo assiologico. L'esito applicativo della disciplina possessoria, se ricondotto alla fattispecie ipotetica qui evocata, conduce, infatti, a risultati normativamente ineccepibili ma giuridicamente paradossali.

Nel caso prospettato, l'attuazione coerente della normativa codicistica in materia di tutela interdittale del possesso condurrà inevitabilmente il giudice ad ordinare a Tizio il ripristino della tubatura mediante la quale Caio esercitava lo scarico delle acque. Sotto il vincolo della legalità formale, qualsiasi giudice sarà tenuto a riconoscere che Caio deteneva anteriormente un possesso qualificabile, almeno in via di ipotesi, come inerente ad una servitù di scarico, e sarà conseguentemente obbligato a reintegrarlo. Si tratta di un esito che, ancorché conforme alla logica interna del sistema possessorio, dischiude questioni problematiche sul piano della legittimità sostanziale della decisione giudiziale.

È pertanto necessario interrogarsi criticamente sulle conseguenze, teoricamente rilevanti e giuridicamente problematiche, derivanti da tale ordinanza.

In primo luogo, essa si configura come un atto che, pur nella piena consapevolezza dell'assenza di un diritto sostanziale in capo al possessore, determina la tutela giudiziaria di una situazione di fatto abusiva. La ricostruzione della traccia, infatti, evidenzia che l'immissione nel possesso era avvenuta *sine titulo* e che non si era ancora maturato il termine necessario per l'usucapione della corrispondente servitù prediale.

In secondo luogo, l'ordinanza giudiziale entra in palese contraddizione con un precedente provvedimento amministrativo,

²¹ Francesco Gentile avverte che «ciò che è indispensabile tener presente è che il *suum cuique tribuere* costituisce da sempre il proprio dell'ufficio di un giurista» cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 180.

emanato dal Comune territorialmente competente, mediante il quale si ordinava l'allacciamento alla rete fognaria pubblica, con implicita (ma inequivoca) volontà di impedire la prosecuzione dello scarico inquinante. Si profila, in tal modo, un conflitto assiologico tra due livelli normativi; da un lato, la protezione del possesso in quanto situazione meritevole di tutela autonoma, dall'altro, l'esigenza di garantire interessi pubblici primari, quali la tutela ambientale e la salubrità delle acque.

Infine, ed è forse l'aspetto più teoricamente dirompente, la pronuncia giurisdizionale finisce, in ultima analisi, per conferire copertura normativa a una condotta che, se considerata in chiave sostanziale, risulta lesiva di un bene giuridico fondamentale, quale l'ambiente. L'ordinanza, nel suo effetto pratico, legittima uno scarico illecito di acque reflue in un corso d'acqua pubblico, interferendo così con la disciplina penale e amministrativa in materia di tutela ambientale. Con un'espressione volutamente provocatoria, ma concettualmente evocativa, si potrebbe affermare che l'atto giudiziale, pur non configurandosi formalmente come illecito, realizza una forma di «favoreggiamento» del reato ambientale, se non una partecipazione funzionale ad esso, in palese antinomia con la *ratio legis* della normativa regionale di settore²².

Inutile dire che, attesi i risultati conseguenti alla prospettiva maggiormente diffusa, ci si dovrebbe auspicare una differente regolamentazione.

6. Considerazioni conclusive (*respondeo*)

6.1. I caratteri della tutela possessoria

È possibile rilevare come le aporie sopra enunciate si configurino quale effetto diretto e strutturale dei tratti distintivi della tutela possessoria, la quale si connota, ontologicamente, come presidio giurisdizionale del «fatto» in quanto tale, inteso non già

²² Art. 379 Favoreggiamento reale. Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648, 648bis e 648 ter, aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato, è punito con la reclusione fino a cinque anni se si tratta di delitto, e con la multa da 51 euro a 1.032 euro se si tratta di contravvenzione.

in senso normativo, ma quale situazione materiale preesistente all'*actus spoliandi*. La funzione primaria di tale forma di tutela si esaurisce, dunque, nella reintegrazione dell'antecedente stato di fatto, prescindendo radicalmente da qualsivoglia indagine sull'*an* della sua giustificabilità giuridica.

In tale prospettiva, l'oggetto della protezione possessoria è il possesso stesso, ossia quel potere di fatto esercitato sulla *res*, che l'art. 1140 c.c. definisce appunto come *potere* sulla cosa corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale²³. La dimensione *fattuale* del possesso si configura, pertanto, quale relazione materiale di dominio che si istituisce tra un soggetto e un bene, senza necessità di riferibilità a un titolo giuridico che ne legittimi l'instaurazione.

La *ratio* profonda di tale impostazione risiede nella volontà del legislatore di approntare una forma di tutela incentrata esclusivamente sulla relazione fenomenica tra l'individuo e la cosa, in funzione di un'esigenza primaria di ordine e stabilità sociale, indipendentemente dalla titolarità del diritto. Ne discende una sostanziale irrilevanza dell'esistenza di un fondamento giuridico del possesso ai fini della tutela, che si colloca, in tal modo, al di fuori del perimetro dell'accertamento del diritto soggettivo.

In tale contesto, appare illuminante il confronto con le altre forme di tutela interinale previste dal nostro ordinamento processuale, segnatamente i procedimenti cautelari e d'urgenza, all'interno dei quali, pur nella sommarietà cognitiva, al giudice è richiesto di valutare la sussistenza del *fumus boni iuris*, quale presupposto minimo di giuridica plausibilità della pretesa fatta valere. Al contrario, nella tutela possessoria il giudice è vincolato a prescindere da qualsiasi scrutinio, anche embrionale, circa la legittimità del possesso.

La tradizione romanistica, attraverso la sapienza sintetica dei brocardi, cristallizza efficacemente i due principi-cardine che informano la disciplina del possesso: da un lato, l'irrilevanza della fondatezza giuridica del possesso (principio del *possideo quia*

²³ Art. 1140 c.c. Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (...).

possideo)²⁴ all'altro, l'inammissibilità dell'*exceptio iuris* da parte dello spogliante, anche laddove egli sia titolare di un diritto reale legittimante l'*actio spoliandi* (*feci sed de iure feci*). Tali principi, se assunti nella loro portata sistematica, confermano la radicale separazione tra la dimensione fattuale e quella normativa del rapporto possessorio²⁵.

Siffatta impostazione impone al giudice un vincolo epistemologico e assiologico di non poco momento: egli è chiamato a decidere la controversia sulla base di una rappresentazione del fatto storico depurata da ogni qualificazione giuridica, operando all'interno di una logica ricostruttiva meramente fenomenologica. Il fatto, in tale ambito, è reso giuridicamente irrilevante nella sua struttura sostanziale, poiché la decisione si fonda esclusivamente sulla sua esistenza empirica e sulla sua preesistenza allo spoglio.

Ne consegue un ulteriore paradosso: il giudice può giungere alla decisione impositiva del ripristino possessorio anche in presenza di una piena consapevolezza della giuridica illegittimità del possesso tutelato e, addirittura, dell'impossibilità di garantire successivamente, in sede petitoria, una tutela conforme al diritto sostanziale. In tal senso, la cognizione possessoria si

²⁴ A questo proposito si ricorda anche la giurisprudenza relativa all'azione di rivendica che tutela il possessore del bene nei confronti del legittimo proprietario: «Il rigore della regola secondo la quale chi agisce in rivendicazione deve provare la sussistenza dell'asserito dominio sulla cosa anche attraverso i propri danti causa, fino ad un acquisto a titolo originario o dimostrando il compimento dell'usucapione, non è attenuato dalla proposizione della domanda riconvenzionale o dalla eccezione di usucapione, in quanto chi è convenuto nel giudizio di rivendicazione non ha l'onere di fornire alcuna prova, potendo avvalersi del principio "*possideo quia possideo*", anche se opponga un proprio diritto di dominio sulla cosa rivendicata, poiché tale difesa non implica alcuna rinuncia alla vantaggiosa posizione di possesso». Cassazione civile, sez. II, 12 aprile 2001, n. 5472.

²⁵ Sul punto vedasi in particolare la Cassazione Civile n. 3532 del 1983. Vedi inoltre una più recente: «Ai fini dell'esercizio dell'azione di reintegrazione ex art. 1168 c.c., il presupposto dell'*animus spoliandi* è da ritenersi insito nel fatto stesso del privare altri del possesso in modo violento o clandestino, ciò implicando la consapevolezza da parte dell'autore dello spoglio di agire contro la volontà espressa o presunta del possessore, indipendentemente dalla convinzione dell'agente di operare secondo diritto». Cassazione civile, sez. II, 13 febbraio 1999, n. 1204.

configura come un piano autonomo e, per certi versi, impermeabile rispetto alla razionalità giuridica ordinaria, imponendo una sospensione dell'esigenza di giustizia materiale in favore della tutela della stabilità fenomenica dell'ordine sociale.

6.2. *La tutela possessoria come paradigma della tutela giudiziaria di tipo geometrico*

I risultati paradossali cui conduce l'attuale assetto normativo in materia di tutela possessoria appaiono, ad un'analisi più approfondita, riconducibili ad una radicata matrice culturale di tipo geometrico che informa strutturalmente l'intero impianto concettuale sotteso alla disciplina²⁶.

In tale paradigma, il fatto, ed in specie il fatto possessorio, viene assunto in una dimensione *pregiuridica*, quale dato empirico bruto, privo di qualsivoglia pregnanza normativa o valenza assiologica intrinseca. Esso si configura come materia informe, da plasmarsi *ex post* attraverso l'intervento del legislatore o, nel contesto giurisdizionale, del giudice, il quale si limita a svolgere una funzione ricostruttiva rigidamente formale, operando una mera *restitutio ad statum*, fondata su criteri di anteriorità cronologica e preponderanza fattuale.

In tale contesto epistemico, l'accertamento giudiziale si riduce ad una ricostruzione autoritativa e astratta dello *status quo ante*, neutralizzando deliberatamente ogni tentativo di lettura assiologicamente orientata del fatto da regolare. Il giudice, lungi dal problematizzare la giuridicità intrinseca del possesso in esame, è chiamato a cristallizzare un assetto fattuale depurato da ogni elemento normativo, procedendo sulla base di uno schematicismo logico-ricostruttivo che privilegia l'apparenza fenomenica della relazione di dominio sulla *res*.

²⁶ Il termine è stato coniato da Francesco Gentile, che aveva sottolineato la singolare fiducia Thomas Hobbes, uno dei rappresentanti più autorevoli del formalismo giuridico positivista, per la geometria che viene vista da questi come la panacea dei mali della società, al punto da sostenere nel *De Cive* che «tutto ciò che [...] distingue il tempo odierno dalla barbarie antica, è quasi per intero un beneficio della geometria». Cfr. T. HOBBS, *De Cive*, trad. a cura di T. MAGRI, Editori Riuniti, Roma, 1979, pp. 65-66

Altrettanto geometrica è l'attenzione che il legislatore, tramite il giudice «patentato»²⁷, pone sui rapporti di potere sull'oggetto del contendere. L'impostazione complessiva tradisce una logica di potere che si fonda su una concezione meccanicistica del possesso, inteso quale relazione escludente, basata sulla capacità di esercitare un controllo effettivo ed esclusivo sull'oggetto conteso. In questa prospettiva, il «potere di fatto» assurge a criterio dirimente per la decisione giudiziale, espungendo dal campo valutativo ogni considerazione attinente alla legittimità sostanziale del rapporto possessorio. Ciò comporta che la tutela possessoria non solo prescinde da una verifica dell'eventuale diritto corrispondente al possesso, ma addirittura la esclude metodologicamente, in nome di un principio di neutralizzazione del conflitto attraverso la riproduzione formale dell'ordine fattuale preesistente.

Tale configurazione istituzionale si rivela strutturalmente inidonea a promuovere una trasformazione del conflitto in controversia, nel senso delineato dalla migliore teoria giuridico-politica²⁸; la pronuncia possessoria non istituisce uno spazio di riconoscimento reciproco tra le parti in lite, ma si limita ad affermare l'autorità dello Stato – ovvero del giudice quale *longa manus* del sovrano – nella gestione del potere. Laddove il giudice accordi tutela possessoria anche in assenza (o addirittura in aperta contraddizione) di un diritto giuridicamente fondato, si rischia di legittimare una protrazione *sine die* di situazioni possessore illegittime, aggravando la frattura tra ordine giuridico e ordine fattuale e alimentando, piuttosto che sedare, la dinamica conflittuale, alimentando semmai proprio quel potenziale conflitto che il suo intervento sarebbe chiamato in realtà a sedare; appare evidente che dare tutela immediata (anche se provvisoria) anche laddove *ictu oculi* colui che chiede la tutela del possesso non ha (o peggio ancora non invoca) un diritto corrispondente al suo possesso, non fa altro che rendere ancora più conflittuali i rapporti tra le parti, in quanto l'uno si fa scudo della

²⁷ L'acuta definizione è di F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., pp. 59 ss.

²⁸ Per la trasformazione del conflitto in controversia vedi F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., pp. 214 ss.

tutela possessoria per protrarre il proprio (ci sia consentito definirlo illegittimo) possesso nel tempo il più possibile, mentre lo spoliante (legittimo titolare del proprio diritto) vede allontanarsi (per opera del legislatore) sempre di più il momento in cui potrà esercitare il proprio diritto.

Da ciò discende il sospetto, tutt'altro che infondato, che l'apparato normativo possessorio assolva in primo luogo ad una funzione ideologica di legittimazione della forza statuale, intesa come monopolio esclusivo dell'uso legittimo della forza. L'interesse del legislatore sembra orientato non tanto alla tutela della giuridicità sostanziale, quanto alla riaffermazione dell'autorità sovrana contro ogni tentativo individuale di composizione straordinaria del conflitto. In tale cornice, il ricorso alla giurisdizione possessoria assume la fisionomia di una sanzione contro la *vis privata*, nella misura in cui quest'ultima costituisce un'insidia all'ordine centralizzato della decisione. La funzione del giudice, in tal senso, non è quella di comprendere e valorizzare la normatività implicita nei fatti sociali, ma di ripristinare una rappresentazione statica e formalizzata dell'ordine, imposta *ex auctoritate*.

La pronuncia possessoria, dunque, si fonda su una rappresentazione *virtuale* della realtà, costruita secondo categorie astratte e formali, nella quale l'esperienza giuridica viene subordinata a uno schematismo logico di tipo geometrico. Il possesso, depurato da ogni dimensione assiologico-giuridica, viene così riconfigurato come oggetto di una pura funzione restaurativa, incapace di cogliere la complessità del conflitto e di indirizzarlo verso esiti conciliativi. Ne consegue che la tutela possessoria, così concepita, si limita a riaffermare l'egemonia del sovrano, il «Partigiano Divino», quale unico legittimo titolare del potere di decisione e di coercizione²⁹, unico legittimo detentore della forza, unico legittimato a usare la forza per neutralizzare i conflitti degli anomici individui.

²⁹ La definizione di *Partigiano Divino* con la quale si vuole indicare lo Stato Moderno è ripresa da F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano, 1984 p. 97 che la conia cogliendo gli spunti forniti dalla teoria del *Dio Mortale* di Hobbes e dalle suggestioni della *Theorie des Partisanen* di Carl Schmitt.

La pronuncia del giudice, in sede possessoria, si basa, dunque, su una rappresentazione virtuale della realtà, alla luce dello schematismo ricostruttivo preordinato, dato dal sistema delle norme, mirante semplicemente a ripristinare la rappresentazione fattuale e virtuale interrotta dalla lite; nel momento in cui questa opera ricostruttiva dà vita a una rappresentazione del fatto completamente scissa dalla sua giuridicità sostanziale ed intrinseca, attraverso la quale andrebbe invece letto, la pronuncia del giudice possessorio, può raggiungere risultati paradossali come quelli evidenziati, ossia che, anche laddove emerge evidente la mancanza di un fondamento giuridico al possesso o al titolo del suo acquisto, ripristina la rappresentazione virtuale della realtà, priva di giuridicità.

In ultima analisi, il formalismo sotteso alla giurisdizione possessoria svela una concezione dell'uomo giuridico radicalmente eterodiretta, incapace di autodeterminazione normativa, il cui orizzonte è quello dell'obbedienza ad un ordine imposto *ex machina*, ossia dall'apparato statuale-giudiziario, il solo ritenuto in grado di ordinare il *caos* delle relazioni sociali attraverso la forza del diritto ridotto a tecnica della decisione.

6.3. *Necessità di superamento della prospettiva geometrica e di recupero della giuridicità del fatto*

Alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate, si impone la necessità di un ripensamento critico dell'attuale assetto sistematico della tutela possessoria, onde evitare gli esiti paradossali cui esso frequentemente conduce. Il presupposto ermeneutico da superare è la persistente adesione a una logica geometrica, fondata su schemi predicativi rigidi e astratti, che compromette una piena comprensione della valenza giuridica del fatto possessorio. Solo mediante un radicale distacco da tale paradigma, retaggio di una razionalità calcolante di matrice moderna, è possibile recuperare l'autentica giuridicità dell'esperienza possessoria, nella sua dimensione assiologicamente orientata e relazionalmente situata.

In tale prospettiva, l'opera del giurista, come autorevolmente sostenuto in dottrina, non può risolversi in una sovrapposizione autoritativa di un ordine normativo esterno alla realtà del conflitto intersoggettivo, bensì deve configurarsi come attività

interpretativa capace di dischiudere il significato giuridico immanente ai fatti oggetto della lite. L'elaborazione teorica della trasformazione del conflitto in controversia, secondo l'ormai classica distinzione, esige, infatti, che le pretese in gioco siano tradotte in enunciati dotati di senso giuridico, così da rendere possibile un riconoscimento reciproco tra le parti, fondato non più sulla mera volontà di potere, ma sulla condivisa intelligibilità normativa delle rispettive posizioni soggettive³⁰.

Ne consegue che anche in ambito possessorio si impone una rappresentazione del fatto non meramente fenomenologica, bensì giuridicamente strutturata. Tale rappresentazione implica l'adozione di quelle che, in dottrina, sono state efficacemente definite «lenti del giurista»³¹: dispositivi interpretativi che, pur non potendo prescindere dal dato normativo positivo, non si esauriscono in esso, ma riflettono la sedimentazione dell'esperienza giuridica vissuta, nella quale l'interprete è inevitabilmente immerso. Esse consentono una lettura stratificata del fatto, che ne colga non soltanto la dimensione empirica, ma anche il suo sostrato normativo-fondativo.

Sulla base di tale impostazione, l'intervento giudiziale in sede possessoria non dovrebbe mirare al mero ripristino automatico della situazione di fatto alterata, bensì dovrebbe essere subordinato a una (sia pur sommaria) valutazione della fondatezza giuridica della pretesa, in ossequio a un principio che può essere ricondotto al *fumus boni iuris*, tradizionalmente accolto nei procedimenti d'urgenza. Ne deriva che il giudice dovrebbe astenersi dal disporre il reintegro nel possesso qualora questo appaia, *ictu oculi*, carente di legittimazione giuridica, sia perché correlato a una situazione manifestamente *contra ius* (come nel caso del ladro), sia perché espressivo di un'attività illecita (come, nel caso illustrato, il possesso funzionale allo scarico inquinante)³².

³⁰ F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 180 e, più dettagliatamente, pp. 215 ss.

³¹ F. CASA, *L'architettura del caso in un parere di diritto civile*, in appendice a F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 269.

³² Nella traccia affrontata, in questa sede, infatti, qualcuno potrebbe obiettare che, appunto, l'ordinamento tutela anche il possesso del ladro e che quindi deve, prescindere, dalla valutazione del contenuto del possesso (inquinamento). A questo proposito, però, è altrettanto doveroso sottolineare che

A chi ritenesse tale impostazione una rivoluzione copernicana, volta a sovvertire l'impianto tradizionale della tutela possessoria, si può rispondere che essa costituisce, piuttosto, una riscoperta dell'originaria tesi dei giuristi romani, i quali concepivano il possesso come situazione di fatto giuridicamente significativa, non meramente fattuale. In effetti, nello *ius civile* il possesso era oggetto di protezione attraverso strumenti pretori – gli *interdicta* – che, nati quale forma di tutela amministrativa dell'antica *possessio sull'ager publicus*, furono successivamente estesi ai rapporti privatistici. La riflessione giuridica romana maturò, sin da epoca risalente, l'esigenza di discriminare tra *possessio iusta*, fondata su una situazione giuridica conforme all'ordinamento, e *possessio iniusta*, acquisita *contra legem* (*vi, clam, precario*), ritenendo solo la prima meritevole di tutela.

Non è un caso che, nel classico esempio del ladro di biciclette, la tutela possessoria sarebbe stata negata dal giudice romano, poiché la *possessio* dell'agente, acquisita in modo illecito, risultava ontologicamente priva di giuridicità e dunque non suscettibile di protezione interdittale³³.

Nel caso di scuola, quindi, il ladro di biciclette non avrebbe potuto chiedere, ad un giudice romano, la tutela del possesso nel caso in cui il proprietario, a suo tempo derubato, gli avesse strappato, con la forza, la bicicletta che gli era stata rubata mesi prima, in quanto la sua *possessio* sarebbe apparsa «*iniusta*» e, quindi, non meritevole di tutela.

Fu soltanto nell'esperienza medievale che tale impostazione cominciò a mostrare segni di cedimento, a partire dalla distinzione tra *possessio naturalis* e *possessio civilis*³⁴, elaborata

il possesso del ladro è illegittimo nel titolo di acquisto (furto) mentre è legittimo nelle modalità di esercizio del possesso (correre con la bicicletta); nel caso che ci occupa, invece, ciò che è illegittimo non è (tanto o solo) il titolo di acquisto ma proprio l'effettivo esercizio del possesso (lo scarico inquinante) e, quindi, riconoscerli tutela sarebbe sotto una duplice prospettiva ingiusto.

³³ Sul punto vedi A. BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Utet, Torino, 1985, p. 398.

³⁴ «*Quaero quae est possessio corporalis et volo quod scias quod ista corporalis potest dici naturalis propter actum naturalem (...) Sed gratia evidentioris locutionis eam appello corporalem. Dic ergo corporalis possessio est ius insistendi rei non prohibente possideri retentionis et recuperationis producens effectum*» BARTOLO DA SASSOFERRATO, *ad l. Possessio appellata*

dalla *Summa Trecensis*³⁵ e sviluppata, tra gli altri³⁶, da Giovanni Bassiano³⁷, Azone³⁸ e Bartolo da Sassoferrato³⁹. Il giurista medievale, stretto fra la concretezza dell'esperienza giuridica e la normatività autorevole del testo romanistico, si confrontò con una tensione sistemica fra prassi e dottrina. Il possesso fattuale, inteso quale relazione immediata tra soggetto e bene, veniva così contrapposto alla prospettiva del *Corpus Iuris Civilis*, incentrata sulla ricostruzione del rapporto a partire dal titolo legittimante. In questa dialettica – tra naturalità del fatto e testualità della norma – si innestava la prima vera apertura verso una concezione

est ff. de acquirenda et retinenda possessione n. 10 (Commentaria in prima Digesti Novi partem, Venetiis 1526 a cura di G. POLARA (a cura di), Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1998).

³⁵ Emblematica è la definizione di una tra le prime opere giuridiche medioevali, la *Summa Trecensis* secondo la quale «*possessio est pedum quasi positio seu assessio, cum corpus corpori incumbit seu naturaliter assidet: quodo interpretatione iuris civilis latius porrigitur*» *Summa Trecensis*, 7, 23, *de acquirenda et retinenda possessione*, n. 3.

³⁶ Tra questi da ricordare certamente BALDO DEGLI UBALDI, *Commentarius in VII lib. Codicis, s.e., Venetiis 1581* in l. *Licet possessio, C. de acquirenda et retinenda possessione*, n. 4.

