

**APPUNTI PER UNA TEORIA FILOSOFICO-REALISTICA DEL DIRITTO E DELLA SCIENZA GIURIDICA**

**SOMMARIO**

**Sezione I° Premesse filosofiche di ordine generale**

**A** La ragione

**B** I problemi della ragione teoretica e i principi fondamentali, di validità universale, che essa perviene a stabilire

**C** I problemi della ragione pratica e i principi fondamentali, di validità universale, che essa perviene a stabilire .

**Sezione II° Il diritto secondo una concezione filosofica radicalmente realistica**

**A** Il concetto empirico del diritto

**B** Le norme giuridiche esistono solo nel corpo delle loro concrete, particolari utilizzazioni e applicazioni

**C** Le norme giuridiche come veicolo per la realizzazione di valori

**Sezione III° La scienza giuridica ( in una prospettiva realistica) e le sue interne articolazioni**

**A** L'inaccettabile concezione tradizionale della scienza giuridica

**B** Una diversa concezione della scienza giuridica

**Sezione IV° La scienza giuridica come storia (studio storico) del diritto**

**A** Alcuni principi metodologici per la corretta impostazione e il corretto sviluppo dello studio storico del diritto

**B** La critica di alcune teorie del positivismo giuridico state ostacolo a un corretto studio storico del diritto

**C** Alcuni cenni sullo stato attuale della storiografia giuridica e i rischi di interferenza in essa di elementi impropri di giurisprudenza pratica

**D** Lo studio storico del diritto e la presenza nella storiografia giuridica di giudizi di valore - in particolare, di valore etico -.

**Sezione V° La scienza giuridica come giurisprudenza pratica**

**A** Un modello teorico generale per l'intelligenza dei processi di interpretazione pratica del diritto (quella delle Autorità che applicano concretamente il diritto e della Dottrina che offre loro consigli)

**B** Gli elementi costitutivi del modello e gli effetti della loro interazione

**C** Breve excursus storico- critico dell' "elemento ideale" e delle teorie dell'interpretazione ( con i riflessi nelle giurisprudenze pratiche) all'opera negli ordinamenti occidentali degli ultimi tre secoli (1600-1950).

**D** Le problematiche dell' "elemento ideale" e delle teorie dell'interpretazione negli ordinamenti occidentali contemporanei.

**E** Una teoria dell'interpretazione costituzionale valida per ordinamenti occidentali contemporanei.

**F** Lo stile che si confà alla Dottrina che interpreta a fini pratici una Costituzione, nell'epoca contemporanea.

\* **Avvertenza**

Le pagine di questo saggio non contengono, in senso proprio, la delineazione di una teoria filosofico-giuridica del diritto e della scienza giuridica. Una tale delineazione richiederebbe, sia pur in succinto, una trattazione organica della materia, comprendente tutti gli aspetti d'essa, condotta con un'adeguata,

approfondita esposizione critica di ciascuna delle posizioni prese, l'accurato, preciso controllo dei fatti e delle opinioni altrui menzionate, e il necessario corredo di un apparato bibliografico. L'impegno per una trattazione di questo tipo eccede il tempo a disposizione - e probabilmente le forze - di uno studioso che si avvicina per età alla fine della sua vita. Il saggio dunque contiene soltanto degli <Appunti> : i quali si propongono di presentare al lettore in forma semplice e provvisoria le idee che, a proposito del grande tema, l'autore del saggio ha da lungo tempo abbracciate. Essi riprendono concetti già espressi in altri scritti, ne allungano in qualche punto la spiegazione, li mettono in un ordine che può facilitarne la comprensione, aggiungono alcune importanti precisazioni e integrazioni: il tutto senza pretesa di offrire con ciò la versione di un pensiero che ha raggiunto il livello di un definitivo sistema.

Chi volesse perseguire il compito di elaborare una compiuta, organica teoria del diritto e della scienza giuridica secondo le linee di una concezione filosofico-realistica (la concezione che a me pare quella giusta) può trovare forse negli Appunti vari, utili spunti per il suo lavoro. A me essi stanno a cuore soprattutto in una prospettiva. Ciascuno d'essi tratta di un argomento meritevole d'essere separatamente discusso. Mi piacerebbe che essi offrissero a giovani giuristi, che si accingono a lavorare e a produrre nell'ambito della nostra scienza, l'occasione per farne oggetto tra loro di riflessioni e di critiche. Magari coinvolgendo in una ideale discussione, alla pari, da lontano, chi questi Appunti ha redatto.