³⁷ Per l'autore il possesso è *ius*; in questi prevale infatti la visione normativa dell'istituto, in quanto solo definendo il possesso come una situazione giuridica soggettiva si riesce ad ottenere una nozione unitaria che riesca a comprendere tutte le ipotesi che il *Corpus Iuris* e la prassi segnalano all'operatore. Cfr. GIOVANNI BASSIANO, *Glossa a pedibus*, in l. *Possessio appellata est, ff. de acquirenda vel emittenda possessione*.

³⁸ Azone, dopo una evoluzione che parte dall'insegnamento del maestro, giunge ad una tesi definitiva secondo la quale il possesso è *factum*, in quanto solo la materialità del rapporto di fatto tra soggetto e cosa può definire il fenomeno in modo adeguato. Cfr. a tal proposito AZONE *Quia naturaliter*, in l. *Possessio appellata est, ff. de acquirenda vel amittenda possessione*.

³⁹ Per una analisi della distinzione vedi anche G. DIURNI, *Possesso (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 34, Giuffrè, Milano, e voce *Possesso nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto della Discipline Privatistiche - Sez. civ.*, 14, Utet, Torino, 1996, pp. 57 ss., in specie 57, secondo il quale «il tautologismo della definizione del possesso, che origina da una statica situazione di detenzione, dell'art. 685 del codice del 1865, si tramuterà nell'art. 1140 del codice vigente in una espressione altrettanto tautologica (il possesso è il potere sulla cosa)».

post-positivistica del diritto, fondata sulla pluralità degli strati normativi e sull'irriducibilità del fatto alla regola⁴⁰.

È in questa direzione che occorrerebbe oggi muoversi. Non verso una rigida contrapposizione rivoluzionaria, bensì verso un attento recupero consapevole e criticamente attualizzato dell'intuizione romanistica.

Ciò comporta una revisione della disciplina possessoria in senso assiologicamente orientato, che *in primis* attribuisca al giudice una maggiore libertà interpretativa e di approfondimento della fattispecie, un margine maggiore di libertà ricostruttiva, giudice che deve essere investito del, ci rendiamo conto, non facile compito di cogliere non solo l'esistenza fenomenica del possesso, ma la sua corrispondenza al diritto vivente⁴¹. In difetto di tale mutamento di paradigma e di prospettiva, si continuerà a registrare, nell'esperienza processuale quotidiana, pronunce formalmente coerenti ma sostanzialmente ingiuste, in quanto fondate su astrazioni giuridiche incapaci di aderire alla realtà normativa effettiva del fatto, finendo col tradire, nel cuore stesso del giudizio, la propria vocazione alla giustizia.

⁴⁰ Cfr. R. VOLANTE, *op. cit.*, p. 8, secondo il quale «il giurista medioevale, infatti, era *stretto* tra le esigenze postegli dall'osservazione della giuridicità naturale dei fatti e quelle partecipate dal testo antico e autorevole. Il diritto vivo nella prassi richiede la diretta validità del possesso fattuale, della relazione immediata e diretta fra il soggetto e la cosa, il segno attorno al quale il medioevo costruisce naturalmente la più gran parte della sua civiltà giuridica. Il diritto del *Corpus Iuris*, sedimento cristallizzato di un'esperienza diversa e lontana, portatrice di metodologie superiori ma ormai vuote di un vero contenuto, procede invece dall'esigenza di ricostruire la relazione fattuale tra soggetto e cosa a partire dal concreto titolo di legittimazione».

⁴¹ Il concetto della *possessio iniusta*, infatti, era comunque un concetto relativo in quanto la tutela del possesso poteva continuare ad essere riconosciuta al ladro nei confronti dei terzi (non titolari di diritti sulla cosa). «*Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet*» Digesto. 41.2.53. Per un'approfondita analisi dell'istituto si rimanda anche a M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo-Firenze, 2006.

(VII)

Gli (in)terminati spazi al di là del diritto

SOMMARIO: 1. Il fatto nella prospettiva *geometrica*. – 2. Il fatto pregiuridico. – 3. Il fatto giuridico. – 4. Il ruolo del concetto di fattispecie. – 5. Il rapporto tra il fatto e il diritto in una prospettiva geometrica. – 6. Sulla possibilità di superare la visione geometrica.

1. Il fatto nella prospettiva *geometrica*

La domanda che ci poniamo all'inizio della nostra riflessione è molto semplice, per non dire elementare, dettata da una sorta di curiosità teoretica, ossia se al di là del diritto vi sono spazi *interminati* o *terminati*¹, se al di fuori della prospettiva giuridico normativa esiste una realtà, un fatto originario e pregiuridico o non vi è nulla.

Un sia pur sintetico riesame delle principali elaborazioni dottrinali contemporanee concernenti il concetto di fatto e le circostanze in cui esso assume rilievo nell'ambito della cosiddetta prospettiva geometrica del diritto², sembra condurre a una soluzione teorica già prefigurata dal titolo stesso.

L'odierno approccio al fatto, anche nei suoi tentativi più sofisticati di riconduzione all'ordine normativo, continua a evidenziare l'intrinseca refrattarietà del medesimo a una piena sussunzione nel paradigma giuridico. In particolare, la configurazione geometrica del diritto – intesa come sistema coerente, completo e formalmente deduttivo – si rivela strutturalmente incapace di colmare l'interstizio che inevitabilmente si apre tra la dimen-

¹ Non sfuggirà il malcelato richiamo di ispirazione leopardiana al Canto *L'infinito*.

² Tale suggestivo appellativo (*geometria legale*) è stato dato alla scienza giuridica e politica moderna da Francesco Gentile, a sottolineare l'assoluta fiducia nella geometria dimostrata da Thomas Hobbes che afferma che «tutto ciò che [...] distingue il tempo odierno dalla barbarie antica, è quasi per intero un beneficio della geometria» cfr. T. HOBBS, *De Cive*, trad. a cura di T. MAGRI, Editori Riuniti, Roma, 1979, pp. 65-66.

sione fattuale e quella normativa. Tale scarto, lungi dall'essere un residuo eliminabile mediante tecniche di razionalizzazione giuridica, si manifesta come indice sintomatico sia della separazione ontologica tra fatto e diritto, sia del fallimento dell'ideale di una loro compiuta integrazione all'interno di una razionalità normativa.

Il fatto, nella sua consistenza empirica e pre-giuridica, non accede direttamente all'orizzonte della normatività, né si costituisce come tale in forza dell'applicazione della disposizione giuridica. Esso entra nel discorso giuridico unicamente in forma mediata e riflessa, ovvero in quanto oggetto di una costruzione concettuale operata dal diritto positivo stesso. In questa prospettiva, ciò che il diritto denomina «fatto» non è altro che una rappresentazione selettiva e convenzionale – e, in tal senso, performativa – di una realtà che, nella sua immediata datità naturalistica, viene obliterata in favore di una sua riscrittura normativa. È in questo processo che si realizza, attraverso la funzione costitutiva e ordinatrice della norma, la giuridificazione del fatto, che non è semplicemente riconosciuto, ma piuttosto prodotto come evento dotato di rilevanza giuridica.

2. Il fatto pregiuridico

Anche una ricognizione sommaria dei casi in cui il «fatto» sembra trovare accoglimento nell'odierno e consueto paradigma del discorso giuridico è sufficiente a disvelare l'infondatezza di tale apparenza. La stessa tradizione giuridica, considerata nella sua evoluzione storica, così come le principali articolazioni dottrinali che l'hanno accompagnata, mostrano in maniera pressoché costante una sostanziale elusione di ogni prospettiva autenticamente naturalistica nei confronti del fatto.

In particolare, ciò che potremmo designare come «fatto puro», ovvero il dato empirico nella sua nudità ontologica, antecedente a qualsivoglia operazione di qualificazione o costruzione normativa, è sistematicamente espunto dal dominio della rilevanza giuridica. Il diritto positivo, così come le sue razionalizzazioni teoriche, presuppone infatti un concetto di fatto già mediato da istanze interpretative, selettive e assiologiche, che ne precludono una considerazione neutrale o immediata. In tal senso, il fatto

non è mai un *dato*, ma sempre un *costrutto* la cui giuridicità non deriva da una pretesa oggettività, bensì dalla sua sussunzione entro una rete di senso normativo.

Tale «fatto puro» viene completamente ignorato e viene considerato fatto c.d. pre-giuridico e, proprio perché pre-giuridico, viene considerato come un «non fatto». Richiamo le parole di Perlingieri secondo il quale «non esiste, dunque, fatto che non riceva una valutazione espressa o implicita nell'ambito dell'ordinamento (...) Taluni asseriscono che vi sarebbero fatti giuridicamente irrilevanti: è una teoria del retaggio del passato (...) I c.d.d. fatti "giuridicamente irrilevanti", in realtà, o sono fatti rilevanti (quali esercizio di libertà) ma non preordinati all'efficacia, oppure non sono fatti (...)»³.

Oppure non sono fatti. Non ogni evento empiricamente accaduto può, in senso proprio, qualificarsi come «fatto» nel linguaggio giuridico. Le celebri parole del maestro napoletano – qui richiamate non per mero omaggio retorico, ma per la loro capacità di condensare, in forma assiologicamente pregnante, un orientamento dominante nella dogmatica giuridica nazionale, esprimono con chiarezza un presupposto teorico di fondo: il fatto, per essere tale nel diritto, deve assumere una rilevanza giuridica, la quale può articolarsi in senso positivo, allorché esso sia preordinato all'efficacia normativa e dunque produttivo, attualmente o potenzialmente, di effetti giuridici, oppure in senso negativo, come manifestazione della libertà del soggetto, e quindi come spazio di irrilevanza normata. Tutto ciò che si colloca al di fuori di questi perimetri rimane ontologicamente pre-giuridico, ovvero non acquisisce lo statuto ontologico di «fatto» per l'ordinamento giuridico.

L'espressione «fatto naturale», se intesa come designazione di un accadimento anteriore a qualsivoglia qualificazione normativa, finisce per risultare internamente contraddittoria. In effetti, tale evento può dirsi «fatto» in senso proprio solo nel momento in cui viene tematizzato e assorbito nel circuito semantico della giuridicità, ossia quando sia riconosciuto come interferen-

³ P. PERLINGIERI, *Il Diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 601 ss.

te, direttamente o mediatamente, con un interesse soggettivo o collettivo giuridicamente protetto. È solo mediante tale riconoscimento, dapprima sul piano assiologico, poi su quello normativo-positivo, che l'evento empirico acquista rilevanza, venendo trasformato da mera occorrenza naturalistica in fatto giuridico.

L'intervento del legislatore, o più in generale della volontà normativa sovrana, non si limita dunque a registrare un dato pre-esistente, bensì costituisce esso stesso il dispositivo ermeneutico e performativo attraverso il quale un accadimento diventa fatto. Ciò implica che la *naturalità* del fatto non è un attributo ontologico, bensì un'espressione secondaria e derivata, che trae la propria significanza dalla relazione che l'evento intrattiene con l'ordine giuridico. In altri termini, l'aggettivo «naturale» che accompagna il sostantivo «fatto» non rinvia a una sua supposta anteriorità gnoseologica o assiologica rispetto al diritto, ma denota piuttosto una tipizzazione giuridica di eventi che si producono indipendentemente dall'agire umano, pur divenendo giuridicamente rilevanti.

Si realizza, in tal modo, un processo di giuridificazione della realtà che si manifesta anche sul piano del linguaggio. L'apparente neutralità semantica della nozione di fatto naturale si dissolve nella consapevolezza che essa è già internamente normativizzata. Da ciò deriva un effetto paradossale: ciò che appare, nella sua dizione, come la forma più immediata della realtà empirica («naturale»), è in realtà una costruzione discorsiva del diritto, che oscura, o almeno relativizza, la pretesa evidenza ontologica dell'evento. La natura, così giuridicamente tematizzata, è già da subito *virtualizzata*: il diritto non si limita a nominare il fatto, ma lo costituisce attraverso l'atto stesso della sua qualificazione normativa.

In conclusione, si può affermare che la qualificazione di un evento come «fatto» non è una mera constatazione, bensì un'operazione costitutiva che implica l'integrazione dell'evento stesso in una rete di relazioni giuridiche. Come ha lucidamente rilevato Perlingieri, ciò che non è giuridicamente rilevante, semplicemente non è fatto, almeno non per il diritto⁴.

⁴ Al fatto naturale viene dato, attraverso una qualificazione giuridica, che mira ad evidenziarne la rilevanza per la vita della comunità, un signifi-

3. Il fatto giuridico

Risulta pressoché superfluo sottolineare come tale assetto concettuale si riveli ancor più problematico, e, al contempo, paradigmaticamente rilevante, allorché si estenda l'analisi ad ulteriori declinazioni della nozione di fatto, largamente impiegate nella prassi ermeneutica sia dottrinale sia giurisprudenziale. Emblematico, in tal senso, è il ricorso alla categoria di «fatto giuridico» che, se letta alla luce della già tematizzata dicotomia epistemologica sottesa alla struttura assiomatica del pensiero giuridico di impianto geometrico-deduttivo, si configura come un'autentica aporia concettuale, se non addirittura come un ossimoro teorico⁵. La coesistenza, nella medesima espres-

cato giuridico, ossia la naturalità del fatto viene qualificata giuridicamente intendendosi per fatti «naturali» «tutti gli eventi giuridicamente rilevanti che accadono nella natura senza partecipazione dell'uomo» A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 360.

⁵ Copiosa la bibliografia sul punto. Si vedano tra gli altri, senza intenzione di essere esaustivi M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, in M. RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al Codice Penale*, Vol. II, Tomo I, Zanichelli, Bologna, 2007; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 3 ss.; A. LEVI, *Fatti e rapporti giuridici (Saggi di teoria del diritto)*, Zanichelli, Bologna, 1924, p. 107; A. MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, W. de Gruyter & Co, Berlin, 1939; E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1929, p. 232; E. ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Cedam, Padova, 1937, pp. 5-78; F. B. CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa*, Fratelli Bocca, Torino, 1909, pp. 29-32; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a ediz., Edizioni Scientifiche Italiane, Roma-Napoli, 1951, p. 200; G. LONGO, *Corso di diritto romano: parte generale. Fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti*, Giuffrè, Milano, 1937; M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1941; P. CALAMANDREI *Studi sul processo civile*, vol. III, Cedam, Padova, 1934, p. 132; ID., *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, p. 15; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici* (1945) ora A. FALZEA (revisione e aggiornamento a cura di), Giuffrè, Milano, 1996; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Foro Italiano, Roma, 1933, p. 14; R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1954, I, p. 331.

sione, di una pretesa oggettività fattuale e di una qualificazione normativa rivela l'irriducibile tensione tra dato e costruzione, tra evento e significato giuridico, imponendo una riflessione critica sullo statuto ontologico e funzionale del fatto all'interno della dogmatica giuridica. Fatto giuridico è tutto ciò a cui una norma giuridica attribuisce un *effetto* giuridico, legato da un rapporto di causalità tra loro, che si riconnette all'ordinamento creando degli effetti per questo rilevanti e da questi previsti e riconosciuti come rilevanti⁶.

E anche quando allo stesso si voglia dare un'ulteriore possibile precisazione, individuando una *species* contenuta nel primo concetto quale *genus*, fatto giuridico acquista comunque un significato analogo a fatto naturale giuridicamente inteso come prima illustrato, ossia «tutto ciò che non è atto, (...) ogni fenomeno temporale che non sia attività volontaria dell'uomo»⁷ ma comunque giuridicamente rilevante. Il fatto, in sintesi estrema,

⁶ Anche sul punto numerosa è la bibliografia, specialmente focalizzata sul concetto di causalità. Anche in questo caso, pur non avendo alcun intento di essere esaustivi, ci sia consentito ricordare i contributi di A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Annali della Università di Macerata*, Macerata, 1929, p. 393 ora in Id., *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 247 ss.; B. CROCE, *La cosiddetta causalità giuridica* in *Conversazioni critiche*, 2ª ediz., Laterza, Bari, 1924, vol. I, p. 224; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, (1939), Edizioni Scientifiche Italiane, Roma-Napoli, 1978; F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934 e (ristampa), Giappichelli, Torino, 1960; G. FOLCHIERI, *Della causalità giuridica*, in *Studi giuridici in onore di Simoncelli*, Jovene, Napoli, 1917, p. 28; G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "Fatto dannoso e conseguenze"*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1, 1951, p. 405 ss.; H. L. A. HART e A. M. HONORÉ, *Causation in the law*, Clarendon Press: Oxford University Press, Oxford, 1959; L. SEVERINO, *La causalità fisica nel diritto*, Levante, Bari, 1958; M. PUNZO, *Il problema della causalità materiale*, Cedam, Padova, 1951; O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1877; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960; P. GASPARRI, *La meccanica del diritto*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, Cedam, Padova, 1950, vol. I, p. 119; V. NEPPI, *Il concetto di causalità giuridica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, V, 1955, p. 600; W. FUCHS, *Fatto e conseguenza giuridica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, VIII, 1928, pp. 44 ss.

⁷ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., pp. 435 ss.

è giuridico in tanto in quanto c'è una legge che lo riveli e rilevi come tale attribuendovi, per l'effetto, la qualifica di giuridico.

4. Il ruolo del concetto di fattispecie

In tale prospettiva, risulta parimenti agevole proporre una lettura concettualmente densa e sistematicamente avvertita della nozione di «fattispecie», la quale, pur non essendo positivamente tipizzata nell'ordinamento vigente, costituisce uno snodo teorico di primario rilievo nell'economia complessiva del discorso giuridico. Il concetto si configura, infatti, come intrinsecamente polisemico, trovando impiego in differenti momenti dell'esperienza giuridica, tanto sotto il profilo descrittivo quanto sotto quello prescrittivo⁸.

La «fattispecie» può essere intesa, in una prima accezione, quale insieme degli elementi di fatto, intesi nella loro dimensione storico-concreta, cui l'ordinamento riconnette rilevanza giuridica, ovvero, in una prospettiva propriamente normativa, come l'insieme dei presupposti astrattamente previsti da una disposizione al fine di condizionarne l'operatività. In tale seconda accezione, la «fattispecie» si configura come un costrutto normativo che individua, in via generalizzata e astratta, gli elementi considerati giuridicamente rilevanti, così da rappresentare la

⁸ Numerosa, anche in questo caso la bibliografia; ci sia consentito evidenziare i seguenti contributi sull'argomento: S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1876, pp. 17 ss.; E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1879, pp. 200 ss.; A. MANNIGK, *Tatsachen (juristische)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* STIER-SOMLO ed ELSTER (a cura di), W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1928, pp. 847 ss.; P. OERTMANN, *Die Rechtsbedingung (condicio iuris)*, Deichert, Leipzig-Erlangen, 1924, pp. 9 e 12 ss.; W. FUCHS, *op. cit.*; A. E. CAMMARATA, *op. cit.*; D. RUBINO, *op. cit.*; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., pp. 3 ss.; M. ALLARA, *op. cit.*, pp. 101 e 123 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 331 ss.; V. NEPPI, *op. cit.*, pp. 600 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, Milano, 1955; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960, pp. 12 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1962, pp. 433 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, pp. 437 ss.

condizione necessaria per la produzione degli effetti giuridici previsti dalla norma.

In ultima analisi, e in senso comprensivo, il termine può denotare quell'insieme di elementi, siano essi fattuali o giuridici, ai quali l'ordinamento riconduce una determinata conseguenza normativa.

Sotto questo profilo, le premesse teoriche sopra delineate trovano nella «fattispecie» una conferma eloquente. Essa, difatti, si rivela quale costrutto concettuale elaborato dalla dottrina a fini eminentemente operativi, con l'obiettivo di fungere da dispositivo di mediazione tra il piano della realtà fattuale e quello della normatività giuridica. Sebbene priva di un fondamento testuale nei codici vigenti, la «fattispecie» assolve dunque alla funzione critica di raccordare il fatto, nella sua irriducibile singolarità, al diritto, mediante un processo di selezione e qualificazione normativa degli elementi fattuali reputati giuridicamente pertinenti.

Tale funzione ermeneutica si esplica con chiarezza nella distinzione tra fattispecie *astratta* e fattispecie *concreta*. La prima corrisponde alla previsione normativa in quanto tale, nella sua struttura tipica e generalizzante: essa individua, in via potenziale, una serie di accadimenti fattuali dotati di rilevanza giuridica, costituendo così una rappresentazione *virtuale* del reale. La seconda, invece, è il risultato dell'applicazione della fattispecie *astratta* al fatto storicamente determinato, con la conseguente selezione e valorizzazione, a opera della norma, di quei soli elementi del reale che risultano conformi al paradigma normativo.

In tal senso, la fattispecie *concreta* è sempre già una costruzione normativa del fatto: è il prodotto di una sovrapposizione selettiva della struttura astratta sulla realtà naturalisticamente intesa, la quale ne perde, per ciò stesso, la sua originaria naturalità. Viene così in evidenza la natura eminentemente giuridica del fatto stesso, che acquisisce rilevanza solo in quanto sottoposto a un processo di normativizzazione.

L'opposizione tra fatto e diritto, lungi dall'essere meramente descrittiva, assume in questo contesto una valenza teorica fondamentale. Essa si manifesta tanto sul piano astratto, nella relazione concettuale tra elemento fattuale e previsione normativa,

comunemente tematizzata dalla dottrina in termini di nesso causale (pur nella consapevolezza che tanto la causa quanto l'effetto sono sempre determinati normativamente), quanto sul piano concreto, ovvero nel contesto processuale in cui il fatto viene giuridicamente ricostruito. Qui la rappresentazione normativa della realtà subisce un'ulteriore mediazione: quella processuale, che si articola secondo regole codificate circa l'onere della prova, le decadenze, le preclusioni e le strategie difensive delle parti.

Ne consegue che il «fatto giuridico processuale» non coincide né con il fatto storico-naturalistico, né con la sua rappresentazione normativa in astratto: esso è piuttosto il risultato di un processo di costruzione regolato e istituzionalizzato, condizionato dall'apparato procedurale e dall'azione degli attori del processo. In tale quadro, la giuridicità del fatto si mostra come esito di un'operazione selettiva, di un *filtro normativo* che, lungi dal riflettere il dato reale nella sua pienezza, ne restituisce una configurazione funzionale al sistema giuridico stesso. Il fatto, dunque, è giuridico solo in quanto giuridicamente *costruito*⁹.