Per il lettore che fosse interessato, alcune pubblicazioni in cui ho già esposto idee che questo saggio riprende, integra e sistematizza: *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994; *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali*, in Ass. Naz. Costituzionalisti, Annuario 2002, Padova, 2004; *Scienza giuridica e nichilismo giuridico*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2005,n.4; *Costantino Mortati e la scienza del diritto*, in Quaderni costituzionali, 2011,n.4.

## \*\* A modo di dedica

Alle origini di questi Appunti stava un iniziale desiderio ispiratore: rivendicare per Benedetto Croce il posto importante che gli spetta nella formazione di quella concezione realistica del diritto che, agli inizi del Novecento, cominciò ad affermarsi, in varie versioni, su entrambe le sponde dell'Atlantico. E' un posto che non gli viene riconosciuto, non solo fuori d'Italia - ciò può capirsi -, ma neanche nel suo proprio paese. Il che dovrebbe stupire, se non fosse che il livello della genuina speculazione filosofica in campo giuridico è drasticamente calato da noi dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, e non si è più in fondo ripreso. Non sono valsi a fargli acquistare quel dovuto posto nemmeno due opere di recente comparse, che, dopo decenni di quasi totale silenzio attorno al pensiero giuridico crociano hanno in qualche modo affrontato il tema: i due bei volumi contenenti la messa in stampa di due corsi universitari giovanili di Giovanni Sartori (*Studi crociani . I. Croce filosofo della pratica e la crisi dell'etica. II. Croce etico-politico e filosofo della libertà*, Il Mulino, Bologna, 1997), e l'ampio saggio di Giovanni Perazzoli (*Benedetto Croce e il diritto positivo - sulla "realtà" del diritto* -, Il Mulino, Bologna, 2011). Nessuna di queste due opere mi pare abbia adeguatamente assolto a quel compito, sebbene quella di Sartori, pur includente un giudizio nettamente negativo sulla concezione di Croce in materia di diritto, brilli per larghezza di vedute e offra spunti per molte rilevanti riflessioni. Quanto al saggio di Perazzoli, giova riservare un commento critico ad altra occasione.

Quale che fosse la loro iniziale ispirazione, questi Appunti non mirano ad esaminare il pensiero crociano sullo sfondo storico della genesi della concezione realistica del diritto, per rilevare, attraverso dovuti confronti, il ruolo che essa vi ha svolto. Messa da parte l'impostazione da saggio storico, gli Appunti si sono ambiziosamente impegnati a indicare alcune linee della teoria filosofico -realistica del diritto e della scienza giuridica che a chi scrive sembra, a ragion veduta, da condividersi. Contengono un discorso teorico che solo in qualche punto esplicitamente discute delle posizioni che Croce ha in proposito assunte. E tuttavia essi forniscono con sufficiente chiarezza - ritengo - il motivo per cui la teoria del diritto crociana ha titolo per figurare tra i più importanti contributi alla elaborazione di una valida, compiuta concezione realistica del fenomeno giuridico.

Chi legga gli Appunti scorgerà agevolmente le grandi distanze che essi, sullo specifico piano filosofico, prendono nei confronti di fondamentali aspetti del pensiero di Croce. Essi ripudiano l'impostazione idealistica che lo contraddistingue - o quanto di idealismo, e non è poco, rimane anche nella filosofia dell'ultimo Croce -. Essi respingono la sua teoria dei concetti empirici privi di portata e valenza cognitiva, meri pseudo- concetti, o costruzioni dotate di semplici funzioni pratiche. Essi si differenziano anche nella definizione della forma dell'esperienza morale, sia nella versione che la ricollega alla promozione di una

indeterminata Libertà, sia in quella che tenta in qualche modo, ma senza riuscirvi, di dare ad essa un qualche accettabile contenuto positivo.

Ma nella filosofia di Croce è presente e ferma una tesi che rappresenta un fondamento essenziale della concezione realistica del diritto: le norme – tutte le norme, di ogni tipo, in quanto piani di azione – esistono solo nella utilizzazione che ne viene fatta dai singoli atti che rappresentano la concreta realtà dell'agire umano ; ed esse posseggono il significato e la portata che di volta in volta è loro attribuita nei singoli atti che di esse fanno uso. Sulla base di questo concetto fondamentale è possibile elaborare una serie di teorie relative al concetto empirico del diritto e alle distinte articolazioni della scienza giuridica, come rispettivamente storia del diritto e giurisprudenza pratica, quali quelle che si offrono sommariamente qui, e che formano parte costitutiva di una concezione realistica tutta spiegata del diritto. Si tratta di elaborazioni che vanno al di là di ciò che si trova in Croce e in varia misura contrastano anche con idee da lui esplicitamente espresse o implicite nel suo discorso. E tuttavia, se esse sono derivate correttamente da quel concetto fondamentale di norma, che è il suo, possono in certo senso considerarsi una prosecuzione per il meglio del suo stesso pensiero: uno sviluppo coerente di “ciò che è vivo nella filosofia ( in materia giuridica ) di Croce”, lasciando cadere - come egli ci ha insegnato a fare trattando di un grande filosofo – “ciò che è morto”.

Sotto questo profilo, gli Appunti, se non rispondono direttamente alla questione del posto che spetta al filosofo nel quadro della formazione e della evoluzione della concezione realistica del diritto – questione che dovrebbe trattarsi con analisi e confronti di ampio respiro - possono per lo meno valere come riconoscimento di quanto nel suo pensiero era ed è tuttora valido – e non è poco, anzi è molto -. E possono venir idealmente presi come un convinto omaggio alla figura del pensatore e al grande contributo da lui recato alla intelligente comprensione del fenomeno giuridico.

## **Sezione I°**

### **Premesse filosofiche di ordine generale**

#### **A**    *La ragione*

La ragione è la facoltà, acquisita dalla specie umana a seguito di una evoluzione biologica e culturale durata milioni d'anni, che permette al soggetto uomo di ricercare e trovare la risposta agli ultimi, fondamentali problemi che sorgono nello sviluppo delle attività di conoscenza e di direzione della azione. La ragione si suddivide e distingue – secondo una antica opinione, giustamente ribadita da Kant - in *ragione teoretica* (relativa ai problemi della conoscenza )e in *ragione pratica* (relativa ai problemi concernenti la guida della azione ).

#### **B**    *I problemi della ragione teoretica e i principi fondamentali, di validità universale, che essa perviene a stabilire*

1. Nella attività rivolta alla conoscenza – della finalità della quale il soggetto che la pratica ha immediata coscienza e consapevolezza - l'obiettivo perseguito è la rappresentazione esatta delle cose indagate, della loro realtà quale essa è di per sé. Lo scopo della conoscenza è, secondo la classica definizione, la *adaequatio intellectus ad rem*. Tale *adaequatio* coincide col concetto essenziale di *verità*.

Nel perseguire questo obiettivo la ragione è pervenuta, in età moderna e con Cartesio, a dubitare che qualsiasi delle rappresentazioni da essa elaborate sulla base dei dati offerti dall'esperienza dei sensi, possa pretendere, con certezza, di essere vera, di cogliere la verità. Cartesio superava l'ostacolo di quel dubbio radicale affermando, in quanto idee chiare e distinte, patrimonio sicuro della ragione, l'idea dell'esistenza del soggetto pensante ( la *res cogitans*) e di varie altre idee relative alla consistenza della realtà, e in particolare di quella naturale (la *res extensa*). La sicurezza pretesa dal razionalismo cartesiano per le rappresentazioni da esso privilegiate fu presto scossa dalle critiche degli empiristi anglo-scozzesi, che, con Hume, giunsero a negare validità a concetti per quel razionalismo fondamentali, quali quelli di sostanza e di causa. Kant credette di superare le incertezze generali prodotte dall'empirismo scetticizzante con la teoria per cui l'intelletto ( il *Verstand* ) è organo deputato a produrre conoscenza, ed esso agirebbe applicando alla materia sensibile forme e categorie fisse a priori; onde i risultati dell'applicazione godrebbero del privilegio della

certezza. Purtroppo, per Kant, la ragione ( *Vernunft* ) rivela all'uomo che le conoscenze fornite dall'intelletto sono conoscenze solo di apparenze ( i fenomeni ), e non svelano i contenuti della realtà reale ( del noumeno, della "cosa in sé" ).