⁹ Numerosi i contributi che si potrebbero rivelare molto utili sull'argomento della ricostruzione del fatto ed in particolare nel processo. Ci sia consentito evidenziare i seguenti: A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise of Legal Justification*, Springer Dordrecht, Dordrecht, 1987; A. GIULIANI, voce *Prova*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988; A. J. REISS, *Longitudinal Study of Trial Courts: A Plea for Development of Explanatory Models*, in *Law & Society Review*, 1990, vol. 24, n. 2; B. LATOUR, *La rhétorique scientifique: qu'est-ce que la force d'un argument?* in F. BAILLY, (a cura di), *Sens et place des connaissances dans la société*, Editions du CNRS, Paris, 1986, pp. 251-287; B. LEITER, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, in *Texas Law Review*, 76, 1997, pp. 267, 273-274; B. PASTORE, *Giudizio, Prova, Ragion Pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996; B. S. JACKSON, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1988; C. J. HOSTICKA, *We Don't Care About What Happened, We Only Care About What is Going to Happen: Lawyer-Client Negotiations of Reality*, in *Social Problems*, 26, 1979, pp. 599-610; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990; C. PERELMAN, *Il dominio retorico*, Einaudi, Torino, 1981; ID., *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978; E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *La sentenza in*

Europa: metodo, tecnica e stile, Atti del Convegno internazionale, Cedam, Padova, 1988; E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000; F. DI DONATO R. ROSCIANO, *La costruzione giudiziaria tra categorie legali e culturali. Note a margine di Minding the Law di Anthony G. Amsterdam e Jerome S. Bruner in Quaderni del Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 237-254; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999; G. ALPA, *Il linguaggio dell'avvocato nella evoluzione dei metodi interpretativi, delle prassi e delle tecnologie*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, MARIANI MARINI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 15-39; G. SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Ashgate, Burlington, 2003; G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1980; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983; J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004; J. FRANK, *Law and The Modern Mind*, Brentano's, New York, 1930; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 1996. J. M. DOYLE, *The Lawyer's Art: "Representation"*, in *Capital Cases*, *Yale Law Journal*, 8, 1996; J. POTTER, *Representing Reality. Discourse, Rhetoric and Social Construction*, Sage, London, 1996; J. WRÓBLESKI, *Motivation de la décision judiciaire*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1988; J.M. CONLEY, W.M. O'BARR, *Just words: Law, Language and Power*, University Chicago Press, Chicago, 1998; J.P. HEINZ, *The Power of Lawyers*, in *Georgia Law Review*, 1983, 17, pp. 891-911; K. LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, University of Chicago Press, Chicago, 1989; M. BESSONE, R. GUASTINI, *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padova, 1995; M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 2000; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, t. 2, sez. 1, Giuffrè, Milano, 1992; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi interpretativi e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999; P. COMANDUCCI, *Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, metodi, modelli*, M. BESSONE (a cura), Giappichelli, Torino, 1999; P. F. SAVONA, *In limine iuris. La genesi extra ordinem delle giuridicità e il sentimento del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; P. MORO, *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Libreria al Segno Editrice, Pordenone, 2004; P. PESCATORE, *L'influence de l'ordinateur sur le style des jugements*, in AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale, Cedam, Padova, 1988; P. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, Jaca Book, Milano, 1989; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998; R. RUBINSON, *Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution*, in *Clinical Law Review*, 2004, 10, pp.

5. Il rapporto tra il fatto e il diritto in una prospettiva geometrica

Alla luce di una prospettiva strutturalmente immanentista e formalistica del diritto, proprio della *geometria legale*¹⁰ appare necessario dislocare l'interrogativo circa il rapporto tra «fatto» e «diritto» al di fuori del paradigma oppositivo che tradizionalmente li concepisce come polarità distinte e, talora, antagoniste. In tale configurazione teorica, non ha più senso parlare di un dualismo tra fatto e diritto; piuttosto, si deve riconoscere l'esistenza di un «fatto *del* diritto», ossia di una fattualità che è tale solo in quanto previamente sussunta, filtrata e qualificata dalla rete concettuale e normativa predisposta dall'ordinamento giuridico.

Ne deriva che la dimensione fattuale, lungi dall'essere una realtà originaria o autonoma rispetto al diritto, risulta costruita e costituita dalla stessa operatività giuridica, la quale esercita un potere selettivo e performativo che neutralizza sin dall'inizio ogni eventuale alterità naturalistica del fatto. In altri termini, il diritto non si limita a ricevere o constatare i fatti dati, ma li *costruisce* come giuridicamente rilevanti attraverso un processo di astrazione normativa, il quale espunge gli elementi privi di rilevanza giuridica e conserva soltanto quelli compatibili con la struttura logico-formale delle sue previsioni astratte.

Pertanto, l'asserita *naturalità* del fatto giuridico si rivela illusoria: i fatti non posseggono alcuna giuridicità intrinseca, ma

833-851; R. WEST, *Jurisprudence as Narrative: an Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory*, in *New York University Law Review*, 1985, 60, p. 145; S.L. WINTER, *The Cognitive Dimension of the Agon Between Legal Power and Narrative Meaning*, in *Michigan Law Review*, 1988-1989, p. 87; T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1979; V. AUBERT, *Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution*, in *The Journal of Conflict Resolution*, vol. VII, 1963, n. 1, pp. 26-42; W.L. BENNETT - M.S. FELDMAN, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgement in American Culture*, Rutgers University Press., New Brunswick, N.J. 1981; W.L. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, *The Emergence and Trasformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3-4, 1980-81, pp. 631-654.

¹⁰ Il termine è stato coniato da Francesco Gentile che constata la particolare fiducia di Thomas Hobbes per la geometria.

sono tali esclusivamente nella misura in cui il diritto, nella forma della legge o di altra fonte normativa, li costituisce come oggetti giuridicamente significativi. La giuridicità, in questa prospettiva, non è una proprietà ontologica del fatto, ma una qualifica *attribuita* da un sistema normativo che opera attraverso atti di qualificazione e inclusione secondo criteri propri e autonomi.

6. Sulla possibilità di superare la visione geometrica

Nell'ambito dell'analisi sin qui condotta, appare opportuno interrogarsi circa la possibilità che taluni concetti, pur nella loro ambiguità semantica e nella loro natura problematicamente ibrida, possano offrire strumenti utili a una revisione critica dell'impianto teorico di una concezione marcatamente formalistica del diritto.

In particolare, due nozioni paiono assumere una valenza euristica tale da incrinare, e forse sovvertire, le premesse fondamentali di una simile visione: da un lato, l'idea di «fatto normativo»; dall'altro, la categoria, concettualmente ambivalente, di «effettività».

In primis l'idea del c.d. «fatto normativo»¹¹, consente di cogliere l'irruzione della dimensione fattuale entro lo spazio del

¹¹ Tra gli autori che si sono occupati del fatto normativo, senza velleità di essere esaustivi, si possono ricordare A. GUARINO, *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 71, 1956, pp. 413-428; A. LEBRUN, *La coutume. Ses sources, son autorité en droit privé, Contribution a L'etude Des Sources Du Droit Positif a L'epoque Moderne*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, pp. 17-139; C. E. BALOSSINI, *Il diritto delle consuetudini e degli usi*, Giuffrè, Milano, 1974; E. PARESCHE, *La genesi ideale del diritto. Saggio sull'attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, Giuffrè, Milano, 1938; F. DEgni, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana*, in *Studi in onore di C. Fadda*, Editore Luigi Pierro, Napoli, 1906; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, Librairie Générale de droit & de Jurisprudence, Paris, 1919, p. 409; G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Giuffrè, Milano, 1950; I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione* in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Zanichelli, Bologna, 1906, pp. 111 ss.; J. CHARMONT, *La coutume contre la loi*, in *Revue de métaphysique et de morale*, 24, n. 4, 1917, pp. 469-476; M. RÜMELIN, *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung*, Tübingen, 1929; N. BOBBIO,

giuridico non già come semplice antecedente causale, bensì come momento costitutivo, se non addirittura fondativo, della normatività stessa. In questa prospettiva, fenomeni quali la rivoluzione, quale evento capace di instaurare *ex novo* un ordine giuridico mediante la forza della propria efficacia storico-politica, lo stato di necessità, che, pur in contrasto con la legalità formale, genera effetti giuridici irreversibili, nonché la consuetudine, quale prassi sociale reiterata accompagnata, secondo l'approccio maggioritario, dalla *opinio iuris ac necessitatis*, si impongono come esemplificazioni emblematiche di una genesi giuridica intrinsecamente connessa alla realtà del fatto.

Tali fenomeni, infatti, manifestano una capacità ordinante che sfugge alle categorie della normatività pura, imponendosi spesso oltre o contro la volontà dell'ordinamento formale e rivelando, in tal modo, la persistenza di una giuridicità immanente nella fattualità sociale.

In secondo luogo, forse, se letta in una determinata prospettiva, l'idea di «effettività»¹², concetto che si presta a una duplice

voce *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 428 ss.; S. ROMANO, *Consuetudine*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947; V. CRISAFULLI, *Variazione sul tema delle fonti con particolare riguardo alle consuetudini*, in *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, III, Giuffrè, Milano, 1967; V. FRANCESCHELLI, voce *Consuetudine (diritto moderno)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, Utet, Torino, 1981; G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, vol. 2, Palm, Erlangen, 1828-1837; F. FLUMENE, *La consuetudine nel suo valore giuridico*, Ed. P. Gen., Sassari, 1925; M.S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXIV, 1947, p. 92; J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, J. Murray, London, 1885, pp. 536-537; O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885; R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique*, Recueil Sirey, Paris, 1928; N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942; A. TESAURO, *La consuetudine*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1955, I, pp. 189-207; C. K. ALLEN, *Law in the Making*, Clarendon Press, Oxford, 1946, p. 378.

¹² Molti i contributi sull'argomento. Anche in questo caso senza voler dare un'indicazione completa della bibliografia in materia, ci si consentito indicare, tra gli altri, i seguenti contributi: A. LEVI, *Istituzione di teoria generale del diritto: Lineamenti d'una critica della conoscenza dogmatica del diritto*, Cedam, Padova, 1935, pp. 33, 226; A. BARATTA, *Tra idealismo e realismo. A proposito della filosofia del diritto di Widar Cesarini Sforza*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII, 1965, pp. 421-456;

lettura teorica. Nella sua accezione kelseniana, di matrice formalistico-geometrica, l'effettività rappresenta condizione di validità della norma giuridica: essa costituisce, in tal senso, un criterio di appartenenza al sistema normativo e non un fondamento esterno. Tuttavia, un'interpretazione alternativa, e radicalmente diversa, potrebbe concepire l'effettività come manifestazione di una forza ordinante pre-normativa, ovvero come espressione di una capacità del «fatto», inteso nella sua consistenza materiale e storica, di produrre effetti giuridici indipendentemente dalla mediazione di un atto di qualificazione formale. In quest'ottica, il fatto precederebbe la norma non solo cronologicamente, ma anche assiologicamente, configurandosi quale elemento gene-

A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1980; E. PARESCE, *Diritto, Norma, Ordinamento*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIII, Roma, 1933, p. 205; F. MODUGNO, *Appunti per una Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 48, 51; F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, Terzo Millennio Edizioni, Napoli, 1999, pp. 60-61; G. DEL VECCHIO, *Diritto e Istituzione*, 1921, ora in *Studi sul diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958; G. M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. a cura di M. G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1966; M. HAURIOU, *Precis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1923, pp. 75 ss.; N. BOBBIO, *La teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958; ID., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960; O. F. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Weidmann, Berlin, 1866; S. CASSESE, *Ipotesi su la formazione dell'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946; ID., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, 1, Roma, 1902, pp. 229-243 e pp. 293-308; V. E. ORLANDO, *Intorno alla crisi mondiale del diritto, la norma e il fatto*, in *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, in *Scritti giuridici vari*, Giuffrè, Milano 1955, p. 301; V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1973; C. GORETTI, *Istituzioni in senso tecnico ed istituti giuridici nella concezione realistica di Santi Romano*, in *Annali della Università di Ferrara*, Vol. VIII, Anni accademici 1948-49 e 1949-50, pp. 183-199; V. ITALIA, *L'interpretazione sistematica delle norme e dei valori*, Giuffrè, Milano, 1970; W. CESARINI SFORZA, *Norma giuridica e struttura sociale*, in *Atti del IV congresso nazionale di filosofia del diritto (Pavia, 19-13 Ottobre 1959)*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 127 ss.

rativo del diritto, piuttosto che suo semplice presupposto empirico.

Una volta acquisita la consapevolezza che l'adozione di una visione geometrica del diritto, incentrata sulla coerenza formale e sull'autonomia sistematica, comporta l'esclusione necessaria del fatto, reale, empirico, storico, dallo spazio del giuridico, risulta inevitabile interrogarsi sulla sostenibilità teorica di tale esclusione. Se, infatti, tale impostazione garantisce un'elevata stabilità concettuale e una rassicurante linearità dogmatica, essa rischia altresì di produrre un'inaccettabile distanza dalla concreta esperienza giuridica, la quale, viceversa, è costantemente intessuta di elementi fattuali, politici, sociali.

Ne consegue, pertanto, la necessità di una riconsiderazione critica dell'intero paradigma teorico dominante: un ripensamento che, lungi dal voler rinunciare a ogni esigenza sistematica, mira a superare l'antinomia fra fatto e diritto attraverso un'operazione di riconcettualizzazione della normatività, capace di includere, piuttosto che escludere, le dinamiche generative del reale. I concetti di «fatto normativo» ed «effettività», se assunti come strumenti analitici e non come categorie cristallizzate, possono offrire il necessario supporto teoretico per una tale impresa, inaugurando una possibile via d'uscita dalla dicotomia, forse solo apparente, tra legalità formale e legittimità materiale.

(VIII)

Dall'insipienza del legislatore alla saggezza correttiva della giurisprudenza

SOMMARIO: 1. Il sovraindebitamento. Le origini. – 2. Il «disorientamento giurisprudenziale» e il «disordine concettuale» di fronte alla novità legislativa. I motivi. – 3. Il coacervo normativo della riforma e il disagio degli operatori. – 4. La conclusione dell'iter legislativo di riforma. – 5. Il ravvedimento tardivo del nostro legislatore. – 6. Le diverse soluzioni giurisprudenziali alle difficoltà interpretative. – 7. I primi approcci giurisprudenziali e la logica «fallimentare» – 8. L'interpretazione endosistemica della Legge 3/2012 – 9. Brevi note conclusive.

1. Il sovraindebitamento. Le origini

La legge 27 gennaio 2012 n. 3, nel momento della sua introduzione, rappresenta certamente una novità nel panorama legislativo italiano e si è posta come un'autentica rivoluzione nella logica delle situazioni giuridiche di sovraindebitamento.

Si deve dire che il problema del sovraindebitamento ha, in realtà, radici storico-culturali molto profonde ed ha avuto dei precedenti molto risalenti nel tempo, a testimonianza che tale problematica è da sempre presente nella realtà economico e sociale delle comunità.

Aristotele, nella Costituzione degli Ateniesi, nell'illustrare le riforme di Solone, spiega come lo stesso introdusse una serie di riforme miranti a ridurre l'indebitamento delle fasce sociali povere e, soprattutto le perniciose conseguenze di questa diffusa realtà, giungendo a prevedere un vero e proprio «condono dei debiti», la *σεισάχθεια* con cui appunto si liberava il popolo dal peso dei debiti¹.

¹ ARISTOTELE, *Costituzione degli Ateniesi*, 6. *Le riforme di Solone*. «Κύριος δὲ γενόμενος τῶν πραγμάτων Σόλων τὸν τε δῆμον ἡλευθέρωσε καὶ ἐν τῷ παρόντι καὶ εἰς τὸ μέλλον, κωλύσας δανείζειν ἐπὶ τοῖς σώμασιν, καὶ νόμους ἔθηκε καὶ χρεῶν ἀποκοπὰς ἐποίησε, καὶ τῶν ἰδίων καὶ τῶν δημοσίων, ἃς σείσάχθειαν καλοῦσιν, ὡς ἀποσεισάμενοι τὸ βάρος. ἐν οἷς πειρῶνται τινες διαβάλλειν αὐτόν· συνέβη γάρ τῷ Σόλωνι μέλλοντι ποιεῖν τὴν σείσάχθειαν προειπεῖν τισὶ τῶν γνωρίμων, ἔπειθ' ὡς μὲν οἱ δημοτικοὶ λέγουσι,

Ma anche in epoca romana vi fu una particolare attenzione al problema. Lo stesso Giulio Cesare, infatti, affrontò il problema del sovraindebitamento e cercò di trovare una soluzione che contemperasse – in questo caso - gli interessi dei creditori e dei debitori e preservasse la stabilità della convivenza sociale in un periodo di forte crisi².

παραστρατηγηθῆναι διὰ τῶν φίλων, ὥς δ' οἱ βουλόμενοι βλασφημεῖν, καὶ αὐτὸν κοινωνεῖν. δανεισάμενοι γὰρ οὗτοι συνεπρίαντο πολλὴν χώραν, καὶ μετ' οὐ πολὺ τῆς τῶν χρεῶν ἀποκοπῆς γενομένης ἐπλούτουν. ὅθεν φασὶ γενέσθαι τοὺς ὕστερον δοκοῦντας εἶναι παλαιοπλούτους. οὐ μὴν ἀλλὰ πιθανώτερος ὁ τῶν δημοτικῶν λόγος· οὐ γὰρ εἰκὸς ἐν μὲν τοῖς ἄλλοις οὕτω μέτριον γενέσθαι καὶ κοινόν, ὥστ' ἐξὼν αὐτῷ τοὺς ἐτέρους ὑποποιήσασθαι τυραννεῖν τῆς πόλεως, ἀμφοτέροις ἀπεχθέςθαι καὶ περὶ πλείονος ποιήσασθαι τὸ καλὸν καὶ τὴν τῆς πόλεως σωτηρίαν ἢ τὴν αὐτοῦ πλεονεξίαν, ἐν οὕτῳ δὲ μικροῖς καὶ ἀναξίοις καταρρυπαίνειν ἑαυτόν. ὅτι δὲ ταύτην ἔσχε τὴν ἐξουσίαν, τὰ τε πράγματα νοσοῦντα μαρτυρεῖ, καὶ ἐν τοῖς ποιήμασιν αὐτὸς πολλαχοῦ μέμνηται, καὶ οἱ ἄλλοι συνομολογοῦσι πάντες».

La traduzione del brano, che testimonia la storica origine della questione ma anche la problematicità dei risvolti della stessa può essere la seguente: «divenuto padrone della situazione politica Solone liberò il popolo sia nel presente sia per il futuro, impedendo di prestare danaro con ipoteca delle persone fisiche, e istituì delle leggi e fece condoni di debiti, sia di quelli privati sia di quelli pubblici, che chiamano *σεισάχθεια*, come se avessero scosso via il peso. E in ciò alcuni tentano di calunniarlo: capitò infatti a Solone, quando stava per fare la *σεισάχθεια*, di dirlo prima ad alcuni dei conoscenti, e poi, come dicono i popolari, di essere ingannato attraverso gli amici, come invece coloro che vogliono screditarlo, di approfittarne anche lui. Costoro infatti avendo chiesto denaro in prestito acquistarono molti terreni e dopo non molto, avvenuto il condono dei debiti, si ritrovarono ricchi. E da ciò dicono che abbiano avuto origine coloro che in seguito sembrarono essere ricchi da antica data. Tuttavia (è) più credibile la versione dei popolari: infatti non (è) verisimile che da una parte nelle altre azioni egli si sia rivelato così moderato ed equo che, pur essendogli possibile essere tiranno della città sottomettendo gli altri, si sia astenuto da entrambe le cose ed abbia considerato il bene e la salvaguardia della città più importante rispetto al proprio vantaggio, e dall'altra si sia sporcato in così piccole e indegne faccende. Ma che egli abbia avuto questa possibilità, lo testimonia la difficile situazione politica e lui stesso nelle composizioni lo rammenta in molti punti, e gli altri lo ammettono concordemente tutti».

² Nel *De Bello Civili* di Giulio Cesare al Libro 3, Par. I, si legge infatti «*Dictatore habente comitia Caesare consules creantur Iulius Caesar et P. Servilius: is enim erat annus, quo per leges ei consulem fieri liceret. His rebus confectis, cum fides tota Italia esset angustior neque creditae pecuniae solverentur, constituit, ut arbitri darentur; per eos fierent aestimationes*

Anche da un punto di vista dottrinale, l'esigenza di una soluzione alla crisi debitoria del singolo, soprattutto nei suoi risvolti economico e sociali, era sentita da tempo se pensiamo che sin dal 1928 Cesare Vivante, parlando del fallimento civile, ammoniva come «un fallito che deve lavorare per tutta la vita per pagare i debiti arretrati perde ogni energia: è un cittadino perduto»³.

2. Il «disorientamento giurisprudenziale» e il «disordine concettuale» di fronte alla novità legislativa. I motivi

Inutile dire che la novità teoretica della legge, ha comportato un inevitabile rallentamento nella sua applicazione concreta e pratica, in quanto si è posta come un istituto nuovo relativamente al quale i Giudici ma anche, e ancor di più, le categorie professionali, degli avvocati e dei commercialisti, hanno trovato una iniziale (e non tanto limitata nel tempo) difficoltà di approccio, di comprensione e di analisi applicativa⁴.

Ma in realtà tale *disorientamento giurisprudenziale e disordine concettuale* non viene sanato da un ordine interpretativo e argomentativo della dottrina che, in materia, si è orientata in modo altrettanto diverso e variegato.

possessionum et rerum, quanti quaeque earum ante bellum fuisset, atque hac creditoribus traderentur. Hoc et ad timorem novarum tabularum tollendum minuendumve, qui fere bella et civiles dissensiones sequi consuevit, et ad debitorum tuendam existimationem esse aptissimum existimavit».

³ C. VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale, Appendice al "fallimento civile"*, Vallardi, Milano, 1928, p. 323. Tra l'altro, all'epoca, con Decreto Ministeriale 8 novembre 1919 fu nominata una apposita Commissione che elaborasse la riforma del Codice di Commercio la quale, aveva proposto «l'istituzione di una procedura collettiva di concorso per tutti i cittadini, commercianti e non commercianti».

⁴ Ciò che colpisce nell'analisi della Giurisprudenza in materia in sede di prima applicazione, giurisprudenza necessariamente (e quasi esclusivamente) di merito, è l'assoluta iniziale varietà delle soluzioni date e delle motivazioni addotte a sostegno delle dette prospettate soluzioni, laddove queste siano riportate in maniera ampia ed argomentata.

Le stesse questioni trattate vengono affrontate e risolte in modo alquanto diverso dai diversi Tribunali. Valutazioni, ad oggi, difficilmente contestabili, se non altro da un punto di vista Costituzionale, per un basilare ed elementare principio dell'autonomia e l'indipendenza del giudizio del magistrato.

Bisogna dire, ad ogni modo, che le difficoltà interpretative e applicative trovano giustificazione proprio nell'articolato normativo, nato dal sovrapporsi di modifiche tra loro slegate e disorganiche.

Possiamo, infatti, dire che la legge 3/2012 è il paradigma della insipienza del nostro legislatore e della sua tecnica legislativa. Già il dato temporale e cronologico con cui la legge viene emanata è sintomatico. Era dal lontano 1992⁵ che l'Unione Europea aveva emanato una serie di direttive, regolamenti, studi, ricerche finalizzate alla tutela e alla soluzione della grave crisi di indebitamento della famiglia e del consumatore.

Malgrado i numerosi e ripetuti inviti⁶ ad adeguare la propria normativa interna e ad elaborare soluzioni atte a risolvere quello che a livello europeo appariva già un fenomeno sociale preoccupante, per anni l'Italia è stata silente. Un silenzio francamente normativamente e politicamente a dir poco imbarazzante.

Solo nel 2009, dopo l'ennesimo invito dell'Unione, l'Italia inizia un lungo e periglioso iter parlamentare⁷ che dura tre anni (dal 2009 al 2012) e al termine del quale dà vita ad una legge che, però, non si occupa del sovraindebitamento della famiglia e del consumatore.

La normativa originaria, nella sua prima stesura, del 2012, infatti, non si preoccupa di regolamentare un piano riservato al consumatore né prevede l'istituto della liquidazione del patrimonio, istituti che saranno entrambi introdotti in un secondo momento.

⁵ Il primo invito di origine europea ad attenzionare il problema del sovraindebitamento dei consumatori è infatti datato 1992. Con la Risoluzione del Consiglio del 13 luglio 1992 sulle future priorità per lo sviluppo della politica di protezione dei consumatori (92/C 186/01), il Consiglio indica tra le priorità per la politica di protezione e di promozione degli interessi dei consumatori proprio l'esame «dell'eccessivo indebitamento dei consumatori».

⁶ Nel corso degli anni successivi numerosi sono stati gli atti formali dell'Unione diretti ad invitare i paesi membri ad elaborare soluzioni al problema diffuso e per auspicare una armonizzazione della normativa tra i singoli paesi. In particolare, significativi sono stati i pareri del Comitato economico e sociale.