Dall'impostazione kantiana dei problemi della filosofia teoretica presero le mosse i filosofi dell'idealismo ( Fichte, Schelling, Hegel). Se la "cosa in sé" è totalmente inconoscibile dal soggetto pensante - essi dissero -, di essa non si dovrebbe neppure parlare. Invece se ne può, modificando l'approccio al problema. Infatti, il soggetto pensante può e deve riconoscere l'esistenza di una sola, unitaria realtà: composta dal soggetto stesso ( l'io), la sostanza spirituale del quale costituisce anche la sostanza delle strutture del mondo che esso oppone a sé come distinto ( il "Non-io" ). Gli idealisti, ferma per essi la natura spirituale di tutta la realtà esistente, furono tratti a descrivere i processi onde essa si sviluppa incessantemente in termini ricavati dalle esperienze della vita dell'uomo. Ne seguì la interpretazione del divenire che caratterizza la storia dello stesso mondo fisico come la progressiva affermazione dialettica di momenti via via sempre più complessi e meno precari, alla maniera di quanto è avvenuto ed avviene nelle vicende della realtà psichica umana.

L'analisi fatta dagli idealisti delle conquiste culturali realizzate dall'uomo, e dei processi evolutivi che hanno caratterizzato la sua storia, contenevano intuizioni di alto valore e rivelazioni di importanti verità. Ma la filosofia idealistica della natura, che essi avrebbero voluto sostituire, come rappresentazione più vera, alle conoscenze che frattanto le scienze empiriche venivano accumulando con l'impiego dei metodi della raccolta e del confronto dei dati dei sensi, dell'astrazione, dell'induzione e dell'esperimento, non poteva in alcun modo sperare di reggersi. Nel corso dell'Ottocento essa fu ben presto screditata e abbandonata.

Non mancarono tuttavia nel Novecento tentativi di salvare la tesi filosofica della coincidenza dell'intera realtà con lo Spirito. Si rinunciò ( con Croce) a impegnarsi in specifiche narrazioni del divenire dialettico dei fatti della natura non umana ( pur ribadendo che anche lì valevano comunque processi di qualità spirituale). Non si concesse, ad ogni modo, che le conquiste delle scienze empiriche avessero carattere genuinamente cognitivo: si tratterebbe solo di elaborazioni produttive di pseudo-concetti o finzioni, che si forgiavano perché sono utili per la vita pratica.

Si volle ( Gentile ) che lo Spirito sia tutt'insieme pensiero (che produce teorie) e azione. Sicché, in primo luogo, non si potrebbero dare problemi di verità (nel senso tradizionale del concetto) nei confronti di qualsiasi affermazione il pensiero faccia: poiché in quell'atto il pensiero è anche azione, e ciò che esso al momento afferma, e vuole, è per esso il vero, ed è il bene. Il vero coincide così con il creduto nell'atto della sua affermazione, e muta dunque nel perenne divenire del pensiero; né v'è modo di sottrarre il pensiero alla superiore logica vincente del suo inesorabile mutamento. D'altra parte, ogni aspetto della realtà va concepito come realizzazione dello Spirito, pensiero e azione ad un tempo, atto dopo atto.

Se le correnti della filosofia idealistica hanno condotto a svalutare, in un modo o nell'altro, la portata cognitiva delle scienze empiriche, a un medesimo risultato sono pervenute, per altra strada, altre correnti del pensiero filosofico contemporaneo. In sostanza, tutte quelle che hanno finito per contestare la validità del concetto classico del conoscere.

Il pragmatismo, come dice il nome, è una filosofia che ritiene inutile ravvisare nelle ricerche scientifiche altra cosa che lo sforzo di ottenere la conferma, alla riprova pratica, delle previsioni teoriche formulate in anticipo per fini pratici. Postulare che al di là del successo sperimentale empirico si dia una realtà che il ricercatore vorrebbe svelare è vano. La verità coincide del tutto con il semplice successo degli esperimenti tentati, in un processo di tentativi che non ha fine.

La prospettiva del successo pratico non attira il pensiero dell'esistenzialismo, in nessuna delle sue versioni. Qui una Realtà che il pensiero agognerebbe di conoscere nella sua vera consistenza non viene negata. Ma si tratta di un Essere così totalmente trascendente che di esso nulla si può sapere e nemmeno propriamente dire. Quelle che si propongono dall'uomo come sue conoscenze sono in realtà solo espressioni delle sue contingenti e sempre diverse condizioni esistenziali. Se l'uomo si lascia illudere da esse, e ne usa con entusiasmo a fini pratici, altro non fa che diventare schiavo della tecnica, cioè di un tarlo fatale per la sopravvivenza della civiltà.

IL neopositivismo logico ha cominciato col progettare una riformulazione rigorosa del linguaggio scientifico in modo da garantire la sua capacità di attenersi strettamente ai fatti, e di evitare sbandate metafisiche. Ma dopo che il concetto stesso di "fatto" apparve viziato da connotazioni metafisiche, con il secondo Wittgstein e con altri seguaci della scuola, la filosofia neopositivistica si ridusse a proporre in quanto valida la semplice analisi del linguaggio e delle sue articolazioni formali, così come esse si presentano, anzi dei diversi molteplici linguaggi in cui può liberamente esprimersi l'inventiva umana, senza che tra essi si imponga una scelta in funzione della verità.

2. Di fronte al panorama triste di queste ultime posizioni, tutte negativiste, la ragione ha diritto di ritornare al punto di partenza - il dubbio sistematico - e di rivendicare gli elementi parzialmente positivi presenti nel razionalismo cartesiano e in quello degli idealisti. Il soggetto pensante non può, senza contraddire in atto la sua stessa affermazione, disconoscere al suo pensiero la capacità di cogliere, almeno per qualche aspetto, la realtà. Se fosse valida la negazione totale di quella sua capacità, almeno la verità certa di quella negazione - la sua corrispondenza alla realtà - sarebbe assicurata. Impossibilitato a fermarsi senza contraddizione sul negativo, il pensiero deve in conseguenza affermare in positivo la propria potenza a conoscere, almeno in certa misura, il reale, e, contemporaneamente e in conseguenza, l'esistenza di una realtà distinta da sé, oggetto intenzionale delle sue indagini, nonché l'esistenza di sé stesso come parte di quella realtà, intesa come totalità onnicomprensiva dell'esistente .

Si possono assumere questi principi di filosofia teoretica come il fondamento non contestabile da cui muovere in tutte le ulteriori ricerche di ordine conoscitivo.

Prime tra esse devono porsi quelle dirette a definire con esattezza le necessarie implicazioni logiche del rapporto tra pensiero e realtà come rapporto conoscitivo: gli essenziali di una teoria della conoscenza e gli essenziali di una connessa teoria pluralistica della realtà (nella speciale problematica delle quali non occorre qui addentrarsi).

Quanto alle ricerche rivolte a determinare i contenuti della realtà che sta di fronte al soggetto pensante e che si tratta, appunto, di scoprire nella loro particolare natura e composizione, va subito respinto il passo compiuto a priori dagli idealisti con l'identificare nello Spirito la sostanza portatrice di tutta la realtà. I contenuti di quest'ultima, nelle loro complesse articolazioni, vanno indagati lavorando sui dati dell'esperienza sensibile con i metodi delle scienze empiriche, quelli già messi in opera con successo in passato e fino ad oggi, e quelli nuovi e più efficaci che si potranno in seguito individuare e perfezionare. La elaborazione non potrà naturalmente concepirsi legata all'impiego di categorie concettuali fisse, e definite a priori, quali quelle del *Verstand* kantiano, atte a giustificare la conclusione che il prodotto della loro applicazione non può avere alcun rapporto con la realtà in sé.

I risultati delle indagini condotte con i metodi empirici propri dei diversi settori del sapere hanno invece sempre, in qualche misura, la qualità di conoscenze del reale. La hanno, perché si fondano sulla comparazione e il collegamento di dati immediati incontestabili della vita vissuta, sono controllati nella loro interna coerenza logica, e sono sottoposti a continue riprove attraverso il confronto, che sia positivo, con nuovi dati. *Mettono in luce, come minimo, elementi che i dati, di per sé eventi di carattere singolare, hanno di fatto in comune tra loro.*

I concetti e le teorie empiriche prodotte dalle indagini procedenti con metodi empirici hanno genuino valore conoscitivo: ma il loro valore non è mai, naturalmente, assoluto.

Quei concetti e quelle teorie sono sempre, in primo luogo, rilevazioni solo parziali della realtà. Essi costituiscono un ritratto della realtà preso in ogni caso da un punto determinato di osservazione. I punti di osservazione sono potenzialmente infiniti, e i possibili ritratti della realtà sono perciò diversi, eppure, se validamente composti, egualmente validi. Stanno fianco a fianco e, senza contraddirsi, arricchiscono la massa del sapere.