⁷ La Commissione incaricata è stata la II Commissione (Giustizia), presieduta da Giulia Bongiorno.

L'unico istituto previsto da questa prima stesura è quello dell'accordo di composizione della crisi, che in qualche modo imita l'istituto del concordato di fallimentare memoria, ma che è di fatto, viste le modalità legate alla procedura e soprattutto al diritto di voto dell'accordo, inapplicabile al consumatore⁸.

Tale inadeguatezza era stata probabilmente avvertita al punto tale che, nelle more della definitiva approvazione del testo, il Governo Monti ha emanato⁹, il decreto legge 22.12.2011 n. 212, «Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile» il cui testo riproduceva sostanzialmente le disposizioni già approvate dalla Camera ed introduceva alcune novità.

Intervento questo che se poteva apparire da un punto di vista sostanziale assolutamente necessario e condivisibile, da un punto di vista di tecnica legislativa era per converso del tutto criticabile; questo decreto, infatti, introduceva nel dicembre 2011, in via d'urgenza, nel sistema normativo una integrazione ad una normativa che doveva essere ancora emanata, con una modalità (quella appunto del decreto legge) che poteva essere soggetta a modifiche in sede di conversione o, addirittura, alla mancata conversione.

3. Il coacervo normativo della riforma e il disagio degli operatori

Quindi da dicembre 2011 era in vigore una normativa sul sovraindebitamento, grazie al citato decreto legge n. 212, da Gennaio 2012 si aggiungeva la regolamentazione ordinaria, ossia l'originaria versione della legge 3 del 2012, di cui il decreto

⁸ La regolamentazione dell'accordo, infatti, prevede che al voto partecipino solamente i titolari di crediti non privilegiati. Nel caso del consumatore, nella maggioranza dei casi, per non dire la quasi totalità, il debito principale è quello del mutuo per l'acquisto della casa di abitazione familiare, che per sua ovvia natura è privilegiato e garantito da ipoteca sull'unico bene di valore della famiglia. Ne consegue che l'accordo non viene votato dal creditore privilegiato che, però, è anche il principale creditore, rendendo di fatto inapplicabile l'istituto.

⁹ La motivazione (o giustificazione) ufficiale fu quella secondo la quale il Governo Monti aveva ritenuto di dover accelerare l'introduzione dell'innovativo procedimento per la risoluzione delle crisi da sovraindebitamento.

legge del dicembre 2011 era in realtà integrazione, integrazione che avrebbe potuto di lì a poco essere modificata o perdere addirittura valore.

Cosa che purtroppo accadde, creando ancor più disagio agli operatori del diritto. Dobbiamo spiegare, infatti, che lo stato ormai avanzato dell'iter di approvazione della legge ordinaria sul sovraindebitamento nella sua prima stesura, ha determinato il Parlamento, trovatosi a scegliere tra la conversione del decreto legge e l'approvazione del disegno di legge di iniziativa parlamentare (ossia quella che sarà poi la legge 3) a preferire l'iter ordinario.

Da un lato, infatti, si provvide ad accelerare i tempi di approvazione e pubblicazione nella G.U. del 30 gennaio 2012 la legge n. 3 del 2012, destinata ad entrare in vigore il 29 febbraio 2012.

Dall'altro, con la legge n. 3 del 2012 già pubblicata, ma non ancora entrata in vigore, la Commissione Giustizia del Senato aveva inizialmente ritenuto di poter utilizzare l'iter di conversione del decreto legge per correggere alcuni aspetti della (futura ma imminente) legge 3 del 2012; il Senato, infatti, aveva predisposto una copiosa serie di modifiche al testo originario del decreto legge. In particolare, il testo del disegno di legge di conversione trasmesso dal Senato introduceva sostanziali modifiche alla legge n. 3 del 2012, con riguardo alle crisi da sovraindebitamento in generale, con specifico riferimento al consumatore.

La Commissione giustizia della Camera, però, comprendendo che le sostanziose modifiche proposte mal si conciliavano con i tempi ristretti della conversione di un decreto legge, prese la risolutiva ma certamente condivisibile decisione di eliminare dal decreto legge tutti gli interventi sulla materia, come si evince anche dal resoconto della Commissione del 7 febbraio 2012 e dalla relazione presentata all'Assemblea¹⁰, invitando il Governo

¹⁰ Nella relazione letta dal Relatore, On. Francesca Ciliuffo si legge chiaramente questo rammarico. «Nonostante la complessità del tema oggetto del decreto legge, alla Commissione sono infatti stati lasciati solo tre giorni per esaminare il testo prima di trasmetterlo all'Assemblea. Questo significa che, come è stato più volte sottolineato anche durante l'esame in sede referente, alla Commissione, e più in generale alla Camera dei deputati, è stata di fatto sottratta ogni possibilità di modificare le disposizioni del decreto legge. Tutti i gruppi in Commissione giustizia, con la sola eccezione di Popolo e

a provvedere eventualmente presentando un apposito disegno di legge¹¹.

4. La conclusione dell'iter legislativo di riforma

Se l'iter con cui l'Italia si stava adeguando alle sempre più sollecite indicazioni europee, era risultato molto accidentato fino a quel momento, possiamo dire che la parte finale di questa procedura conferma la difficoltà del nostro legislatore a recepire l'istituto.

Anziché dar vita, contestualmente allo stralcio in sede di conversione del decreto legge 212/2011, di un progetto di legge di iniziativa governativa, che avesse prospettive di giungere ad una definitiva e coordinata regolamentazione complessiva della materia, salvando le modifiche che il Senato aveva elaborato e cercato di introdurre al certamente riduttivo risultato dell'originaria versione della Legge 3/2012, si dovette attendere nuovamente il mese di ottobre del 2012 perché il Governo si ravvedesse e riconoscesse la propria perdurante latitanza e cronico ritardo e, per l'effetto, si occupasse, ancora una volta, ma sempre in via d'urgenza, del problema.

Fu infatti emanato il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 la cui epigrafe è «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese».

Quale potesse essere - da un punto di vista giuridico costituzionale - il motivo d'urgenza che giustificasse il ricorso ad un decreto legge per la materia del sovraindebitamento, atteso quanto siamo venuti sino ad ora illustrare - è di difficile comprensione.

Certamente, anche in questo caso, il nostro legislatore ha perduto l'occasione di dar vita ad una legge organica ed equilibrata,

Territorio, hanno ritenuto del tutto irrilevante la circostanza che vi siano ancora i tempi tecnici per un'ulteriore lettura da parte del Senato.

Si tratta di una possibilità di modifica meramente teorica, in quanto in realtà vi è l'impossibilità di esaminare in maniera adeguatamente approfondita il decreto legge e in particolare tutta la disciplina contenuta nei capi 1 e 1-bis, che si riferisce alla complessa tematica del sovraindebitamento».

¹¹ Lo stesso titolo del decreto legge fu ridotto e cambiato nel convertito «Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile».

frutto di una profonda riflessione e non di una redazione frettolosa.

Tale limite della disposizione, lo si percepisce con chiarezza quanto si leggono le parole con cui viene motivata l'urgenza del decreto legge emanato: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare ulteriori misure per favorire la crescita, lo sviluppo dell'economia e della cultura digitali, attuare politiche di incentivo alla domanda di servizi digitali e promuovere l'alfabetizzazione informatica, nonché per dare impulso alla ricerca e alle innovazioni tecnologiche, quali fattori essenziali di progresso e opportunità di arricchimento economico, culturale e civile e, nel contempo, di rilancio della competitività delle imprese».

Come risulta *per tabulas*, in questo decreto legge si parla di agenda digitale, amministrazione digitale, semplificazione amministrativa, assicurazioni e mutualità, ricerca, innovazione e comunità intelligenti, e poi, improvvisamente (sarebbe meglio dire improvidamente) si rinvergono nel testo del decreto legge due articoli, uno dedicato alle modifiche della legge fallimentare e uno – l'art. 18 appunto - «Modificazioni alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, e all'articolo 217-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (esenzione dai reati di bancarotta)» che, poi sarà ulteriormente modificato in sede di conversione, con cui si introducono una serie di modifiche alla legge 3/2012 e soprattutto ci si occupa, è il caso di dirlo, finalmente, del consumatore¹², introducendo un ulteriore procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento denominato «piano del consumatore».

Inoltre, il decreto legge detta una serie di regole comuni ad entrambi i procedimenti (ossia accordo di composizione della crisi e piano del consumatore) che riguardano il contenuto dei piani, introducendo il possibile pagamento parziale dei creditori privilegiati¹³.

¹² L'articolo 18 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito dalla legge 221/2012, ha riformato il Capo II della legge 3/2012, sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento, seguendo le indicazioni a suo tempo date dal Governo.

¹³ Rimangono esclusi determinati crediti tributari e previdenziali, dei quali è possibile la sola dilazione di pagamento.

Infine, l'articolo 18 introduce poi la possibilità di una procedura alternativa, di liquidazione dei beni del debitore, sia esso consumatore o non consumatore, che, ricorrendone alcuni presupposti stringenti circa la meritevolezza, richiesta al medesimo debitore, previo specifico giudizio del tribunale, può portare all'esdebitazione per i crediti non soddisfatti.

5. Il ravvedimento tardivo del nostro legislatore

È di lapalissiana evidenza il fatto che la tecnica legislativa usata dal nostro legislatore nella formazione dell'articolato normativo della legge sul sovraindebitamento è criticabile. L'iter legislativo già inizia il proprio cammino con un ritardo ingiustificato rispetto alla tradizione normativa internazionale e, in particolar modo, continentale europea. La tradizione normativa internazionale aveva da tempo visto l'intervento degli Stati Uniti, risalente al 1938 (con il *Bankruptcy Act*) ma poi precisato e attualizzato con una più puntuale regolamentazione nel 1978 (con il c.d. *Bankruptcy Reform Act*).

In Europa, anche la Gran Bretagna, all'inizio degli anni Settanta si era attenzionata al problema, ed aveva poi emanato l'*Insolvency Act* del 1986. Ma anche altri paesi europei avevano da tempo regolamentato la materia. La Danimarca nel 1984, la Francia nel 1989 con la legge 31.12.1989 n. 1010, la Germania nel 1994 e la Spagna con la legge 1.9.2004.

Il ravvedimento operato dal nostro legislatore, oltre ad essere comunque tardivo (ricordiamo che l'iter legislativo inizia nel 2009 con ben 15 anni di ritardo rispetto agli inviti dell'Europa), è caratterizzato da una metodologia forse ancor più criticabile, lasciata in gran parte alla decretazione d'urgenza, in parte modificata in sede di conversione, che viene a sovrapporsi alla regolamentazione ordinaria.

La stessa numerazione degli articoli risente di questo procedimento di sovrapposizione normativa ma, soprattutto, si esprime in un contenuto disarticolato e di contraddittoria lettura.

Tale critica viene svolta in quanto si ritiene del tutto inappropriato il metodo usato ma, soprattutto, in quanto foriero di una legislazione improvvisata, contraddittoria e di difficile ap-

plicazione. Regolamentazione che mal si adatta alla particolare materia che viene chiamata a regolamentare.

6. Le diverse soluzioni giurisprudenziali alle difficoltà interpretative

La tecnica legislativa usata è stata una delle cause principali di quello che in premesse abbiamo indicato come il *disorientamento giurisprudenziale*, ossia la difficile e contraddittoria opera della giurisprudenza di merito in sede di prima applicazione. Se una legge è nuova (per non dire rivoluzionaria), e nuova è la *ratio* che la stessa viene ad esprimere, l'espressione della stessa dovrebbe essere molto precisa e tecnicamente ineccepibile proprio per evitare delle difficoltà e dei significativi contrasti giurisprudenziali in sede di applicazione e questo per esplicitare le proprie finalità all'interprete e ai destinatari di questa *rivoluzione*. Tanto più oscuro e contraddittorio è il linguaggio usato, tanto più difficile è avere una interpretazione omogenea nei vari Tribunali. E, come detto, questo è quanto è accaduto, visto che le diverse anche se sporadiche (attesa l'originaria scarsa diffusione della materia) pronunce dei giudici di merito sono state caratterizzate da un'ampia eterogeneità, che rende ancora più problematica la materia del sovraindebitamento.

Il vero problema che ci si deve porre, quindi, a questo punto dell'indagine, non è tanto la valutazione della soluzione data ai singoli casi dalle singole pronunce e alla valutazione critica delle varie soluzioni prospettate dai vari Tribunali che si sono occupati della materia in quei mesi, in quanto è evidente che gli stessi si sono orientati nei singoli casi, affidandosi a logiche e criteri interpretativi e argomentativi diversi.

Dall'analisi delle diverse pronunce di merito si devono trarre una serie di considerazioni non tanto sulle soluzioni che sono state prospettate ma sul metodo e le modalità con cui la giurisprudenza si è orientata in un determinato modo di fronte ad una normativa nuova.

Una prima considerazione che si può svolgere, leggendo i vari provvedimenti, è altamente preoccupante. Ipotesi non infrequente, le pronunce contengono delle interpretazioni normative, espresse senza dare contezza dei motivi in senso lato della deci-

sione e, ancor prima, senza dare contezza dei criteri argomentativi usati a sostegno della data interpretazione.

E l'indicazione del criterio argomentativo è necessaria perché condiziona inevitabilmente il risultato dell'interpretazione. Questo per regola linguistico lessicale prima ancora che giuridica. Ne consegue che una decisione, che anche potrebbe essere corretta, non è valutabile se non prospetta il criterio argomentativo che la sorregge.

E, trattandosi di una materia nuova, tale indicazione è ancor più necessaria perché non è possibile affidarsi a criteri interpretativi consolidati preesistenti. Il non poter valutare (e quindi anche condividere) una pronuncia la rende sostanzialmente arbitraria. La scelta immotivata ed arbitraria del criterio argomentativo e interpretativo, infatti, rischia di portare a risultati altrettanto immotivati e arbitrari e, quindi, sol per questo criticabili.

Una ulteriore considerazione generale può essere svolta relativamente all'aspetto metodologico. Spesso nelle pronunce che sono state emanate, si ricorre al criterio interpretativo e argomentativo consolidato, ma che riguarda un altro settore già normato da tempo, ricorso a concetto che, ad ogni modo, è certamente più rassicurante. L'esempio tipico di questo approccio è quello relativo al concetto centrale di consumatore.

In sede di prima applicazione più di qualche Tribunale era ricorso al consolidato orientamento interpretativo circa l'idea di consumatore nel diritto bancario. Il Tribunale Bergamo, con una propria decisione 12 Dicembre 2014 (Est. Laura Giraldi) infatti affermava che «come ormai costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte Europea e della Corte di cassazione in materia di rapporti bancari (per tutte Cass. 25212/2011), ai fini dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore, si applica il principio secondo il quale la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore. Conseguentemente, non può essere ammesso al beneficio del sovraindebitamento il soggetto gravato da obbligazioni derivanti anche e soprattutto dalla prestazione di garanzie personali (nella specie fideiussioni) nell'interesse di società esercente attività di impresa»¹⁴.

¹⁴ Tribunale Bergamo, 12 Dicembre 2014 (Est. Laura Giraldi).

La logica di questa pronuncia partiva dalla considerazione del fatto che la definizione che la legge 3/2012 fornisce di «consumatore» (quel debitore che sia persona fisica e che abbia assunto obbligazioni «esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta») ricalca sostanzialmente quella di cui all'art. 3 del codice del consumo, dlgs 206/2005, secondo il quale è consumatore «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

In realtà, date le premesse già svolte circa l'*iter* che ha portato all'approvazione dell'articolato normativo, tale assonanza (perché, comunque, solo di assonanza si tratta e non di identica definizione) appare più dovuta ad una sorta di *indolenza intellettuale* del nostro legislatore che ad una volontà di adeguare le relative discipline.

Non dimentichiamo che, quando l'Unione Europea parlava di sovraindebitamento, tendenzialmente usava il termine «famiglia» e non solo il termine «consumatore»¹⁵. Circostanza che sta già ad indicare un diverso soggetto debole alla cui tutela la normativa deve rivolgersi.

Ad ogni modo, da un punto di vista concettuale, si possono usare le medesime categorie e, di riflesso, i medesimi criteri interpretativi utilizzati per quelle categorie solo se i due istituti (apparentemente simili) appartengono a due settori normativi che sono accomunati dalla medesima *ratio*. Se la *ratio* è diversa non solo non è possibile estendere i criteri interpretativi e i concetti da questi individuati da un settore all'altro, ma è altamente controproducente farlo.

Tra l'altro, una lettura anche superficiale dei vari interventi comunitari non può che confermarci che secondo l'Unione ciò che manca a livello europeo è una armonizzazione dei vari e diversi interventi nazionali in materia e la necessità di un intervento dell'Unione che si ponesse come indirizzo della normativa

¹⁵ Solo per fare un esempio, il parere del Comitato economico e sociale (2002/C 149/01) porta come titolo «Sovraindebitamento delle famiglie» ed espressamente «raccomanda agli stati di prendere in considerazione la possibilità di disciplinare taluni aspetti giuridici del sovraindebitamento delle famiglie in un regolamento parallelo a quello che ha definito il regime di insolvenza delle imprese».

nazionale, indirizzo che fino ad allora non c'era. L'Unione non esprime mai la preoccupazione di mancato adeguamento delle normative nazionali in materia di sovraindebitamento ai concetti espressi da una normativa europea, proprio perché questa non c'era (e ad oggi continua non esserci).

Se questo è ripetutamente sostenuto dagli Organi dell'Unione, sembrerebbe più logico concludere che il concetto di consumatore di cui al nostro codice del Consumo, mutuato dalla normativa e rafforzato dalla giurisprudenza europea, non è il concetto di Consumatore che l'Europa pone come centrale nella sua visione quando parla di sovraindebitamento, perché in tale settore l'Unione, ripeto, lamenta proprio un suo difetto di intervento.

La logica seguita dal Tribunale di Bergamo, comunque non isolata¹⁶, per certi versi non è criticabile in quanto sembra quasi voler prudentemente scegliere tra due possibili interpretazioni quella più tradizionale. Tra la possibilità di dare una prima interpretazione errata, del tutto nuova in quanto connessa a una nuova normativa e una interpretazione fondata su un criterio interpretativo consolidato del medesimo concetto ma di un altro settore legislativo, estendendone l'applicabilità al nuovo, si è preferito il secondo, in quanto, forse si riteneva, più difficilmente criticabile. È un ricorrere (in maniera impropria) all'autorità del precedente a tutela dei propri assunti.

In realtà questa è una scelta, seppur comprensibile, comunque imprecisa perché se si è chiamati ad interpretare una normativa nuova per sua stessa definizione non è possibile ricorrere a criteri interpretativi consolidati che riguardano altri settori del diritto e che sono ispirati da altre logiche normative o meglio, se viene fatto, si commette (o si rischia di commettere) un errore in realtà

¹⁶ Dello stesso tenore vedasi anche la di poco successiva Tribunale di Foggia 23 luglio 2015: «In materia di rapporti bancari, ai fini dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore, si applica il principio secondo il quale la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore. Conseguentemente, nell'ambito della composizione della crisi da sovraindebitamento, non può essere ritenuto consumatore il soggetto gravato da obbligazioni derivanti anche e soprattutto dalla prestazione di garanzie personali (nella specie fideiussioni), nell'interesse di società esercente attività d'impresa».

più grave dell'errore in cui può incorrere l'interprete che, forse coraggiosamente, cerca di dare un'interpretazione della normativa nuova, cercando di attingere alla *ratio* che quella normativa è venuta ad esprimere.

Ed è più grave anche teoreticamente, perché in questo modo ci si preclude la possibilità di comprendere la *ratio* di quella normativa *ab initio*.

7. I primi approcci giurisprudenziali e la logica «fallimentare»

Dalla lettura delle varie pronunce, inoltre, emerge frequentemente, come l'approccio degli interpreti a questa disciplina sia caratterizzato da una logica squisitamente fallimentare.

Certamente in questo sono stati anche favoriti dal fatto che, proprio per disposizione di legge, nelle more della costituzione degli Organismi di Composizione della Crisi, Gestori della Crisi venivano nominati (prevalentemente anche se non esclusivamente) coloro che avevano svolto funzioni di curatore fallimentare¹⁷.

Se si ritiene che la figura più adatta a gestire le crisi da sovraindebitamento sia quella che abbia maturata esperienza di curatore fallimentare, conseguenza inevitabile sarà che colui che è nominato Gestore della crisi si avvicini a questa materia utilizzando le categorie e la logica del diritto fallimentare, acquisita dopo anni di esperienza.

Ma, anche in questo caso, gli interventi comunitari in materia (fin dal lontano 1992) sembrano andare invece in direzione opposta. Questi sono sempre stati improntati ad esprimere l'esigenza di prevedere una procedura di soluzione della crisi da sovraindebitamento dei soggetti non fallibili riconoscendone una particolare necessità sociale ma sempre hanno evidenziato che questa procedura, per certi versi assimilabile, dovesse essere

¹⁷ Art. 9 L. 3/2012 recita infatti «9. I compiti e le funzioni attribuiti agli organismi di composizione della crisi possono essere svolti anche da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, ovvero da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato».

autonoma e «parallela» a quella della crisi d'impresa, in quanto, si deduce, legata a problematiche sociali diverse da quelle della crisi d'impresa.

Solo per fare un esempio, nel parere del Comitato economico e sociale sul tema «Sovraindebitamento delle famiglie» (2002/C 149/01) espressamente si raccomanda agli stati di «di prendere in considerazione la possibilità di disciplinare taluni aspetti giuridici del sovraindebitamento in un regolamento parallelo a quello che ha definito il regime di insolvenza delle imprese».

Inoltre, per converso, nella legge 3/2012, non vi è mai alcun altro richiamo alla legge fallimentare o, se vogliamo, anche più semplicemente una norma di chiusura che preveda che, in assenza di disciplina, trovino applicazione le disposizioni della Legge Fallimentare.

Inutile ribadire che la lacunosità della legge in esame, rischia di lasciare molte domande senza risposta, ma, sarebbe certamente più prudente dire che, in assenza di disciplina o in caso di dubbio interpretativo, si ricorre all'applicazione analogica della disciplina fallimentare, previa però verifica della sua effettiva compatibilità con la *ratio* della procedura di sovraindebitamento.

8. L'interpretazione endosistemica della Legge 3/2012

In maniera astrattamente corretta, una buona parte delle interpretazioni e delle pronunce dei giudici di merito chiamati in sede di prima applicazione della legge in esame, cerca di dare delle soluzioni che trovano riscontro, all'interno dell'articolato stesso della medesima legge 3 del 2012.

Tale impostazione, che oserei dire sotto una certa prospettiva irreprensibile dal punto di vista metodologico, rischia però di essere gravemente minata proprio dal fatto che, come detto in precedenza, la struttura della legge è assolutamente frastagliata e contraddittoria, caratteristiche derivate dalla caotica e convulsa procedura di approvazione. Ed anche la più attenta interpretazio-

ne testuale rischia di essere minata proprio dalla contraddizione interna della legge¹⁸.

9. Brevi note conclusive

In conclusione, non si può che prendere atto che il legislatore italiano ha, ancora una volta, mancato un'occasione per intervenire in un settore problematico con una normativa adeguata alla particolarità della materia trattata. L'*iter* seguito, come detto, è stato caotico e convulso ed è giunto ad una produzione lacunosa, ricca di contraddizioni che ha lasciato l'interprete a dover necessariamente colmare queste difficoltà interpretative.

Frequente è stato l'intervento correttivo della giurisprudenza di merito che, in varie occasioni, si è dovuta interrogare sul significato da attribuire alla disciplina testuale per giungere, infine, ad una emenda dell'articolato legislativo stesso. Emblematica a tal proposito l'ordinanza del Tribunale di Verona del 7 luglio 2016 che si è trovato a *correggere* il testo di legge¹⁹ ove contraddittoriamente parlava di omologa del piano liquidatorio, contraddittoriamente perché in riferimento alla liquidazione il legislatore non prevede il provvedimento di omologa ma di semplice apertura e, al termine, di chiusura della liquidazione.

¹⁸ Solo per svolgere un esempio della lacunosità della previsione normativa, nel caso proprio all'interno del medesimo articolo di legge, si richiama l'art. 14-*quater* che regola i casi di conversione delle procedure di composizione della crisi in procedure liquidatorie. Lo stesso articolo esordisce con l'*incipit* per cui «Il giudice, su istanza del debitore o di uno dei creditori, dispone, col decreto avente il contenuto di cui all'articolo 14-quinquies, comma 2, la conversione della procedura di composizione della crisi di cui alla sezione prima in quella di liquidazione del patrimonio nell'ipotesi di annullamento dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 2, lettera a)».

Lo stesso articolo aggiunge «La conversione è altresì disposta nei casi di cui (...)» ove gli interpreti evidenziano come non è atto a comprendere se l'articolo in esame ha voluto distinguere una prima ipotesi da una seconda, diversa dalla prima, oppure meno. Ossia dato che i casi previsti dalla prima parte dell'articolo si verificano a seguito della *istanza del debitore o di uno dei creditori* se quelli previsti dalla seconda parte si verificano anch'essi solo su *istanza del debitore o di uno dei creditori* o possono essere frutto di una iniziativa d'ufficio del giudice.

¹⁹ Tribunale Verona, 7 Luglio 2016 (Est. Platania).

Si ricorda, infatti, che, processualmente, il giudizio di omologa riguarda in concreto invece solamente il piano del consumatore e l'accordo di composizione.

Il Tribunale di Verona, quindi, è dovuto intervenire per correggere l'errore in cui era incorso il nostro legislatore sottolineando che «nell'ambito della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, la sospensione dell'inizio e della prosecuzione delle procedure esecutive deve essere disposta non fino alla omologazione (come prevede l'articolo 14-quinquies l. n. 3/2012) bensì fino all'emanazione del provvedimento di chiusura della procedura e ciò in quanto il provvedimento di omologazione non è previsto».

(IX)

La formazione dei giuristi oggi. Per un «sapere per fare» tra classicità e attualità*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La formazione del Giurista. Una prima suggestione. Il modello dell'*Universitas*. – 3. La formazione del giurista. Una seconda suggestione. La circolarità della formazione. – 4. I vari livelli di formazione del giurista. – 5. L'attuale formazione del giurista. Limiti e contraddizioni. – 6. L'attuale assetto della formazione del giurista. L'impermeabilità e l'incomunicabilità dei diversi settori formativi. – 7. Per un nuovo (?) modello di formazione del giurista. – 8. L'evoluzione della tesi. Il diritto come un sapere per fare. – 9. Conclusioni.

1. Premessa

Recentemente, in numerose occasioni, il legislatore italiano è intervenuto a regolamentare la formazione dei professionisti del settore legale e, in particolare, la formazione forense dei futuri avvocati¹. A seguito di queste recenti evoluzioni normative è divenuto centrale il dibattito circa la formazione, le tecniche e la metodologia della formazione nell'ambito giuridico. Nel proseguo si cercherà di tracciare la linea evolutiva della formazione nel settore giuridico ed individuare le radici tradizionali della preannunciata evoluzione, cercando di comprendere se e in che termini tale evoluzione possa dirsi realmente «innovativa» o trovi le sue origini in dibattiti dottrinali precedenti.

* Il presente contributo è già stato edito nella rivista giuridica «Le Corti Calabresi» n. 1 del 2019 della Edizioni Scientifiche Italiane che ne ha autorizzato la pubblicazione nella presente raccolta.

¹ Si pensi alla L. 247/2012 che si occupa della Scuola Superiore dell'Avvocatura, delle Scuole Forensi istituite presso gli ordini Circondariali, i Corsi di Formazione per l'accesso alla professione di Avvocato e D.Lg. 3981997 istitutivo delle Scuole di Specializzazioni delle Professioni legali ma soprattutto al recente Decreto del Ministro della Giustizia 9 febbraio 2018 n. 17 relativo ai corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato.

2. La formazione del Giurista. Una prima suggestione. Il modello dell'*Universitas*

Nell'analisi dell'argomento, partirò dal suggestivo titolo di un contributo di Giovanni Pascuzzi² «Avvocati formano avvocati» che ben esprime una esigenza oramai diffusa di riservare una parte significativa della formazione del giurista proprio a quella categoria professionale che si appresta ad accogliere il futuro professionista.

Il suggestivo titolo ci consente due letture. La prima, quella più immediata, evidenzia come vi sia una sorta di circolarità nella formazione professionale dell'avvocato, ossia come siano gli stessi avvocati che siano preferibilmente vocati a formare altri avvocati. L'avvocato forma l'avvocato, il quale a sua volta è chiamato a formare avvocati. Il docente, quindi, appartiene alla stessa categoria del discendente. Il docente e il discente appartengono alla medesima comunità.

E a questo proposito è inevitabile il richiamo a quello che è il vero significato del concetto di insegnamento universitario, concetto originario che molti docenti hanno dimenticato.

Università deriva dal latino *universitas*, che fin dall'inizio della sua nascita aveva come significato quello di comunità, come corporazione di docenti e studenti, accomunati dall'amore per il sapere e dall'obiettivo comune della ricerca³. Benché fosse evidente che i docenti si ponevano in una posizione diversa rispetto agli studenti, in quanto dotati di maggior prestigio, è anche altrettanto vero che i primi e i secondi appartenevano alla stessa *comunitas*, alla stessa realtà universitaria⁴.

² G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati, Guida all'insegnamento dei saperi forensi*, Il Mulino, Bologna, 2015.

³ Sul punto si veda F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova, 2006, p. 2.

⁴ M. ROBERTI, *Storia del diritto italiano*, Cetim Bresso, Milano, 1946, p. 242, vede nelle *Universitas* una corporazione così importante da essere fulcro della società che stava alla radice della nascita del Comune e le altre corporazioni. Per un approfondimento delle tematiche relative alla nascita e alle caratteristiche dell'istituto universitario si veda M. BELLOMO, *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune*, Il Cigno GG Edizioni, Roma, 1992; E. CORTESE, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Bulzoni, Roma, 1996; G. DE VERGOTTINI, *Lo studio di Bologna, l'Impero, il Papato*, Fondazione Cisam,

Questo concetto originario di *universitas*, secondo il quale chi insegna fa parte della medesima comunità di chi riceve l'insegnamento, consentendo all'intera categoria, a cui entrambe le parti partecipano, di arricchirsi reciprocamente, in qualche modo ben si adatta all'idea di formazione che si verrà ad illustrare di seguito.

3. La formazione del giurista. Una seconda suggestione. La circolarità della formazione

Il citato titolo, però, suggerisce anche alcuni spunti di riflessione circa la formazione in generale, non necessariamente del giurista, ossia quella che potrebbe essere definita più latamente come la circolarità della formazione.

Quando un docente insegna, nel medesimo tempo impara, o meglio quando un docente insegna deve imparare. Come asseriva Seneca «C'è un duplice vantaggio nell'insegnare perché, mentre si insegna, si impara»⁵. E questo per una serie di semplici considerazioni.

In primis perché una qualsiasi lezione prevede il rapporto con i destinatari di quella lezione, e anche il semplice *feed back*⁶ che

Bologna, 1954; F. C. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, Vincenzo Batelli e Compagni, Firenze, 1846; G. SANTINI, *Il sapere giuridico occidentale e la sua trasmissione dal VI all'XI secolo*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXVII, 1994, pp. 91 ss.; E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Vita e pensiero, Milano, 1935; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995; G. ROSSI, "Universitas scholarium" e Comune (sec. XII-XIV), in *Studi e memorie per la storia della Università di Bologna*, Istituto per la Storia dell'Università, Bologna, 1956; P. NARDI, *Comune, Impero e Papato alle origini dell'insegnamento universitario di Siena (1240-1275)*, in *Bollettino senese di storia patria*, vol. 90, 1983, pp. 50-94; L. MOULIN, *La vita degli studenti nel Medio Evo*, Jaca Book, Milano 1992.

⁵ SENECA, *Lettere a Lucilio* (I sec. a.C.). L'affermazione di Seneca sembra ripresa concettualmente dal noto aforisma di Joseph Joubert (1754-1824) «Insegnare è imparare due volte». Vedi J. CHUZEVILLE, (a cura di) *Pensieri / Joseph Joubert*, Morcelliana, Brescia, 1957.

⁶ Termine di origine anglosassone che può essere tradotto con retroazione che, come suggerisce il vocabolario Treccani, designa il processo per cui l'effetto risultante dall'azione di un sistema (meccanismo, circuito, organismo, ecc.) si riflette sul sistema stesso per variarne o correggerne opportunamente il funzionamento

si ricava dalla stessa, è già motivo di arricchimento. Inoltre, ancor più, se la lezione viene tenuta con modalità tali da stimolare l'intervento e la partecipazione dell'auditorio, rendendo di fatto il risultato della stessa come un risultato ottenuto dal docente *unitamente* ai discenti.

Una lezione frontale, basata sulla costante interazione con i discenti, fa sì che nessuna lezione sia esattamente identica ad una altra, proprio perché il contributo dell'auditorio, ogni volta diverso, la rende unica. Anzi, forse in modo ancor più radicale, se un docente, terminata una lezione, non si sente arricchito, non ha raggiunto il vero obiettivo dell'insegnamento perché è docente colui che insegna, ma lo è ancor di più colui che oltre ad insegnare sa, per primo, imparare⁷.

Non è forse un caso che l'etimologia del termine docente trova la medesima origine dell'etimologia del termine discente, nella radice indoeuropea (*dic*) che in greco si è declinata nel verbo διδάσκω, che significa insegnare, e in latino si è declinata nel verbo *discere*, che significa imparare⁸.

4. I vari livelli di formazione del giurista

Dopo queste prime suggestioni, svolgeremo preliminarmente un'analisi di quello che è l'attuale modo di concepire la formazione giuridica, intendendo per essa i vari livelli di formazione dei giuristi (e in particolare nell'ambito delle professioni legali)⁹.

⁷ Sul punto anche un recente contributo di Gianfranco Ravasi: «La coincidenza tematica è evidente: quando si insegna, si impara, non solo perché si è costretti a chiarire a noi stessi quello che affermiamo, ma anche perché spesso si procede ulteriormente, assieme al discepolo, nella conoscenza. Si è detto che all'inizio si insegna quello che si sa, mentre, giunti alla maturità piena dell'intelligenza, si insegna ciò che non si sa e questo significa ricercare assieme all'alunno la verità. Certo è che tutte le cose che si sono insegnate con serietà sono rimaste in noi in modo più incisivo rispetto a quelle che si sono solo studiate o apprese» cfr. G. RAVASI, *Le parole e i giorni*, Mondadori, Milano, 2008.

⁸ Per una analisi del delicato rapporto tra insegnamento e apprendimento utile sarà la lettura di L. MARIANI, *Saper apprendere: atteggiamenti, motivazioni, stili e strategie per insegnare a imparare*, libreriauniversitaria.it, Rovigo-Padova, 2010.

⁹ Per una ricostruzione storica dell'insegnamento del diritto si veda: I. BIROCCHI, *Contenuti e metodi dell'insegnamento: il diritto nei secoli*

Usando una semplificazione, possiamo dire che i livelli di formazione del giurista sono sostanzialmente tre.

Il primo livello è quello universitario¹⁰. È forse superfluo dire che sono rare (e comunque insignificanti) le tracce di diritto nella formazione preuniversitaria, al punto da potersi considerare sostanzialmente irrilevanti. Pochi istituti, per lo più tecnici, hanno nei propri programmi corsi di diritto. Nell'Università, nella Scuola di giurisprudenza, inizia il vero percorso formativo del giurista.

Il secondo livello di formazione è certamente quello post-universitario, che si svolge o grazie alla volonterosa opera delle Scuole e dei Corsi organizzati dai vari Ordini degli Professionali oppure in realtà istituzionali quali le Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, istituite presso le Università; oppure, ed in parte, negli studi professionali¹¹.

Il terzo livello di formazione è quello che potremmo definire «professionalizzante» relativo al periodo di praticantato, per i giovani futuri professionisti che frequentano gli studi professionali, svolgendo una concreta e potenzialmente proficua attività di formazione pratica¹².

A questi tre livelli corrispondono diverse categorie di docenti e di discenti e, si può dire, che questi ruoli sono in genere istituzionalizzati.

XVI-XVIII, in AA.Vv., *Storia delle Università in Italia*, Sicania, Messina, 2007. Sul punto utile sarà la lettura di R. SCAGLIONI, *Appunti di didattica delle discipline giuridiche privatistiche e pubblicistiche. Contesto, nodi disciplinari, metodologia, valutazione*, Aemme, Verona, 2007.

¹⁰ Sul punto si veda A. SANTONI RUGIU, S. SANTAMAITA, *Il Professore nella Scuola italiana dall'Ottocento a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

¹¹ Sul punto si richiama all'analisi di R. CAPONI, *La formazione postlaurea nelle professioni legali: situazione attuale e prospettive*, in AA.Vv., *Studi in onore di Remo Martini*, I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 393.

¹² Sull'apprendimento professionale si veda G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013 e A. MARIANI MARINI (a cura di) *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano, 2003. Si veda anche P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Libreria Al Segno, Pordenone, 2009 e ID. (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2011.

Il primo livello dicevamo è quello universitario. A questo livello l'insegnamento viene fornito da docenti universitari, mentre il discente è uno studente che ha ottenuto un diploma, indipendentemente da quale esso sia. Tale scelta (dell'irrelevanza del titolo) sotto una determinata prospettiva non è criticabile, visto che abbiamo detto che il diritto è quasi sostanzialmente assente negli istituti superiori. Ma fa sorgere qualche dubbio in relazione al fatto che il diritto ha radici molto profonde nella tradizione e cultura latina e romana, motivo per cui chi ha avuto modo nel proprio percorso di approfondire tale tradizione, si troverà certamente avvantaggiato.

Il secondo livello è quello post-universitario. Riguardo a questo livello formativo, bisogna fare però una distinzione perché, per quanto riguarda i corsi organizzati dagli ordini forensi possiamo dire che la maggior parte dei docenti appartiene alla categoria degli avvocati. Per quanto riguarda la Scuola di Specializzazione delle professioni legali, proprio perché emanazione dell'Università, annovera nel proprio corpo docenti, professori universitari, che vengono integrati, in alcuni corsi, in genere secondari, da notai, magistrati e avvocati.

I discenti, invece, sono laureati in Giurisprudenza, che quindi hanno acquisito (o dovrebbero aver acquisito) delle conoscenze istituzionali di base, generali ma sufficienti per iniziare un percorso di specializzazione.

Il terzo livello, come detto, è quello effettuato negli studi professionali, ove i professionisti formano quotidianamente i propri collaboratori, siano essi praticanti o giovani professionisti abilitati. E, quindi, nel primo caso i discenti sono i medesimi della formazione postuniversitaria, nel secondo sono professionisti già abilitati.

Questi tre livelli sembrano specularmente rappresentare la tripartizione tra sapere, saper fare e saper essere, prevista dalla Raccomandazione del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo del 23.4.2008 sulla costituzione del Quadro europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente (EQF) che distingue in tre livelli l'apprendimento stesso¹³.

¹³ Consultabile in https://ec.europa.eu/ploteus/sites/eac-eqf/files/broch_it.pdf. La questione era stata in realtà già affrontata dall'Unesco. Si veda J.

Il primo livello di apprendimento, il sapere, quello relativo alle conoscenze. Livello che riguarda il risultato dell'assimilazione di informazioni attraverso l'apprendimento. Le conoscenze sono un insieme di fatti, principi, teorie e pratiche relative ad un determinato settore di lavoro o di studio¹⁴.

È indubbio che, nel nostro sistema, questa componente ci sia fornita dall'Università, ossia dal primo livello formativo, nel quale uno studente apprende gli strumenti normativi e giurisprudenziali, gli istituti che poi gli serviranno per svolgere la propria professione.

Il secondo livello di apprendimento, il saper fare, quello relativo alle abilità, ove per abilità si intende l'acquisizione delle capacità di applicare le conoscenze e di utilizzare il *know how* (acquisito nel precedente livello formativo) per portare a termine compiti e risolvere problemi.

È altrettanto indubbio che nell'attuale assetto formativo, questo venga finito o dalle Scuole di Specializzazione delle Professioni Legali o dai Corsi professionalizzanti istituiti dagli Ordini e, per certi versi e nei limiti di capacità e tempo, dai professionisti stessi nello svolgimento della pratica dei propri collaboratori¹⁵.

Il terzo livello di apprendimento, il saper essere, quello relativo alle competenze, che si deve intendere come comprovata capacità di utilizzare conoscenze, abilità e capacità personali, sociali e/o metodologiche, in situazioni di lavoro e studio e nello sviluppo della professione e della propria persona. Con l'acquisizione di capacità e autonomia¹⁶.

DELORS, *Nell'educazione un tesoro. Rapporto all'UNESCO della Commissione Internazionale sull'Educazione per il XXI secolo*, Armando, Roma, 1997 scaricabile in <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590eo.pdf>. Ancor prima E. CRESSON, *Insegnare ad apprendere. Verso la società conoscitiva, Libro bianco su istruzione e formazione*, Commissione Europea, Lussemburgo, 1995.

¹⁴ Conoscenze che, quindi, potremmo definire come teoriche e/o pratiche a seconda del tipo di professione.

¹⁵ Sul punto ci si richiama all'interessante contributo A. MARIANI MARINI (a cura di), *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Il Sole24, Milano, 2001.

¹⁶ La didattica delle competenze si fonda sul presupposto che i discenti apprendono meglio il proprio sapere in modo attivo attraverso modalità di apprendimento fondate sull'esperienza concreta, in quanto una competen-

Questo aspetto della formazione professionale è certamente il più delicato e presenta notevoli difficoltà sia per quanto riguarda l'insegnamento sia per quanto riguarda l'apprendimento ponendosi come un radicale mutamento di prospettiva rispetto al percorso, prevalentemente teorico fino a quel momento seguito; in genere, viene demandato alla crescita che un professionista svolge nei primi anni all'interno di uno studio.

Volendo riportare tutto questo alla tripartizione del concetto di sapere, nella divisione tra sapere, saper fare e saper essere, possiamo dire che questo stato di cose nel mondo della formazione, questa tripartizione ben si può riportare ai tre livelli formativi ove, all'Università viene riservato il sapere, alla formazione post-universitaria il saper fare, ad un momento successivo il saper essere.

Come è stato osservato¹⁷ infatti «la conoscenza teorica delle elaborazioni concettuali della fenomenologia giuridica (sapere) viene appresa attraverso il linguaggio e lo studio, e quindi, nell'ambito del mondo universitario, la conoscenza professionale (saper fare) viene appresa attraverso l'imitazione e la pratica, grazie alle scuole post universitarie, e gli studi legali e l'apprendimento del “saper essere” appare di più difficile e necessita di un metodo di apprendimento non tradizionale per poter ricostruire l'etica delle professioni forensi e a far apprendere un sapere che difficilmente si trasmette attraverso il linguaggio o la pratica».

5. L'attuale formazione del giurista. Limiti e contraddizioni.

Il quadro del sistema formativo descritto ci pare essere una rappresentazione sufficientemente fedele (anche se per certi versi semplificata) dell'attuale assetto formativo nell'ambito giuridico. La linearità dello schema, il suo ordine è in genere perce-

za si sviluppa maggiormente in un contesto in cui il discente coinvolto; secondo questa modalità di apprendimento il docente deve promuovere un'attività formativa nella quale il discente affronta questioni e problemi di natura applicativa.

¹⁷ Sul punto si veda G. PASCUZZI, *Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative*, in *Trento Law and Technology Research Group Research*, Paper n. 11.

pito come rassicurante e, quindi, nel nostro caso, anche questa rappresentazione della formazione del giurista dovrebbe essere per noi rassicurante. Ma in realtà non è così.

In primis perché qualsiasi categorizzazione si operi, nell'ambito di qualsiasi materia o settore, la categoria ha una grande utilità operativa, semplificando il dialogo e il confronto logico ma per converso rischia di far perdere molte sfumature, molte interconnessioni tra le varie categorie e le peculiarità di un soggetto o di un relativo concetto. Ogni categorizzazione (e quindi anche quella che ci occupa) può essere utile strumento di comunicazione e confronto ma a condizione di non perdere la consapevolezza che quella classificazione è una formale e convenzionale classificazione, utile strumento di studio ma non necessariamente rispondente alla realtà studiata ed esaminata.

Inoltre, questo stato di cose rischia di creare una pericolosa conseguenza che è la *deresponsabilizzazione* nel significato più radicale di «perdere il senso della propria responsabilità», di «non assumersi responsabilità»¹⁸.

Chi si occupa o si dovrebbe occupare di insegnare il saper essere, facilmente eccepisce che per poter insegnare a essere bisogna prima che i discenti abbiano correttamente acquisito il sapere e il saper fare, presupposto non solo logico per poter essere.

Chi si occupa o si dovrebbe occupare di insegnare il saper fare, facilmente eccepisce che se non vi è un sapere, base da cui partire per una corretta e completa formazione operativa, diviene difficile insegnare a saper fare.

Chi si occupa o si dovrebbe occupare del sapere, spesso eccepisce che è difficile insegnare il sapere se i propri discenti sono privi delle nozioni culturali di base che solo una buona scuola superiore dovrebbe garantire.

Facciamo un esempio, richiamandoci alla recente riforma della formazione degli avvocati demandata agli Ordini stessi¹⁹.

¹⁸ Vedi Vocabolario Treccani che lo definisce come un comportamento diffuso nella società contemporanea che porta a evitare l'assunzione di responsabilità e a tutelare solo la propria convenienza e il proprio interesse come se fossero un diritto, senza tener conto di un bene collettivo.

¹⁹ Ci si riferisce alla L. 247/2012 che si occupa ma soprattutto al recente Decreto del Ministro della Giustizia 9 febbraio 2018 n. 17 relativo ai corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato.

Se compito del Consiglio Nazionale Forense e dei vari Ordini è l'insegnamento del linguaggio giuridico e delle tecniche di scrittura giuridica di atti e pareri è ovvio che queste presuppongono il possesso e il pieno controllo del linguaggio e delle tecniche di scrittura anche non giuridiche. L'affermazione è meno semplicistica di quanto possiamo pensare se ricordiamo che non molto tempo fa, aveva occupato le prime pagine dei quotidiani nazionali, la notizia che molti candidati all'esame di avvocato, erano stati bocciati non tanto per il contenuto giuridico dei loro scritti, quanto per gli errori di grammatica italiana. D'altronde il livello culturale generale tende progressivamente ad abbassarsi e quindi questo è un problema non solo dei giuristi ma di ogni settore. La cosiddetta Scuola dovrebbe garantire una formazione culturale di carattere generale più ampia e approfondita.

Torniamo alla deresponsabilizzazione insita in questa rappresentazione dell'attuale struttura formativa. Se questa tendenza per certi versi può avere un fondamento, però, sotto una diversa prospettiva rischia di essere pericolosa, in quanto rischia di spostare il problema, posticipando il momento in cui questo possa essere affrontato e risolto nello specifico²⁰.

6. L'attuale assetto della formazione del giurista. L'impermeabilità e l'incomunicabilità dei diversi settori formativi

Volendo a questo punto prendere in esame in maniera più approfondita l'attuale assetto della formazione del giurista, ciò che maggiormente dovrebbe preoccupare è proprio la fisiologica e standardizzata divisione dei livelli o settori di formazione che finiscono per influenzare anche le modalità di insegnamento.