In secondo luogo, la validità dei concetti e delle teorie empiriche è collegata al loro diverso grado di probabile aderenza al reale. Quelli tra essi che nel lunghissimo corso della storia, per ripetute prove e controprove, non hanno trovato smentita dai fatti concreti di esperienza, hanno altissima probabilità di essere senz'altro oggettivo ritratto della realtà quale essa è in sé. Il grado di verosimiglianza dei concetti e delle teorie che hanno dietro di sé una storia di convalidazioni empiriche più ridotta varia con la misura, maggiore o minore, delle convalidazioni ottenute. Concetti e teorie nuovissimi, non ancora messi ad alcuna seria prova, contano per il momento come ipotesi, magari brillanti e molto promettenti, ma da verificare.

Le nozioni empiriche che la specie umana ha accumulato circa i modi d'essere del mondo sono via via cresciute col tempo, e nei secoli recenti hanno raggiunto livelli altissimi di complessità e di precisione, ramificandosi in scienze che utilizzano metodologie raffinate di indagine e coprono ormai tutti i campi della realtà. Il sapere complessivo della specie, dunque, costituisce attualmente un patrimonio conoscitivo di inestimabile valore. Sarebbe patologica esasperazione del principio del dubbio ritenere che esso si componga, come qualcuno vorrebbe, di enunciazioni che nulla ci dicono circa gli effettivi contenuti del reale. Ma occorre ricordare d'altra parte che, per grandi che siano i risultati già raggiunti, quel patrimonio rimane comunque un corpo di conoscenze per sua intrinseca natura limitato e perfettibile: aperto perciò, per il futuro, ad ogni possibile correzione e all'auspicabile apporto di sempre ulteriori arricchimenti.

**C** *I problemi della ragione pratica e i principi fondamentali, di validità universale, che essa perviene a stabilire*

**1.** La conoscenza della realtà non contiene *di per sé* indicazioni che si impongano come guida dell'azione umana: né regole di contenuto specifico né tantomeno principi fondamentali aventi portata universale. L'obiettivo della attività conoscitiva è la acquisizione della verità, cioè la semplice descrizione del reale per quello che esso è in sé. La descrizione può magari riguardare episodi di condotte facenti uso di norme per guidare in questa o quella direzione l'azione umana, individuale o collettiva. Ma la descrizione di quelle condotte e norme è descrizione di un mero fatto storico, che, come tale, non impegna certo il soggetto descrivente ad assumerle a guida della propria condotta.

Affinché dal conoscere e dai principi che ne regolano l'attività si passi all'azione e ai principi che ne debbono regolare lo sviluppo, occorre prendere atto preliminarmente che la volontà che presiede all'agire si muove sempre in vista della realizzazione di qualche *interesse*: interesse che essa fa proprio e che la spinge a cercare i mezzi idonei per realizzarlo di fatto; interesse prescelto al momento come fine da attuare, come il *bene*.

E' nel processo della ricerca di questi mezzi che la conoscenza neutralmente descrittiva del reale entra, e deve entrare, in gioco. Soltanto la conoscenza affidabile delle cose mette il pensiero in grado di scegliere tra esse quelle che possono servire alla attuazione del fine perseguito.

La conoscenza oggettiva precedentemente acquisita fornisce materia sulla quale il pensiero, finalisticamente orientato, compie le sue scelte intelligenti: servendo in tal modo ai bisogni dinamici della vita pratica.

Il pensiero che opera nella dinamica della vita pratica ha però un obiettivo diverso da quello della pura attività conoscitiva: distingue tra le cose quelle che sono adoperabili per il conseguimento del fine voluto e quelle che gli fanno ostacolo. I prodotti delle sue elaborazioni, in questo ruolo, non rispondono più al criterio della verità, bensì a quello distinto della *convenienza*. Gli elementi che compongono la realtà conosciuta divengono in quel discorso *valori*: ossia elementi da trattarsi in funzione del servizio o dell'ostacolo che possono rispettivamente offrire in vista della realizzazione del bene o *valore-guida* che in quel momento sta in testa al discorso.

Il discorso che esprime i risultati della attività conoscitiva pura produce concetti empirici che hanno mera portata rappresentativa-descrittiva. Il discorso che esprime i risultati delle scelte del pensiero orientato a finalità pratiche si avvale anch'esso di quei concetti, ma, quando li usa, ne muta fondamentalmente il significato e la portata: li individua come possibili guide indirette di azioni da compiere e come misure per effettuare la valutazione dei meriti ( da un punto di vista pratico) di azioni compiute. Gli elementi che il discorso conoscitivo accerta assumono, nel discorso che si tiene nella sfera dell'agire pratico, la diversa funzione di elementi la cui esistenza va potenziata, ovvero va combattuta, in rapporto al fine ultimo che si persegue; di fatti accaduti, che vanno giudicati con segno positivo, ovvero con segno opposto negativo.

Il pensiero, che si preoccupa di individuare i mezzi, ricava, dalla conoscenza delle componenti della realtà e dei loro obiettivi collegamenti, *norme* e *sistemi di norme* - cioè schemi di condotte tipiche, singole e coniugate - la cui osservanza, in condotte concrete successive, si ritiene possa servire al conseguimento del fine prescelto.

E' questa la genesi delle grandi costellazioni normative che hanno sempre accompagnato, dall'inizio dell'epoca storica, gli sviluppi dei costumi sociali dei vari popoli, sia con riguardo alle condotte richieste agli individui presi come singoli, sia con riguardo a quelle caratteristiche dell'agire in comune di un gruppo. La storia ha registrato la presenza di una grande varietà di costumi sociali e di relative normative, diverse nei contenuti e diverse nelle rispettive discipline sanzionatorie. E la varietà si spiega, non solo in base ai diversi fini che i popoli e i gruppi hanno prescelto di porre a capo del loro agire, ma, e in misura rilevantissima, anche in base al diverso grado di complessive conoscenze al momento a disposizione, e al diverso possesso di strumenti idonei a facilitare la realizzazione del fine.

Il soggetto umano che abbraccia come proprio l'interesse da cui nasce la volontà d'agire, e l'accetta come un fine, è naturalmente portato a considerare obbliganti le norme che siano state pensate come strumentali all'attuazione del fine, e a conformare ad esse, tendenzialmente, fin che dura l'adesione al fine, la sua condotta. Il comportamento parallelo di una pluralità di soggetti, partecipanti a quel sentimento di obbligo, spiega la coesione che gli storici hanno potuto constatare esistente di regola nella vita dei gruppi sociali - dei grandi, come dei piccoli gruppi - .

**2** . Gli interessi che la volontà del soggetto fa propri, eleva a fine della sua condotta, e in base ad essi agisce, sono tra loro potenzialmente diversissimi: la loro varietà è praticamente infinita. Alcuni concernono la persona dell'individuo e i suoi particolari, speciali desideri. Altri, condivisi dagli individui a gruppi, si

riferiscono a bisogni avvertiti in comune. Altri appartengono al gruppo in diretta contrapposizione a quelli di altri gruppi: come, per esempio, gli interessi di una nazione di fronte a quelli delle altre nazioni. E via dicendo.

Tutti i casi menzionati, e altri analoghi che potrebbero menzionarsi, pur differenti di tra loro, si caratterizzano per una qualità che li accomuna. Il fine che viene in essi perseguito è un *fine parziale*, sempre attualmente o potenzialmente in conflitto con altri fini, attualmente o potenzialmente prescelti, al momento o in seguito, dallo stesso soggetto o da altri soggetti.

Ma l'evoluzione biologica e culturale della specie ha fatto sorgere nelle coscienze, nel corso della storia, *il bisogno e l'istinto di superare la parzialità degli interessi che la volontà elegge a fine delle proprie azioni*. Si è sviluppata nell'uomo *l'aspirazione ad informare in generale l'azione a principi pratici dotati dello stesso valore universale che è proprio dei principi che la ragione teoretica individua come fondamento e guida per il valido sviluppo della attività conoscitiva*. Attraverso la comunione di superiori principi etici, che dovrebbero sempre presiedere all'azione, gli uomini, divisi nel perseguimento, individualmente e per gruppi, di interessi diversi, troverebbero motivi profondi per superare conflitti altrimenti irriducibili.

La piena consapevolezza del vitale interesse umano a possedere *un'etica, che sollevi l'uomo al di sopra del puro dominio degli interessi parziali*, è maturata nel mondo occidentale ( la storia dell'Oriente sta a parte ) solo con gli sviluppi della cultura ebraica e di quella greco-romana, con il coronamento finale della cultura cristiana. Peraltro, la definizione organica dei supremi principi etici fu tentata a lungo dal pensiero filosofico ricavandola da teorie opinabili circa la natura dell'uomo e la sua posizione nel mondo. Mancò in genere la coscienza che i principi etici non possono avere altro fondamento che nella autonoma riflessione del pensiero umano, partente dalla volontà di superare la parzialità di ogni finalità pratica particolare. ( Così come in campo teoretico-conoscitivo il fondamento della vera conoscenza si trova in una autonoma riflessione, la quale vince e oltrepassa, nella giusta direzione, il dubbio radicale circa la validità di ogni precedente affermazione conoscitiva ). Kant riconobbe per primo che i principi dell'etica derivano la loro validità solo da una "coscienza morale autonoma", e fece compiere alla filosofia pratica un passo decisivo. Ma egli provvide poi a formularli lavorando a un concetto formalistico di universalità, che conferiva validità assoluta e rigida a enunciazioni normative specifiche che a tale qualità non possono aspirare.