I corsi universitari sono corsi molto tecnici, molto teorici e poco pratici. In un corso di Giurisprudenza pochi sono i corsi che prevedono un approccio pratico, applicativo, casistico

²⁰ Per meglio esemplificare quello che si vuol dire, mi richiamerò ad un articolo apparso, su un quotidiano a nazionale in cui un Presidente di un Ordine degli avvocati M. NAPOLI, *Servono meno Avvocati ma più bravi*, in *La Stampa*, 10 marzo 2016, p. 21. In questo articolo si prospetta come soluzione all'eccessivo numero di avvocati, quello di mettere un numero chiuso all'Università, basato su un criterio meritocratico.

dell'insegnamento. Chi studia in una Scuola di Giurisprudenza, spesso conclude il proprio iter formativo senza mai essere entrato in un Tribunale, senza aver assistito ad una udienza e, spesso, senza aver neppure simulato un processo.

Molta (troppa) teoria e poca (nessuna) pratica. Molto (forse troppo) sapere. Poco (o forse nessun) saper fare²¹.

Quando poi uno studente al compimento del suo percorso formativo, inizia a praticare la professione, si trova catapultato nella pratica e passa da un modo giuridico virtuale al mondo giuridico reale dove le regole spesso sono molto diverse, la loro applicazione prospetta problematiche non affrontate nella teoria o comprende che spesso la teoria non trova nella pratica quell'attenzione (e per certi versi dignità) che meriterebbe.

Il neolaureato non è in grado di scrivere un parere, non è in grado di scrivere un atto (di cui conosce i requisiti di validità) e non sa redigere un contratto. E questo è un grave limite della nostra formazione. E' un limite perché ci si è dimenticati che quello legale è, in fondo un mestiere, essenzialmente pratico. Non a caso, per esempio, nel mondo anglosassone (certamente legato ad una matrice giuridica diversa quale quella di *Common Law*) l'avvocato è un *mestiere* nel senso tecnico del termine, è un artigiano che impara a svolgere la sua professione nella pratica e acquista anche quelle nozioni teoriche nella pratica (in una sorta di *learning by doing*)²².

²¹ N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, in *Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata*, 2010, p. 36, evidenzia come l'Università stia gradualmente perdendo l'originaria centralità nella formazione del giurista: «Il secondo interrogativo – circa i luoghi di studio e di sapere scientifico – sembra ricevere risposta nella fervida fondazione di corsi di dottorato, istituti superiori, scuole avanzate, centri di eccellenza. La terminologia è barbara, ma il fenomeno rivela una straordinaria importanza. La scienza giuridica, ritirandosi dall'Università (dall'Università come erogatrice di saperi tecnici e abilità professionali), trova rifugio altrove: quell'altrove che spesso la storia ha offerto in epoche di crisi o di transizione. In questo altrove si formano élites del sapere, minoranze di talenti creativi, amorevoli custodi della tradizione e del passato. L'Università, divenuta scuola di saperi tecnici, genera, quasi a propria difesa e garanzia di continuità, nuovi luoghi e nuove forme».

²² Sull'argomento si veda G. DE BERTI, *Professione e formazione legali in Inghilterra*, in *Il Foro Italiano*, 1, Bologna, 1973 pp. 27 ss.; U. MATTEI,

Il sistema giuridico anglosassone non richiede una laurea in giurisprudenza per conseguire l'abilitazione da *solicitor* o *bar-rister*.

Un solo dato per comprendere quanto stiamo affermando. Il 50% dei partner di studi legali a Londra non ha studiato giurisprudenza all'università. Per diventare *solicitor* nel Regno Unito, è sufficiente frequentare un corso di conversione (*graduate diploma in law*) e un corso di abilitazione (*legal practice course*) della durata complessiva di 15 mesi²³. Una volta terminati con successo i due corsi si diventa praticanti abilitati allo svolgimento della professione forense. Per conseguire il titolo di *solicitor*, tuttavia, è necessario lavorare per due anni in uno studio legale. Quindi in proporzione, la pratica è più importante della teoria.

7. Per un nuovo (?) modello di formazione del giurista

Venendo alla nostra realtà, si dovrebbe superare questa netta distinzione tra studio teorico e pratica e far sì che la formazione teorica sia più attenta alla pratica applicativa.

In realtà, questa non è una idea originale, se pensiamo che già Francesco Carnelutti, nel 1935, scriveva un saggio dal titolo «Clinica del Diritto»²⁴ nel quale sottolineava: «Non so se sarebbe possibile tentare un paragone tra la partizione delle cosiddette materie d'insegnamento nella medicina e nella giurisprudenza; ma una verità è certa: che, a differenza dal futuro medico, il futuro giurista finché rimane nell'università, al contatto di quel reale, il cui possesso è la meta ultima della sua cultura, non arriva mai».

Già allora emergeva come necessario che la formazione del Giurista fosse vocata alla pratica e, per certi versi, come la stessa dovesse imitare quella del medico che, nei primi anni universi-

Il modello di Common Law, Giappichelli, Torino, 2004; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, Utet, Torino, 2008; D. NITTI, *La professione forense in Inghilterra*, in A. BERLINGUER (a cura di), *La professione forense. Modelli a confronto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 97 ss.

²³ I due corsi sono strutturati come dei veri e propri master, quindi, presuppongono la frequentazione delle lezioni, compiti a casa ed esami finali.

²⁴ F. CARNELUTTI, *Clinica del Diritto*, in *Rivista del Diritto Processuale Civile*, 1935, 2, I, p. 169-175.

tari, apprende le nozioni basilari e, nella fase conclusiva (nelle cosiddette cliniche appunto) apprende l'arte di applicare al caso concreto, alla realtà quelle nozioni di base. Come accade in medicina, ci suggeriva già Carnelutti, il corso universitario dei giuristi, dovrebbe prevedere una prima (certamente prevalente) parte dedicata all'apprendimento delle nozioni basilari e una seconda fase, dedicate alla metodologia e all'applicazione pratica di tali nozioni nelle «cliniche del diritto»²⁵.

Quindi la prima considerazione da fare è sicuramente quella della necessità e opportunità che si proceda ad una rivisitazione dei programmi e dei piani di studio dei corsi universitari di diritto per fare in modo che lo studio dello stesso non rimanga puramente teorico ma trovi occasione di accompagnare gli studenti alla pratica, alla realtà, sin dalla fase sapienziale del sapere²⁶.

²⁵ Questo articolo è commentato anche da Francesco Gentile, il quale osserva: «L'illustre giurista prendeva così di mira l'astrattezza del modo con cui s'insegna la giurisprudenza all'Università. Il tono è quello beffardo e impertinente usato da Molière per il Malato immaginario. Anche se, paradossalmente Carnelutti rovescia le parti e dal confronto con il medico "vivo" trae lo spunto per stigmatizzare il giurista "immaginario" o, come diremmo noi oggi più precisamente, "virtuale" allevato in Facoltà». Continuando nella lettura Gentile evidenzia come «Carnelutti si spinge a formulare una proposta operativa davvero stimolante. "Un lato singolare del confronto tra medicina e diritto – scrive – riguarda il trattamento del malato e del litigante poveri. Lo Stato fornisce all'uno e all'altro la cura o la difesa gratuita. Ma mentre l'assistenza del medico è completa e di prima qualità quella del giurista è scadente e parziale. La proposta, dunque, è di abbinare, anzi di combinare la riforma del gratuito patrocinio con quella dell'insegnamento giuridico superiore. Da una parte l'assistenza giuridica, che oggi è limitata alla difesa nel processo, dovrebbe comprendere anche la consulenza contenziosa e contrattuale. Il povero deve trovare l'assistenza gratuita anche quando, anziché essere difeso, abbia bisogno di essere consigliato. Dall'altra, il postulare, il *cavere*, il *respondere*, dovrebbe essere nei limiti del possibile affidato ai maestri del diritto. Così il povero dà qualcosa in corrispettivo dell'assistenza che riceve: fornisce, appunto, alla scuola il corpus necessario all'insegnamento. Così il discente può assistere non tanto alla ricostruzione teorica quanto allo svolgimento attuale delle operazioni del diritto. Così il clinico del diritto, come il clinico della chirurgia, opera in presenza dei discepoli e, mentre opera, insegna» F. GENTILE, *Clinica del diritto*, in *L'Ircocervo*, (4), 2005, 1.

²⁶ Sul punto interessanti i contributi di AA.Vv., *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, A. Maestroni, P. Brambilla, M. Carrer (a cura di), Vol. II,

Sempre il maestro udinese invitava a problematizzare e attualizzare la formazione universitaria del diritto:

«L'insegnamento dovrebbe fornire al discente quella somma di cognizioni e di esperienze che si riferiscono non tanto al sapere quanto al saper fare; insomma insegnargli ad applicare le regole che costituiscono il sapere; gli si presenta il caso e gli si mostra come si fa; sarà, per esempio, un contratto o un reato, un accordo o un contrasto tra due uomini. Qui occorre al maestro non soltanto il sapere ma anche il saper fare e così far bene e insieme scoprire e mostrare le ragioni del ben fare, il che esige il compiuto dominio della scienza e dell'arte»²⁷.

E questo, lo conferma anche Giovanni Pascuzzi²⁸, laddove dopo aver illustrato la distinzione tra sapere e saper fare evidenzia come il «saper fare» non è qualcosa che sta «sotto» il sapere, perché meno importante. Piuttosto occupa una posizione (equivalente e forse) più importante del sapere. Il «saper fare» corrisponde al sapere esperto. Si è talmente padroni di un sapere da essere in grado di utilizzarlo per fare delle cose. Ma soprattutto dice Pascuzzi, «Sapere» e «Saper fare» «Sapere essere» si alimentano a vicenda²⁹.

E i tre tipi di sapere vengono – infatti - visualizzati in un circolo con delle frecce circolari che si rincorrono interagiscono tra loro e si arricchiscono a vicenda. Non vi è un sapere che viene prima e un sapere che viene dopo. Un sapere più importante e un sapere meno importante.

8. L'evoluzione della tesi. Il diritto come un sapere per fare

A questo punto è possibile svolgere una ulteriore considerazione. Non dobbiamo dimenticare che il sapere giuridico non è e non può mai essere un sapere fine a sé stesso. Non è e non può mai essere un sapere per il sapere.

Giappichelli, Torino, 2018 e in particolare il contributo di M. CARRER, *Le cliniche legali nelle Università tra terza missione e valutazione*.

²⁷ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 169.

²⁸ G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati*, cit., p. 79.

²⁹ Sul punto, in particolare riferimento ai lavori di gruppo, vedi C. ROMANO, *Comunicare e coevolvere in strutture maieutiche: un percorso con adulti in formazione*, Franco Angeli, Milano, 2001.

Il sapere giuridico è comunque e sempre un sapere «per fare» è un sapere che è vocato al fare, è un sapere che si realizza e trova la sua profonda e autentica ragion d'essere nel fare.

Per questo motivo non trovo del tutto soddisfacente la dicotomia tra sapere e saper fare ma supererei questo binomio sostituendolo, in una sorta di crasi, con la definizione di sapere giuridico come un «sapere *per* fare», un sapere che si apprende ma nel momento in cui lo si acquisisce se ne comprende la immediata applicabilità, e anzi lo si apprende in una prospettiva applicativa³⁰.

Non vi è sapere giuridico autentico se non nella misura in cui quel sapere serve a fare qualcosa. Conoscere i requisiti essenziali del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c. ha ben poca importanza se non si apprezza l'autentico significato di quei requisiti nella redazione di un contratto, se non comprendo l'utilità sociale di quei requisiti nel predisporre e redigere un accordo valido e vincolante tra le parti che riesce ad esprimere il loro reale intendimento.

Quanto detto veicola inevitabilmente un concetto ancor più penetrante. Questa idea di sapere è ancora più radicale, ancora più connaturata e strutturale e attinge al momento creativo del sapere, alla costruzione del sapere e la influenza. Si potrebbe quasi dire che il sapere è subordinato al fare, che il fare viene prima del sapere, e in quanto tale condiziona il conoscere, che è per fare.

Comprendiamo che questa affermazione sembra preannunciare un richiamo al concetto positivistico geometrico di scienza³¹. Anche Pascuzzi, in qualche modo mi conferma la preoc-

³⁰ Critico nei confronti della divisione tra sapere e saper fare, seppur in una diversa prospettiva N. IRTI, *La formazione del Giurista*, in C. ANGELICI (a cura di), *Atti del Convegno di Roma*, 2 luglio 2004, Giuffrè, Milano, 2005 su cui torneremo anche successivamente: «Non siamo più dinanzi al vecchio e banale rapporto tra teoria e pratica, fra studio e tirocinio ma ad una diversa concezione del sapere e dell'uomo». Il tema è richiamato poi sempre da N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, cit., pp. 29-36.

³¹ Ricchi di spunti relativi al concetto di Geometria Legale e del modo di rappresentare la scienza come un metodo conoscitivo ipotetico vocato all'operatività le opere di Francesco Gentile, tra tutte si ricorda F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, cit., pp. 13 ss.

cupazione quando chiarisce la differenza tra scienza naturale e scienza giuridica: «il diritto è una scienza con un proprio statuto epistemologico che presenta alcune peculiarità. L'oggetto di studio delle diverse scienze di regola è esterno e indipendente dal soggetto conoscente. Il fisico, ad esempio, studia i fenomeni della natura osservandoli e cerca di scoprire le leggi che li regolano. Non ha la capacità o la possibilità di incidere su questi fenomeni (...); il giurista, invece, costruisce la scienza che egli stesso studia. (...) Ogni volta che si elabora una nuova teoria giuridica, un nuovo istituto giuridico, o un nuovo metodo per lo studio del diritto l'uomo contribuisce ad edificare la scienza giuridica che diventa poi oggetto di studio. Si può dire che il giurista studia un oggetto che egli stesso contribuisce a creare»³².

Va però evidenziato che, in realtà, la differenza tra la scienza naturale e la scienza giuridica è anche un'altra, legata al tipo di approccio e all'oggetto della propria conoscenza.

La scienza naturale è un metodo conoscitivo, ipotetico deduttivo e operativo. La preoccupazione (operativa appunto) dello scienziato è come poter sfruttare e controllare quelle leggi naturali a lui esterne e per farlo costruisce dei protocolli, assunti convenzionalmente (e quindi ipotetici), dai quali dedurre delle regole che gli consentano di spiegare il fenomeno.

La legge del grave consente di rappresentare la forza di gravità e di utilizzarla operativamente e, per certi versi, controllarla.

La scienza giuridica può astrattamente operare allo stesso modo, costruendosi convenzionalmente delle regole e degli istituti per studiare il fenomeno sociale ma, in realtà, questa convenzionalità, tipica della scienza naturale, non è e non può essere propria del diritto³³.

³² G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati*, cit., pp. 22 ss.

³³ Sul punto suggestiva la ricostruzione di G. SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Ashgate, Burlington, 2003. Ricca, comunque, la bibliografia sull'argomento della ricostruzione scientifica del diritto. Si ricorda tra i vari anche J. FRANK, *What Courts Do in Fact, Part One e Part Two*, University Illinois Law Review, 26, 1932, pp. 645-761; P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo*, Lampugnani Nigri, Milano, 1973; C. PERELMAN, *Il dominio retorico*, Einaudi, Torino, 1981; W.L. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3-4, 1980-81, pp. 631-654; W.M. O'BARR, *Lingui-*

Tutte quelle regole che il giurista si crea, alla fine attingono ad una natura giuridica e sociale dell'uomo, servono a regolamentare la viva vita dei consociati e, proprio per questo, non possono essere convenzionalmente assunte ma devono rispettare la natura dell'uomo e la sua scala di valori. Se ammettiamo che il diritto sia pura convenzione, creiamo un diritto avulso e lontano dall'uomo e a questo imposto. Ma questo non è diritto. Il diritto non è convenzione. Il diritto è espressione della razionale *humanitas*, della regolarità che è propria dell'uomo e della relativa comunità³⁴. Anche la regola più convenzionale che noi possiamo cercare e trovare, in realtà fa i conti con la natura dell'uomo e ne è più o meno direttamente espressione³⁵.

stic Evidence. Language, Power, and Strategy in the Courtroom, New York Academic Press, New York, 1982; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise of Legal Justification*, Springer Dordrecht, Dordrecht, 1987; B. S. JACKSON, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1988; C. GEERTZ, *Antropologia interpretativa*, Il Mulino, Bologna, 1988; P. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, Jaca Book, Milano, 1989; A. J. REISS, *Longitudinal Study of Trial Courts: A Plea for Development of Explanatory Models*, in *Law & Society Review*, 1990, vol. 24, n. 2; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 1996; P. BROOKS P. GEWIRTZ, *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1996; R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

³⁴ Sul punto si veda F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, 1984 in particolare la nota «Regole e regolarità».

³⁵ Anche a voler individuare nelle disposizioni di legge, un diritto squisitamente convenzionale il risultato è difficile da raggiungere. Distinguiamo preliminarmente le regole tra convenzionali e non convenzionali. Le prime in quanto si ritengono assunte per convenzione. Le altre in quanto si ritengono espressione della profonda umanità dei consociati. Parlando di diritti non convenzionali, di un diritto «pregiuridico» è immediato richiamarci a quei diritti (naturali) che vengono prima e semmai sono il presupposto di una convivenza sociale. Il diritto alla vita, alla salute, alla sicurezza. Quando però cerchiamo di individuare una regola squisitamente convenzionale, ci rendiamo conto della difficoltà di trovare una regola del nostro diritto del tutto astratta e avulsa dalla *humanitas* del diritto. L'esempio più banale, in genere, è il semaforo. Il semaforo è la tipica regola convenzionale. Si è deciso che con il rosso ci si deve fermare e con il verde si può passare. Proprio perché convenzione potremmo da domani decidere che si passi con il blu e ci si fermi con il bianco. Convenzione per convenzione potrebbe non cambiare nulla. Sarà sufficiente che convenzionalmente concordiamo su questo. In realtà non

9. Conclusioni

Passando a concludere, dobbiamo prendere atto di una esigenza sempre più sentita dalla società di avere una formazione in ogni settore, ma in particolare in quello giuridico, in cui teoria e prassi continuino ad essere, in proporzioni diverse a seconda del momento formativo, sempre presenti. Natalino Irti lancia a questo proposito un allarme che suona da monito. «La proposta dell'alternarsi temporale di studio universitario e tirocinio pratico dimostra, pur nell'ingegnosa singolarità, che la prassi non è più una funzione esterna all'Università, ma vi è ormai penetrata dentro, e ne condiziona e orienta i contenuti. Siamo ad una svolta di straordinaria importanza: entro le Facoltà giuridiche si determina un'antinomia fra sapere e saper fare, fra studio teorico e impiego applicativo. Questi termini sono sempre in tensione: e il secondo, ricollegandosi a bisogni e attese del mondo *esterno*, ha un irresistibile vigore. La fase tecnico-funzionale raggiunge l'estremo compimento nei nostri anni. Sono caduti pudori e cautele: le cose hanno ormai raggiunto un'essenziale e risoluta sincerità»³⁶.

In realtà riteniamo che quanto osservato non vada per nulla visto con preoccupazione, quanto meno in ordine agli studi giuridici, ove, si è detto in precedenza, lo studio del diritto deve essere vocato alla sua applicazione pratica, pena renderlo inutile e avulso dalla sua stessa propria funzione.

La storica separazione tra «sapere» e «saper fare» nell'ambito dell'insegnamenti giuridici, è oramai inutile e perniciosa, come le riflessioni di Carnelutti ci segnalano da tempo. Anzi è

è così. Il primo semaforo comparve a Londra nel 1868 e convenzionalmente si decise di assumere il rosso come il colore per cui il veicolo si doveva fermare. In realtà anche questo rispecchia e rispetta la natura umana. Il rosso è un colore che da sempre è considerato ancestralmente il colore che esprime il pericolo. Il rosso è in natura il colore del sangue (e quindi della paura della morte). Persino nella natura possiamo trovare degli animali appunto che, per incutere paura nei predatori, si colorano di rosso.

³⁶ N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, cit., p. 36 che riprende quanto sostenuto in N. IRTI, *La formazione del Giurista*, in C. ANGELICI (a cura di), cit. Il tema era stato già esplorato in N. IRTI, *Il nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004 nel paragrafo «La specialità dei saperi giuridici».

giunta l'ora che lo studio del diritto si evolva verso un ancora più evoluto «sapere *per* fare» ove la dicotomia tra le due realtà, della conoscenza teorica e della applicazione pratica, sia definitivamente superata.

Ecco perché, alla luce di quanto detto, il monito di Irti acquistata, in questa prospettiva, un nuovo significato e una nuova luce. «Non siamo più dinanzi al vecchio e banale rapporto fra teoria e pratica, fra studio e tirocinio, ma a una diversa concezione del sapere e dell'uomo. Questa è la condizione necessaria per capire ciò che accade e per intravedere un nuovo inizio»³⁷.

³⁷ N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, cit., p. 36.

Giuridicità del fatto e nuova idea di effettività nella dialettica tra norma, esperienza e interpretazione

SOMMARIO: 1. Una premessa. La centralità metodologica dell'integrazione tra teoria e prassi giuridica. – 2. La giuridicità del fatto: verso un'ontologia normativa dell'esperienza. – 3. La forma tra *fictio* e riconoscimento del fatto. – 4. Una nuova idea di effettività: tra riconoscimento sociale e vocazione normativa del fatto. *Ex facto oritur ius*. – 5. Interpretazione come disvelamento del diritto latente: un'ermeneutica della giuridicità.

1. Una premessa. La centralità metodologica dell'integrazione tra teoria e prassi giuridica

Volendo ora svolgere delle riflessioni conclusive, che intendono recuperare la peculiarità del personale percorso di ricerca, l'invisibile filo conduttore che l'ha ispirato e che si è sviluppato nei contributi editi, occorre preliminarmente ribadire un elemento metodologico che ne ha costituito una costante e il presupposto fondativo. Si è inteso compiere un esercizio di riflessione teoretica che non restasse confinato nell'ambito speculativo della pura dogmatica o della teoria normativa astratta, ma che potesse trarre alimento dall'osmosi costante tra dimensione teorica e dinamiche dell'esperienza giuridica.

Non, dunque, una filosofia del diritto in senso formalistico o normativistico, bensì una teoria del diritto che si ponga in ascolto delle concrete tensioni che attraversano il diritto vivente, assumendo consapevolmente il rischio della contaminazione epistemica tra piani e linguaggi eterogenei.

A tal fine, si è spesso scelto di partire da un caso concreto, dibattuto in sede giudiziaria, non come semplice pretesto esemplificativo, ma come dispositivo ermeneutico in grado di attivare una riflessione metagiuridica più ampia. In tale prospettiva, l'esperienza giuridica concreta – lungi dal ridursi a un insieme di eventi meramente pratici – si rivela portatrice di questioni teoretiche persistenti, che sollecitano costantemente la ridefinizione

delle categorie fondamentali della teoria generale del diritto. Il diritto, in questa visione, non può essere ridotto a un insieme di norme formalmente valide ma deve essere compreso come scienza pratica, in cui la dimensione normativa e quella fattuale si compenetrano in modo inestricabile.

In ciò ci siamo ispirati all'insegnamento di Pietro Piovani, il quale ammoniva circa il duplice rischio, opposto ma specularmente convergente, di una filosofia del diritto che si rifugi nella contemplazione dei *massimi sistemi* o che, all'opposto, si dissolvesse nell'empirismo di una casistica senza principi. «La filosofia del diritto – ammonisce il giurista – né deve, programmaticamente, prescindere dai massimi problemi in nome di un malinteso culto del particolare, né deve fare di quei massimi schemi un comodo schermo per estraniarsi dall'esperienza: al contrario, ha sempre il dovere di collaudare la validità degli uni con la dura realtà dell'altra, sì da impedire che manchi alla pura riflessione il senso del concreto o manchi al concreto il senso dell'universale, in cui, e per cui, esso si realizza»¹

Piovani, in una sintesi illuminante, ci ricorda che la filosofia del diritto deve sempre verificare la tenuta delle categorie universali alla prova della realtà concreta, impedendo che la riflessione si smarrisca nell'astrattezza e, al contempo, che il concreto sia privato del suo senso normativo universale.

Questa consapevolezza metodologica ha orientato l'intero percorso, spingendoci a cercare un punto di equilibrio dinamico tra le molteplici componenti del sapere giuridico: la teoria normativa, la giurisprudenza, la prassi forense, la fenomenologia sociale del diritto.

In tempi in cui la crescente specializzazione tende a irrigidire le discipline e a produrre forme di isolamento teorico, è quanto mai necessario ribadire l'unitarietà dell'esperienza giuridica e la necessità di un dialogo interdisciplinare fecondo.

Il diritto è uno solo, pur nelle sue molteplici articolazioni, e solo un confronto critico tra prospettive diverse può consentire un'autentica comprensione della sua complessa funzione regolativa.

¹ P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 206.

2. La giuridicità del fatto: verso un'ontologia normativa dell'esperienza

«Quello che appellasi *ius* è una cosa puramente astratta, intellettuale incorporea, come, per esempio, l'anima: per lo contrario l'oggetto su cui il diritto si versa può essere ed è quasi sempre una cosa concreta, sensibile e materiale»². Muovendo dall'immagine suggestiva di Gian Domenico Romagnosi, secondo cui il diritto è entità spirituale e astratta che si versa su oggetti concreti e materiali, si è voluto indagare in profondità il nesso che lega il fatto alla norma, non come relazione estrinseca ma come articolazione immanente. Il fatto, lungi dall'essere semplice accadimento privo di rilevanza giuridica, può (e a nostro avviso deve) essere letto come fenomeno originariamente normativo, dotato di una sua intrinseca giuridicità che l'interprete deve saper disvelare.

In tale chiave, la questione del fatto giuridico si rivela centrale per la filosofia del diritto contemporanea. Come evidenziato da Franco Todescan, il rapporto tra diritto e verità costituisce uno dei nodi teoretici più rilevanti del sapere filosofico e giuridico, in quanto rimette in discussione l'intera architettura del positivismo giuridico classico. La crisi del formalismo e l'emergere di approcci alternativi, quali il realismo giuridico scandinavo o la fondazione ontologica della normatività, attestano un rinnovato interesse per la dimensione fattuale del diritto, intesa non come semplice sostrato empirico, ma come luogo di manifestazione della normatività: «il problema del rapporto fra diritto e verità – ribadisce Todescan – costituisce, senza dubbio, uno dei nodi centrali di tutta la filosofia giuridica contemporanea. Lo testimonia, in maniera esemplare, il crescente rilievo assunto, in questi ultimi anni, dagli indirizzi che (...) si sono posti quale (...) tentativo di risposta ai sintomi di crisi manifestati dal formalismo giuspositivistico. Proprio in connessione con le necessità imposte dal superamento di tale crisi tanto i recenti tentativi di una “fondazione ontologica” del diritto, centrati sul recupero speculativo della nozione di *Natur der Sache*, quanto le sollecitazioni del “realismo giuridico” nord americano e scandinavo

² G. D. ROMAGNOSI, *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, Stamperia Piatti, Firenze, 1832, p. 106.

(particolarmente nella versione di Alf Ross), (...) hanno contribuito a restituire al problema fra diritto e “riconoscimento della verità” un ruolo di primo piano nei moderni studi di filosofia e teoria generale del diritto»³.

Lo stesso C. Massimo Bianca, nella sua opera di sistematizzazione del diritto civile, ha insistito con vigore sull'idea che la dottrina privatistica ha storicamente trascurato il valore normativo del fatto, vincolandosi a una concezione legalistica che riconosce giuridicità solo alla norma positiva, sostenendo che «quello che è palesemente mancato alla dottrina privatistica continentale è stato il riconoscimento del fatto come fenomeno normativo (...) precluso dall'assunto che l'unica norma giuridica è quella che trova validità nella legge statale. L'aprioristica risposta (...) risulta sconfessata da una osservazione tratta dalla comune esperienza: nell'ambito dell'organizzazione statale le leggi scritte valgono solo nel significato e nel contenuto che esse hanno acquistato attraverso la loro stessa applicazione»⁴.

Lo stesso Autore aggiunge come «l'interprete non può ignorare la realtà del dato regolato, e questa esigenza, chiaramente manifesta, come si è notato, nella scienza civilistica, è avvertita nei costanti accenni programmatici di tutta l'attuale migliore dottrina ad una maggiore aderenza al fatto o senz'altro alla realtà sociale»⁵ che ha portato ad un nuovo atteggiamento della stessa giurisprudenza che «ponendosi su un piano corrispondente a quello della più illuminata dottrina, si è sempre mostrata sensibile alle esigenze del fenomeno sociale anche in vista di un suo miglioramento, e che ogni qual volta lo abbia ritenuto utile, ha sostanzialmente superato il dato normativo, rigenerandolo in una nuova regola»⁶.

³ F. TODESCAN, *Diritto e Realtà, Storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova, 1979, pp. 1 ss.

⁴ C. M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 39.

⁵ C. M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, cit., p. 20.

⁶ C. M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete*, cit., p. 23.

In sintesi, l'esperienza applicativa mostra che le norme scritte acquistano significato e contenuto solo attraverso la loro interpretazione e applicazione, che avviene sempre in riferimento a un dato fattuale. L'interprete, pertanto, non può ignorare la *densità* normativa del fatto: è proprio nel fatto che si annida la struttura assiologica che consente alla norma di essere compresa, accolta o rifiutata.

In questa prospettiva, il fatto giuridico si presenta come evento assiologicamente fecondo, che sollecita una risposta normativa e che può divenire fonte di normatività anche al di fuori delle fonti formali riconosciute dall'ordinamento. La giurisprudenza, nei suoi esiti più illuminati, ha mostrato la capacità di superare il dato normativo letterale, rigenerandolo alla luce delle esigenze sociali emergenti. In ciò risiede una funzione creativa dell'interprete, la cui responsabilità non è soltanto tecnica, ma etica e politica.

3. La forma tra *factio* e riconoscimento del fatto

Proseguendo nella nostra riflessione, ci imbattiamo in una questione cruciale: in che misura la «forma» – intesa come principio normativo, categoria giuridica o costruzione sistematica – può riconoscere e valorizzare la normatività del fatto, senza annullarne la specificità? Ancora una volta, la risposta ci è suggerita da Franco Todescan, il quale pone in evidenza la natura ambivalente della realtà giuridica: essa non è riconducibile interamente né alla realtà sensibile degli accadimenti né a quella intellegibile delle forme, ma nasce dalla loro reciproca interazione trasformativa, «implicando sempre la «realtà giuridica» una trasformazione della realtà sensibile alla luce delle forme qualificanti, e viceversa un adattamento, dunque una trasformazione, della realtà intellegibile in vista della sua concreta incarnazione, la presenza di un momento, più o meno esteso, di finzione, appare assolutamente ineliminabile»⁷.

Alessandro Baratta ha colto con lucidità il profondo significato di questa dialettica, e si è chiesto perché un fatto venga sussunto sotto un principio normativo e non sotto un altro, do-

⁷ F. TODESCAN, *op.cit.*, pp. 464 ss.

mandandosi, in maniera provocatoria, «perché altrimenti sussumere il fatto sotto l'uno e non invece sotto l'altro principio normativo?»⁸. L'opzione teorica per un principio ordinatore della giuridicità – ciò che Todescan designa come «la forma» – non può ridursi a una scelta meramente soggettiva, ancorata a criteri di coerenza interna o a presupposti assiologici arbitrari. Essa esige, piuttosto, un fondamento oggettivo radicato nella struttura pregiuridica del fatto, la quale, lungi dal costituire un mero dato empirico, si configura come portatrice di una virtualità normativa immanente. In tale prospettiva, la forma giuridica non è imposta all'esterno della fattualità, ma si delinea come esito di un processo di proiezione ermeneutica attraverso cui la realtà fattuale – nella sua dimensione storico-sociale – interpella l'interprete e si configura come portatrice di senso giuridico.

La scelta del principio formale non può, pertanto, essere separata da una previa disposizione del fatto a essere *giuridificato*, ossia da quella sua attitudine strutturale a esprimere istanze di *normazione*, che costituisce la condizione di possibilità dell'intervento ricostruttivo dell'interprete. Ne deriva che la giuridicità non si fonda su un atto creativo *ex nihilo* dell'interprete, bensì su un'interazione dinamica fra dato e forma, fra fattualità e normatività, nella quale il fatto non è semplice oggetto della normazione, ma soggetto attivo del processo di produzione giuridica.

La forma, così intesa, non è un contenitore vuoto, ma un principio ordinatore che riflette, in modo strutturalmente mediato, le tensioni, le esigenze e le potenzialità ordinanti insite nella realtà sociale.

La risposta non può che fondarsi su una correlazione strutturale tra la natura del fatto e la forma giuridica che lo riconosce. Vi è, per così dire, una *vocazione normativa* del fatto, una predisposizione assiologica che guida l'opera interpretativa. Ridurre tale relazione a mera applicazione formale significa cadere nel formalismo più radicale, secondo cui il fatto non ha alcun ordine proprio.

Alla luce di queste considerazioni, possiamo ribadire che la realtà giuridica è espressione di un'ibridazione originaria tra

⁸ A. BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in Onore di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 383.

dato empirico e forma normativa, come ben ha compreso Vogliotti⁹. Il diritto è un fenomeno complesso, in cui la giuridicità è insieme preesistente e da costruire, riconosciuta e creata, colta nell'esperienza ma mai completamente deducibile da essa.

4. Una nuova idea di effettività: tra riconoscimento sociale e vocazione normativa del fatto. *Ex facto oritur ius*

Il tema dell'effettività rappresenta, in questa cornice, un punto di snodo fondamentale. Se, da un lato, l'effettività è stata intesa tradizionalmente come criterio di validità empirica, ossia come conformità della condotta alla norma, oggi è possibile proporre una lettura più articolata, che la valorizzi come momento strutturante della giuridicità.

A questo stadio dell'indagine, si impone la necessità di volgere lo sguardo verso quella che, tra le numerose elaborazioni teoriche afferenti al concetto di fatto normativo, si configura, almeno sotto il profilo della compiutezza sistematica e dell'efficacia operativa, come una delle più rilevanti: ci si riferisce, in particolare, alla proposta concettuale delineata da Norberto Bobbio¹⁰. L'elaborazione del filosofo torinese si distingue, infatti, per la capacità di inscrivere il concetto di fatto normativo entro una più ampia architettura teorica fondata sull'analisi delle fonti del diritto, intese non come meri dispositivi formali di produzione normativa, bensì come eventi giuridicamente rilevanti che, in quanto fatti produttivi di norme, costituiscono il presupposto necessario della normatività stessa.

In tale prospettiva, la nozione di fatto normativo non può essere trattata isolatamente, ma rinvia inevitabilmente al concetto, pregiudiziale e logicamente anteriore, di fonte del diritto. Bobbio, con sottile chiarezza analitica, afferma che ogni fonte normativa presuppone un dato fattuale suscettibile di produrre effetti giuridici: la fonte non è, in altri termini, una entità pu-

⁹ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giapichelli, Torino, 2007, p. 236.

¹⁰ L'Autore, nella sua vasta opera, si è occupato più volte dell'argomento. Tra i vari contributi segnaliamo prevalentemente N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942 e ID., s.v. *Fatto normativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 988-995.

ramente ideale o formale, ma un evento concreto che si radica nella realtà sociale. È proprio nella struttura empirica del fatto, nella sua qualità di accadimento reale e non ipotetico, che si individua il momento genetico della norma giuridica. Il diritto, dunque, non trae origine esclusivamente da un atto deliberativo astratto o da una costruzione puramente razionale, ma si fonda anche, e forse soprattutto, su processi sociali dotati di efficacia ordinante.

Questa impostazione permette di superare la rigida dicotomia tra fatto e norma, restituendo al primo una dignità teorica che ne riconosce la capacità di fungere da autentico fondamento normativo. Il fatto normativo, così inteso, non è soltanto ciò che accade, ma ciò che – accadendo – è in grado di attivare meccanismi di *validazione giuridica*, dando luogo a una normatività che non è mera proiezione formale, bensì espressione della dinamica costitutiva del diritto stesso.

Ne consegue che, per l'Autore, quando si occupa della consuetudine, fatto normativo per eccellenza, l'unico fondamento della consuetudine, coinciderebbe con «il principio dell'effettività, per cui il diritto nasce dal fatto e la consuetudine, che è diritto, nasce da quel fatto rappresentato dalla mera ripetizione uniforme e costante di un determinato comportamento»¹¹.

Non vanno certo taciuti a tal proposito i contributi di quegli autori, ed, *in primis*, Ernst Zitelmann, che hanno ravvisato in passato come fondamento della consuetudine la c.d. *forza normativa del fatto* ossia la forza di produrre norme da parte dello stesso fatto sociale tradizionale¹².

¹¹ Anche altri autori hanno accettato di *depennare* l'*opinio* dalla consuetudine. G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1980, p. 145. Sull'argomento delle fonti cfr. anche R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «preleggi»*, Giappichelli, Torino, 1989; V. RIZZO, *Fonti del diritto, 'Interpretazione' ed 'applicazione' della legge. Interpretazione ed applicazione del contratto*, Università degli Studi di Camerino-Centro Teoria dell'Interpretazione 'E. Betti', Napoli-Bologna, 1991.

¹² Cfr. E. ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1883, pp. 442 ss. Ma anche G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring, Berlin, 1919, pp. 338 ss. e E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto (Grundlegung der Soziologie des Rechts)*, Duncker,

Pur non costituendo una soluzione pacificamente accolta dall'intero orizzonte dogmatico della teoria giuridica tradizionale, è possibile intravedere, già a questo livello dell'analisi, una tensione aporetica insita nella struttura argomentativa delle posizioni formaliste. Tali teorie, infatti, si fondano su una concezione del diritto intrinsecamente astratta, virtuale, nella quale la normatività viene pensata come sistema chiuso, autosufficiente e indipendente da ogni elemento extragiuridico, e in particolare dalla dimensione empirico-fattuale, la quale viene relegata, quando non esplicitamente esclusa, al rango di materiale privo di significato giuridico autonomo – una sorta di naturalità anonima, irrilevante sotto il profilo della normatività formale.

Tuttavia, nonostante questa pretesa di autosufficienza concettuale, la stessa teoria formalista si trova costretta, in ultima istanza, a ricorrere alla realtà fattuale – o meglio, a una sua rielaborazione giuridicamente significativa – per poter fondare retroattivamente la validità delle norme che essa assume come astrattamente vincolanti. La categoria dell'effettività, assunta come criterio di validazione del diritto positivo, rappresenta l'anello attraverso cui il formalismo giuridico è costretto a reintrodurre surrettiziamente proprio quell'elemento che inizialmente aveva espunto dal proprio orizzonte teorico ossia il fatto.

Si tratta, dunque, di un paradosso strutturale. La norma giuridica, concepita come prodotto dell'autonomia formale del sistema, viene successivamente legittimata – sul piano dell'esistenza e dell'efficacia – attraverso la sua osservanza concreta, ossia mediante la verifica empirica della sua applicazione e dell'obbedienza che essa riesce a suscitare nei consociati. In altri termini, la normatività formalmente costruita richiede, per essere considerata pienamente giuridica, un riconoscimento nella prassi, una dimensione di effettività che rinvia, inevitabilmente, alla realtà sociale cui la norma si applica e da cui, in un certo senso, trae la propria forza obbligatoria.

Anche nell'ambito della visione più rigorosamente «geometrica» del diritto¹³, dunque, si manifesta una necessità ineludibile di riconnessione con la dimensione fattuale, non già come semplice presupposto di fatto, bensì come condizione materiale di possibilità della validità normativa. La stessa obbedienza, intesa come atteggiamento generalizzato di conformazione alla norma da parte dei destinatari, assurge a criterio esterno di legittimazione, svelando così l'intrinseca fragilità del paradigma formalistico, il quale, pur rivendicando l'autonomia del giuridico, finisce per fondarsi – seppur in modo latente e talora inconsapevole – sulla *giuridicizzazione* del fatto.

Lo stesso Bobbio, avversando l'idea che la consuetudine nasca dall'*opinio*, finisce per riconoscere che questa – e con essa il diritto non statuale – si fonda sull'effettività, intesa come ripetizione costante di comportamenti che il corpo sociale riconosce come vincolanti.

Questo ci conduce a una concezione dell'effettività non come semplice dato empirico, ma come sintomo del riconoscimento sociale della giuridicità di un fatto. Come ha suggerito C. Massimo Bianca, ciò equivale ad ammettere che la norma è giuridica anche a prescindere dalla sua validità formale, laddove riceva un'accettazione condivisa nel corpo sociale¹⁴. A questi fa eco Alfonso Catania che evidenzia che l'effettività non si esaurisce nell'obbedienza, ma include anche la capacità dei consociati di contribuire *ermeneuticamente* alla costruzione dell'ordinamento, a partire dagli elementi fattuali in cui si riconoscono¹⁵.

In questa prospettiva, l'effettività diviene cifra della legittimità sostanziale del diritto, che trova fondamento nella capacità di rispecchiare e regolare l'ordine intersoggettivo. Non si tratta dunque di una concezione relativistica, ma di una valorizzazione del diritto come ordine sociale riconosciuto. Il fatto, in quanto già carico di normatività, può stabilizzarsi nella prassi attraverso

¹³ Il termine è stato coniato da Francesco Gentile. Questi, infatti, prende spunto dalla singolare fiducia dimostrata da Thomas Hobbes per la geometria.

¹⁴ C. M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 192.

¹⁵ A. CATANIA, *Teoria e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 31.

il riconoscimento condiviso, anticipando talvolta la stessa formalizzazione normativa.

Ex facto oritur ius. Aforisma che sta proprio a indicare, secondo Orazio Condorelli¹⁶, il valore normativo che può scaturire da fatti formalmente non qualificati come fonti del diritto dall'ordinamento giuridico.

Da tutto ciò, si ricava, l'emersione di una rinnovata concezione dell'effettività, la quale si distanzia dalle tradizionali letture ancillari del concetto, intese in senso strumentale o meramente condizionale alla validità normativa, per configurarsi, piuttosto, come espressione di una autonoma dimensione giuridica della realtà fattuale. Tale idea presuppone un mutamento di paradigma secondo il quale i fatti non sono più concepiti come meri dati esterni rispetto all'ordinamento, ovvero come elementi materiali da ricondurre entro il linguaggio normativo mediante un atto di qualificazione formale; essi vengono, piuttosto, riconosciuti nella loro capacità auto-fondativa, in quanto portatori di una giuridicità intrinseca e originaria, non derivata dall'ordinamento ma costitutiva di esso.

In tale prospettiva, l'effettività non si limita a fungere da criterio empirico di verifica della vigenza normativa, né da semplice condizione di applicabilità delle disposizioni giuridiche, bensì assume la valenza di sintomo, o addirittura di manifestazione, di una normatività immanente alla struttura stessa del reale. Il fatto giuridico, lungi dall'essere un concetto subordinato alla forma giuridica, si rivela così dotato di una forza ordinante capace di produrre diritto indipendentemente da una preventiva formalizzazione. In questo senso, l'effettività si emancipa dalla sua subordinazione al diritto positivo per riemergere come principio strutturale di genesi giuridica, come indice di una normatività non riconducibile esclusivamente alla sfera del *valido*, ma espressiva del *vigente* in senso profondo, ovvero di ciò che, attraverso la prassi, si impone come diritto vivente.

Tale *riconcettualizzazione* implica il superamento della rigida dicotomia tra normatività e fattualità, aprendo lo spazio per una teoria del diritto che non rimuova il reale, ma lo assuma come

¹⁶ O. CONDORELLI, *Ex facto oritur ius*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XI, 1931, pp. 589-590.

luogo di emersione e articolazione del giuridico. L'effettività, pertanto, non è più semplice verifica *ex post* della capacità applicativa della norma, bensì fattore costitutivo dell'ordine giuridico, nella misura in cui rende visibile e operante la normatività latente nella prassi sociale.

In questa fase avanzata della nostra riflessione teorica circa la natura e la portata giuridica del fatto, e in particolare nell'intento di coglierne la dimensione effettuale quale tratto distintivo dell'essere-giuridico, si impone con forza la centralità dell'insegnamento di Pietro Piovani¹⁷. L'autore, con la sua inconfondibile capacità di sintesi concettuale e profondità speculativa, riesce a condensare, in poche pagine dense di significato, il nucleo problematico che ci ha impegnato finora, illuminando il rapporto tra fatto ed effettività in chiave critica rispetto a concezioni riduzionistiche del giuridico.

Piovani si confronta, in particolare, con la posizione di Gropali, il quale paventava il rischio di una riduzione integrale del diritto al fatto, ossia una sorta di dissoluzione del normativo nel piano empirico¹⁸. Contro tale deriva, Piovani osserva che l'idea stessa di una simile riduzione presuppone logicamente la possibilità di pensare un fatto in opposizione al diritto, ovvero un fatto non già sussunto nell'orizzonte del giuridico. Ma questa ipotesi risulta, secondo l'autore, insostenibile alla luce di una corretta comprensione della dialettica tra fatto e diritto. Non può darsi, infatti, alcun contrasto strutturale se non nei casi in cui il diritto stesso, per rigidità o chiusura sistemica, si dimostri incapace di adeguarsi al divenire concreto della realtà fattuale, cercando di imporsi attraverso una supposta e astratta supremazia deontologica, o tentando di piegare il fatto a sé mediante un volontarismo arbitrario. «Questo mancato adeguamento può essere l'unica ragione della *deminutio* – commenta il filosofo – La singolarità ribelle del fatto non potrebbe neppure manifestarsi, se quell'adeguamento non mancasse. (...) La prevalenza di questi ultimi caratterizza il fatto rivoluzionario»¹⁹

¹⁷ P. PIOVANI, *op. cit.*, p. 136.

¹⁸ A. GROPPALI, *Il Principio dell'effettività e la riduzione del diritto al fatto*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXI, 1954, p. 52.

¹⁹ P. PIOVANI, *op. cit.*, p. 136.

È solo in tale situazione di inadeguatezza – eccezionale, e per certi versi patologica – che il diritto può essere effettivamente ridotto al fatto, ossia disattivato nella sua pretesa normativa, perché incapace di offrire una risposta giuridicamente coerente alla novità dell'accadere. La *deminutio iuris*, la perdita di rilevanza normativa, si verifica non per intrinseca forza del fatto, ma per fallimento della capacità del diritto di riconoscerlo e disciplinarlo. La singolarità *ribelle* del fatto, come Piovani la chiama, non potrebbe nemmeno manifestarsi se il diritto sapesse cogliere la sua vocazione ordinativa. È in questo fallimento – non ontologico ma funzionale – che il fatto può assumere una carica rivoluzionaria, cioè una potenzialità critica capace di sovvertire o riplasmare l'ordine esistente.

Fuori da questo caso limite, Piovani individua una relazione di coappartenenza e di mutua intelligibilità tra fatto e diritto. L'opposizione strutturale tra i due termini è, a suo avviso, un costrutto teorico infondato. Il diritto, afferma l'autore, non può ignorare la natura profonda del fatto: deve invece imparare a conoscerla per quella che essa è. Questo atto conoscitivo può esprimersi in forme diverse. Può consistere in un riconoscimento, laddove l'ordinamento accolga il fatto entro la propria sfera di rilevanza, o in un disconoscimento, nel caso in cui esso venga respinto come pregiudizievole. Ma, in ogni caso, ciò che non è concepibile è un giudizio d'indifferenza assoluta, un atto di arbitraria attribuzione di senso normativo privo di fondamento nel reale. La qualificazione giuridica del fatto non è dunque una concessione dall'esterno, ma un riconoscimento di una giuridicità intrinseca. Anche nel caso in cui l'ordinamento disconosca un fatto, lo fa in quanto lo ha riconosciuto come minaccia per la propria coerenza sistemica. Un fatto può essere respinto, ma non può essere ignorato o giudicato «ingiudicabile»²⁰.

Questa lettura ci consente di approdare a una nozione più *densa* e teoricamente articolata di effettività. Grazie a Piovani, emerge con chiarezza l'idea che la giuridicità del fatto non dipende esclusivamente dal riconoscimento esplicito da parte dell'ordinamento, ma risiede piuttosto nella sua struttura ontologica; esso è già, in sé, idoneo a divenire oggetto di normazione.

²⁰ P. PIOVANI, *op. cit.*, p. 127.

L'effettività, pertanto, non va intesa solo come verifica empirica della vigenza normativa – nel senso della sua osservanza o applicazione – ma come modalità propria dell'esistenza giuridica del fatto, come suo modo d'essere nell'ordine sociale²¹.

L'effettività, nella visione che qui si delinea, è qualcosa di più radicale: è la manifestazione della intrinseca vocazione giuridica del fatto a produrre relazioni ordinate, a favorire una forma di convivenza riconoscibile. Il fatto è già, nella sua essenza, un elemento normativamente significativo, perché portatore di una giuridicità naturale che sollecita la regolamentazione.

In questa ottica, l'effettività si configura come una dimensione fondativa, che precede in certo senso la normazione formale, anticipandola o rendendola possibile. Essa esprime la tendenza naturale del fatto a stabilizzarsi in relazioni giuridiche, a produrre un equilibrio riconosciuto tra i consociati. L'effettività si presenta allora come lo stato di realtà delle relazioni che trovano la propria legittimità non nella legalità formale, ma nella loro stessa capacità di autoregolarsi in modo condiviso.

È questo il senso profondo del «fatto *pre-giuridico*», non qualcosa di esterno al diritto, ma un fatto che, pur non ancora riconosciuto dall'ordinamento, possiede in sé una valenza giuridica potenziale, che può divenire attuale quando l'ordinamento ne riconosca la rilevanza.

Tale fatto è *giuridicamente esistente anche se non giuridicamente rilevante*, perché, come suggerisce Piovani, non è irrilevante finché non viene *giuridificato*, ma è già giuridicamente esistente, nel senso che è già suscettibile di una qualificazione normativa, ma, non per questo, «giudicato ingiudicabile». Può accadere, infatti, che esso venga in seguito riconosciuto come portatore di normatività, oppure che venga respinto, ma ciò non toglie che abbia interpellato l'ordinamento nella sua pretesa re-

²¹ Da questa prospettiva è possibile reinterpretare anche la classica distinzione operata da Giacomo Gavazzi, il quale vedeva nell'effettività «una duplice funzione: quella di autoassicurazione circa il proprio potere di comandare, e quella di prescrizione (rivolta a sé stesso, al legislatore futuro, e a quelli subordinati) di rendere operative le buone intenzioni del legislatore primario». Cfr. G. GAVAZZI, Voce *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, p. 1.

golativa. In altri termini, vi è un'ontologia del fatto giuridico che precede e fonda la sua epistemologia normativa.

Questa concezione si ritrova anche nell'insegnamento di Alfonso Catania, il quale amplia la portata del concetto di effettività. Secondo Catania, essa non si esaurisce nell'obbedienza dei consociati, ma implica una risposta riconoscitiva da parte loro, una forma di costruzione ermeneutica dell'ordinamento a partire dagli elementi dati, ovvero dai testi normativi e dalla loro applicazione concreta²². L'effettività diviene allora forma di consenso intersoggettivo, espressione di una prassi condivisa che dà significato e vita al diritto come ordinamento vivente.

La legge, da questo punto di vista, non è il solo fondamento della giuridicità, essa rappresenta uno strumento, certo privilegiato, ma non esclusivo. La giuridicità, infatti, si rintraccia nella realtà fattuale e nella sua normatività immanente, anche in assenza di una disposizione esplicita. Il diritto positivo, nel senso di diritto operante, non si esaurisce nell'esistenza formale della norma, ma si esprime nella sua capacità di essere effettivamente applicata, riconosciuta e vissuta come regolativa dei rapporti sociali.

Da qui discende che l'effettività non è solo un criterio descrittivo, ma diviene anche criterio di legittimità. Solo le norme che vengono applicate e riconosciute come giuridicamente vincolanti partecipano dell'essenza dell'ordinamento; le altre, pur formalmente vigenti, restano alla soglia dell'apparenza normativa. In tal senso, l'effettività diventa criterio di selezione tra diritto autentico e diritto apparente.

Tale visione potrebbe essere fraintesa come relativismo giuridico, come negazione della dimensione oggettiva della norma. Ma così non è. Proprio la corrispondenza tra norma e fatto, tra normatività e socialità, permette la giustizia del diritto. È nella capacità della norma di incarnare la razionalità immanente dei rapporti sociali che si gioca la sua legittimità. Come afferma C.

²² Alfonso Catania sottolinea come «l'effettività non è soltanto nella risposta di conformità o di obbedienza da parte dei consociati, ma l'effettività nel diritto come ordinamento viene in rilievo anche come risposta decisionale e riconoscimentale dei consociati che costruiscono ermeneuticamente l'ordinamento partendo da quegli elementi di dato che sono appunto i documenti legislativi» cfr. A. CATANIA, *op.cit.*, p. 31.

Massimo Bianca, l'effettività non si misura solo sull'obbedienza, ma sull'accettazione sociale della norma come giuridica. L'adesione del corpo sociale alla norma, più che la sua osservanza esterna, costituisce il momento generativo del diritto²³.

Infine, come ha sottolineato Francesco Gentile, il riconoscimento della giuridicità dei fatti conduce i consociati al dialogo e alla costituzione di regole condivise, guidati in questo dall'idea che li accomuna, dal bene comune. L'idea di bene comune si configura, in questo senso, come riconoscimento reciproco di una misura comune del Bene, che non è imposta dall'alto, ma sorge dall'interazione tra soggetti eguali. In questa visione, effettività, giuridicità e legittimità non sono momenti separati, ma aspetti diversi della stessa realtà normativa, fondata sulla razionalità umana e sulla capacità del diritto di esprimere, ordinare e giustificare la vita comune²⁴.

5. Interpretazione come disvelamento del diritto latente: un'ermeneutica della giuridicità

Infine, occorre tornare sul tema dell'interpretazione, intesa non come tecnica esegetica ma come momento fondamentale del disvelamento della giuridicità del fatto. L'interprete, nella sua attività quotidiana, si confronta con l'opacità del reale e con l'indeterminatezza delle fonti, cercando di ricomporre un ordine che sia coerente, ragionevole e *giusto*. In tal senso, l'interpretazione è un'operazione ontologicamente creativa, che costruisce il senso del diritto nell'incontro tra testo e contesto, norma e fatto, principio e situazione.

Come ricordava Elio Fazzalari, anche l'apparente chiarezza testuale non può sottrarsi all'esigenza ermeneutica: *in claris fit*

²³ Bianca sostiene fermamente che «l'effettività della norma non è data dalla misura della sua osservanza, ma dalla sua accettazione da parte del corpo sociale come norma giuridica. (...) L'accettazione sociale della norma è il fatto dal quale scaturisce il diritto». Cfr C. M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, cit., pp. 203-205.

²⁴ Il riconoscimento della giuridicità dei fatti porta i consociati al dialogo e al riconoscimento in comune delle regole essenziali alla loro convivenza. Per dirla con parole di Francesco Gentile «il riconoscimento del bene comune coincide (...) con il riconoscimento in comune del Bene». Cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 47.

*interpretatio*²⁵. L'interpretazione è sempre necessaria, perché è l'unico modo con cui la norma si confronta con la pluralità delle situazioni concrete. Essa richiede intelligenza, sensibilità e consapevolezza dei limiti della propria funzione. Non vi è metodo interpretativo che possa pretendere il monopolio della verità giuridica, ma solo una tensione costante verso l'equilibrio e la giustizia.

In ultima analisi, si tratta di riconoscere la dignità dell'opera quotidiana del giudice, che nel ricomporre i conflitti intersoggettivi non fa altro che rivelare l'ordine giuridico celato nelle relazioni sociali. Come ci fa comprendere Carriò²⁶, vi è più valore nella sentenza che ricostruisce il diritto nei casi concreti, che nell'astrazione della norma generale. L'opera dell'interprete, allora, non è un atto arbitrario, ma un compito profondamente etico e istituzionale; quello di riconoscere *a ciascuno il suo*, attraverso la lettura assiologica del fatto e la giustizia del caso concreto.

Se questa consapevolezza può contribuire a riabilitare lo statuto teoretico e pratico dell'interpretazione giudiziale, allora il nostro lavoro avrà raggiunto, anche solo in parte, il suo scopo: restituire centralità al fatto, alla prassi e all'interprete nella costruzione del diritto, in un tempo in cui il formalismo e l'astrazione rischiano di oscurarne la funzione sociale e ricostruttiva.

²⁵ E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1984, p. 105.

²⁶ Cfr. G. R. CARRIÒ, «*I giudici creano diritto?*» *Lezioni di una politica giuridica*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, p. 400.

Indice dei nomi

- Aarnio, Aulis, 123, 165.
Abel, Richard L., 125, 164.
Agamben, Giorgio, 56.
Alexy, Robert, 124, 165.
Allara, Mario, 119, 121.
Allen, Carleton Kemp, 127.
Alpa, Guido, 124.
Ancona, Elvio, 78.
Angelici, Carlo, 163, 166.
Antolisei, Francesco, 120.
Aristotele, 23, 36, 131.
Aubert, Vilhelm, 125.
Austin, John, 127.
Azone, 112.
Bacone, Francesco, 63.
Bailly, François, 123.
Baldo degli Ubaldi, 112.
Balossini, Cajo Enrico, 125.
Barassi, Lodovico, 92.
Baratta, Alessandro, 126-127, 172, 173.
Barberis, Mauro, 63.
Barile, Paolo, 43.
Bartolo da Sassoferrato, 111-112.
Bassiano, Giovanni, 112.
Baudry-Lacantinerie, Gabriel, 65.
Bellomo, Manlio, 150.
Bennett, W. Lance, 125.
Berlinguer, Aldo, 160.
Bessone, Mario, 83, 124.
Betti, Emilio, 119, 174, 176-177.
Bianca, Cesare Massimo, 172, 178, 184.
Birocchi, Italo, 152.
Bobbio, Norberto, 27, 52, 56, 61-62, 64, 68, 126-128, 175, 178.
Bonfante, Pietro, 65.
Bonnecase, Julien, 63.
Brambilla, Paolo, 161.
Brocher, Charles, 64.
Brooks, Peter, 165.
Bülow, Oskar, 127.
Burdese, Alberto, 111.
Bussi, Emilio, 151.
Calamandrei, Piero, 119.
Camassa, Giorgio, 22.
Cammarata, Angelo Ermanno, 120-121.
Caponi, Remo, 153.
Carnelutti, Francesco, 119-120, 128, 160-162, 166.
Carnevale, Paolo, 77.
Carrer, Matteo, 161-162.
Carrió, Genaro [Rubén], 185.
Casa, Federico, 110.
Cassese, Sabino, 128.
Catania, Alfonso, 178, 183.

- Cataudella, Antonino, 121.
 Caterina, Raffaele, 92.
 Cattaneo, Mario Alessandro, 64.
 Cesarini Sforza, Widar, 127-128.
 Charmont, Joseph, 126.
 Chiassoni, Pierluigi, 64, 124.
 Chiodi, Giulio Maria, 128.
 Chuzeville, Jean, 151.
 Cicala, Francesco Bernardino, 119.
 Cicero, Cristiano, 92.
 Cicu, Antonio, 82, 92.
 Ciliuffo, Francesca, 136.
 Comanducci, Paolo, 77, 82, 124.
 Condorelli, Orazio, 179.
 Conley, John M., 124.
 Conso, Giovanni, 121.
 Corsale, Massimo, 61.
 Cortese, Ennio, 150.
 Cotta, Sergio, 51.
 Cresson, Édith, 155.
 Crisafulli, Vezio, 127.
 Croce, Benedetto, 120.
 Damaska, Mirjan R., 124.
 Dattino, Giambattista, 101.
 De Berti, Giovanni, 159.
 De Mas, Enrico, 63.
 De Vergottini, Giovanni, 150.
 Degni, Francesco, 126.
 Del Re, Francescopaolo, 65.
 Del Vecchio, Giorgio, 128.
 Delisle, Guillaume, 64.
 Delors, Jacques, 155.
 Demolombe, Charles, 64, 66, 68.
 Dewey, John, 74.
 Di Donato, Flora, 124.
 Diurni, Giovanni, 112.
 Doyle, James M., 124.
 Duranton, Alexandre, 65, 69.
 Dworkin, Ronald, 77.
 Ehrlich, Eugen, 176.
 Elster, Alexander, 121.
 Enriques, Enzo, 119.
 Falzea, Angelo, 119-121.
 Faralli, Carla, 64.
 Fassò, Guido, 64.
 Fazzalari, Elio, 123, 184-185.
 Feldman, Martha S., 125.
 Felstiner, William L. F., 125, 164.
 Ferrajoli, Luigi, 82.
 Ferrante, Riccardo, 64.
 Ferrari, Giuseppe, 126.
 Ferraro, Francesco, 82.
 Ferrer Beltrán, Jordi, 124.
 Feyerabend, Paul K., 164.
 Flumene, Francesco, 127.
 Folchieri, Giuseppe, 120.
 Forchielli, Paolo, 120.
 Franceschelli, Vincenzo, 127.
 Frank, Jerome, 74, 77-78, 84, 124, 164.
 Frosini, Vittorio, 128.
 Fuchs, Werner, 120-121.
 Gadamer, Hans Georg, 124, 165.
 Gambaro, Antonio, 160.
 Gasparri, Pietro, 120.
 Gavazzi, Giacomo, 182.
 Geertz, Clifford, 165.
 Gény, François, 64.
 Gentile, Francesco, 9-10, 15-16, 27, 31-34, 36-37, 41, 49, 55, 59, 78, 80-81, 83-85, 88, 102, 106-108, 110, 115, 125, 150, 161, 163, 165, 178, 184.

- Gewirtz, Paul, 165.
 Giannini, Massimo Severo, 127.
 Gierke, Otto Friedrich von, 128.
 Gioia, Andrea, 51.
 Giuliani, Alessandro, 123.
 Goretti, Cesare, 128.
 Gorla, [Luigi] Gino, 120.
 Grasso, Pietro Giuseppe, 43.
 Groppali, Alessandro, 180.
 Grossi, Paolo, 87, 90, 151.
 Guarino, Antonio, 126.
 Guastini, Riccardo, 61, 77, 82, 84, 124, 176.
 Habermas, Jürgen, 58, 75, 124, 165.
 Hart, Herbert [Lionel Adolphus], 120.
 Hauriou, Maurice, 128.
 Heinz, John P., 124.
 Holmes, Oliver Wendell jr., 73-74.
 Honoré, Antony (Tony) [Maurice], 120.
 Hosticka, Carl J., 123.
 Houques-Fourcade, Maurice, 65.
 Husson, Laurence, 64.
 Incampo, Antonio, 2, 7, 9-11, 193-194.
 Irti, Natalino, 159, 163, 166-167.
 Italia, Vittorio, 128.
 Jackson, Bernard [Stuart], 123, 165.
 Jellinek, Georg, 176.
 Jhering, Rudolf von, 93.
 Joubert, Joseph, 151.
 Kantorowicz, Hermann, 79.
 Karlowa, Otto, 120.
 Kelsen, Hans, 11, 51, 53, 75, 84, 128.
 Koskenniemi, Martti, 56.
 Kuhn, Thomas S., 125.
 Lanfranchi, Giovanni Battista, 17.
 Latour, Bruno, 123.
 Laurent, François, 67.
 Lebrun, Auguste, 126.
 Leiter, Brian, 126.
 Levi, Alessandro, 119, 127.
 Liverani, Mario, 20.
 Llewellyn, Karl [Nickerson], 124.
 Longo, Giannetto, 129.
 Losano, Mario G., 128.
 Luzzati, Claudio, 123.
 Maestroni, Angelo, 161.
 Magri, Tito, 83, 106, 115.
 Mailher de Chassat, Antoine, 64.
 Manigk, Alfred, 119, 121.
 Mariani Marini, Alarico, 124, 153, 155.
 Mariani, Luciano, 152.
 Maritain, Jacques, 33.
 Marrone, Matteo, 113.
 Mattei, Ugo, 159.
 Mengoni, Luigi, 82, 92.
 Messineo, Francesco, 82, 92.
 Modugno, Franco, 61, 77, 128.
 Moro, Paolo, 124, 153.
 Mortati, Costantino, 43-45.
 Moulin, Léo, 151.
 Napoli, Mario, 158.
 Nardi, Paolo, 151.
 Neppi, Vittorio, 120-121.
 Nino, Carlos Santiago, 64.

- Nitti, Donato, 160.
 O'Barr, William M., 124, 165.
 Oertmann, Paul, 121.
 Olivecrona, Karl, 78.
 Orlando, Vittorio Emanuele, 128.
 Pacchioni, Giovanni, 65.
 Paresce, Enrico, 126, 128.
 Pariotti, Elena, 124.
 Parodi, Giampaolo, 77.
 Pascuzzi, Giovanni, 150, 153, 156, 162-164.
 Pastore, Baldassare, 123.
 Perelman, Chaim, 123, 164.
 Perlingieri, Pietro, 93, 98, 117-118.
 Pescatore, Pierre, 124.
 Piovani, Pietro, 170, 180-182.
 Platone, 23.
 Polara, Giovanni, 112.
 Polibio, 24.
 Portalis, Jean-Etienne-Marie, 65-67.
 Potter, Jonathan, 124.
 Pound, Roscoe, 73, 75.
 Puchta, Georg Friedrich, 127.
 Pugliatti, Salvatore, 119.
 Punzo, Massimo, 120.
 Ravasi, Gianfranco, 152.
 Reiss, Albert John [Jr.] 123, 165.
 Rescigno, Giuseppe Ugo, 43.
 Riccobono, Francesco, 128.
 Ricoeur, Paul, 58, 124, 165.
 Rizzo, Vito, 176.
 Roberti, Melchiorre, 150.
 Romagnosi, Gian Domenico, 171.
 Romano, Carlo, 162.
 Romano, Santi, 43, 127-128.
 Ronco, Mauro, 119.
 Ronzitti, Natalino, 54.
 Rosciano, Raffaella, 124.
 Rossi, Guido, 151.
 Rossi, Paolo, 47.
 Roy, Olivier, 57.
 Rubino, Domenico, 120-121.
 Robinson, Robert, 124.
 Rümelin, Max von, 126.
 Sacco, Rodolfo, 92, 119.
 Samuel, Geoffrey, 124, 164.
 Santamaita, Saverio, 153.
 Santini, Giovanni, 151.
 Santoni Rugiu, Antonio, 153.
 Sarat, Austin, 125, 164.
 Savigny, Friedrich Carl von, 92, 151.
 Savona, Pier Francesco, 124.
 Scaglioni, Riccardo, 153.
 Scarpelli, Uberto, 185.
 Schlossmann, Sigmund, 121.
 Schmitt, Carl, 51, 55, 58, 108.
 Scialoja, Vittorio, 119.
 Scognamiglio, Renato, 119, 121.
 Seneca, Lucius Annaeus, 151.
 Severino, Loreto, 121.
 Sraffa, Angelo, 65.
 Stier-Somlo, Fritz, 121.
 Tarantino, Antonio, 128.
 Tarello, Giovanni, 63-64, 66, 124.
 Taruffo, Michele, 82-83, 124.
 Tesauro, Alfonso, 127.
 Todescan, Franco, 9, 62, 69, 171-174.
 Toullier, Charles Bonaventure Marie, 65-66, 69.

Trabucchi, Alberto, 99.
Treves, Giuseppino, 51.
Troisi, Bruno, 92.
Trono, Giuseppe, 66.
Vanni, Icilio, 126.
Vigliani, Paolo Onorato, 65.
Vincenti, Umberto, 28.
Viola, Francesco, 124.
Virally, Michel, 121.
Vivante, Cesare, 133.
Vogliotti, Massimo, 175.
Volante, Raffaele, 90, 113.
Weber, Max, 58.
Wehrlé, René, 127.
West, Robin, 125.
Winter, Steven L., 125.
Wróblewski, Jerzy, 82, 124.
Zaccaria, Giuseppe, 124.
Zagrebelsky, Gustavo, 43, 176.
Zitelmann, Ernst, 121, 176.
Zorzetto, Silvia, 82.

Unità del sapere giuridico

Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Serie I. Editore A. Giuffré, Milano

1. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*. Atti del Convegno (Bari, 21-22 maggio 2004, Facoltà di Giurisprudenza), 2005.
2. Angiola Filipponio (a cura di), *Verità e normatività*, 2005.
3. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice*, 2005.
4. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006.
5. Giuseppe Spagnolo (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. Atti del Convegno (Bari, 26-27 maggio 2006-2007, Facoltà di Giurisprudenza), 2007.
6. Vincenzo Garofoli (a cura di), *La sentenza della Corte Costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisprudenza*. Atti del Convegno (Trani, 2-3 febbraio 2007, Hotel S. Paolo al Convento), 2007.
7. Miranda Zerlotin, *Diritto originario in Erik Wolf*, (con la traduzione italiana dell'opera di Erik Wolf, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*), 2008.
8. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico e poliformismo normativo*, 2008.
9. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'udienza preliminare e il contenimento dei tempi processuali*, 2008.
10. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*. Atti del Convegno (Bari, 29 novembre 2008, Villa Romanazzi Carducci), 2009.
11. Angiola Filipponio/Aldo Regina (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro*. Atti del Convegno (Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza), 2010.
12. Angiola Filipponio/Vincenzo Garofoli (a cura di), *In ricordo di Franco Cipriani*, 2010.
13. Vincenzo Garofoli/Antonio Incampo (a cura di), *Verità e processo penale*, 2012.

Serie II. Editore Cacucci, Bari

14. Antonio Incampo/Wojciech Żełaniec (eds.), *Universality of Punishment*, 2015.

Serie III. Editore Cacucci, Bari

15. Antonio Incampo/Adolfo Scalfati (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, 2017.
16. Lucio Franzese/Antonio Incampo (a cura di), *Potere e libertà al tempo delle emergenze/Power and Freedom in the Time of Emergencies*, 2021.
17. Piero Marra, *Per una moralità procedurale del diritto. Considerazioni attuali a partire da Lon L. Fuller* 2022.
18. Domenico Siciliano, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, 2023.
19. Antonio Incampo/Maria Antonella Pasculli (a cura di), *Partecipazione, rappresentanza e crimini di genere. L'obiettivo 5 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite*, 2024.
20. Leonardo Di Carlo, *La validità tra identificazione, applicatività e concetto di diritto*, 2024.
21. Maurizio Sozio, *Dall'opinione pubblica all'infosfera. Linguaggio, diritto e pubblicità in J. Habermas*, 2025.
22. Torquato G. Tasso, *Rapsodia del Diritto. Percorsi diacronici di Filo-sofia e Teoria Generale del Diritto*, 2026.