Una formulazione adeguata dei principi essenziali di una valida teoria etica - una formulazione prodotta di un pensiero che si eleva a "ragione pratica" - può così articolarsi.

a) La *realtà*, nella sua *totalità* e in *ciascun elemento* che entra come parte nella sua composizione - ogni entità identificata dalla funzione conoscitiva della ragione come elemento distinto - devono ritenersi di per sé e di principio dotati di *valore positivo*. Non può accettarsi la valutazione filosofica negativa del reale nel suo insieme abbracciata da talune correnti della filosofia occidentale ( Schopenhauer; Leopardi; ecc. ), perché essa è espressione di una scelta di ordine particolare, dettata da una personale reazione al fenomeno del dolore, che si vorrebbe cancellare come il massimo male dal mondo, avviando l'azione a realizzare l'ideale del "nulla". La positività valoriale di ogni elemento che entra nella composizione del reale esistente, d'altronde, si impone in conseguenza della scelta di evitare, nell' iniziale determinazione dei principi etici, qualsiasi presa di posizione che sia di parte.

b) Gli elementi che compongono la realtà, in quanto di principio valori di per sé positivi, esigerebbero a rigore trattamenti pratici rivolti al soddisfacimento di tutte le rispettive istanze esistenziali particolari. Ma tale esigenza non può, nella sua piena integralità, realizzarsi, da parte di una azione umana che ha poteri limitati. Inoltre, la massa complessiva di tali istanze contiene innumerevoli conflitti, in atto e potenziali, che non possono essere risolti se non prendendo partito, e dunque in base a una *graduazione di importanza tra tutti i valori coinvolti*, che spetta alla ragione stessa stabilire. E la graduazione non può a questo punto ispirarsi altro che a una *preferenza di principio per quanto più si approssima a ciò che è vita razionale*, e più la realizza in sé. Ogni più piccolo essere è in sé una realtà positiva; ma, costretta alla scelta, la nostra azione, fatto ogni opportuno bilanciamento, dovrà favorire quelle soluzioni che riconoscono una gerarchia nell'immensa distesa della realtà: una gerarchia che privilegia, in progressione graduata, la diversa partecipazione a quel modo d'essere che, al suo vertice, pone l'esigenza di una azione che non sia brutalmente partigiana. E' quel modo d'essere ( la vita razionale ) ciò che rende possibile l'esistenza stessa del problema di una azione che aspiri a valenza universale

c) *Il sistema etico*, che risponde alla logica della ragione pratica, *esige in conclusione azioni che vengano incontro alle aspettative di ciascuna componente della realtà, ma con tendenziale preferenza per ciò che appartiene alla sfera della ragione, in tutti i suoi aspetti*. In sostanza, esso *assegna all'uomo il compito di promuovere, con intelligenza e giusta misura*, la continua, crescente affermazione nel mondo dei valori

propri della vita razionale: la conoscenza del vero, la fruizione del bello, il possesso dei mezzi che permettono il godimento di sempre più alte esperienze umane. In altre parole: è *compito dell'uomo far avanzare, dappertutto e senza limiti prestabiliti apriori, i beni superiori della civiltà*.

**3 .** Il dovere etico di promuovere i valori della civiltà non può attuarsi che avendo riguardo alle condizioni concrete in cui la realtà circostante si trova, e alle concrete capacità dell'azione di apportarvi le giuste modificazioni; circostanze e capacità rivelate dagli accertamenti compiuti dalla attività conoscitiva. Segue da ciò che dai principi etici appena enunciati, aventi valenza universale, non possono ricavarsi *norme di condotta specifiche* che abbiano una pari valenza universale, perché le condizioni circostanti, le capacità dell'azione e le cognizioni ad esse relative variano col procedere del divenire storico. Non si dà pertanto un codice di moralità personale (una kantiana *Tugendlehre*) permanente e definitivo, vincolante idealmente per ogni tempo e luogo. Né si dà un codice, dotato di eguale vigore, con riguardo all'organizzazione giusta degli uomini in gruppo (una *Gesellschafts-* o *Gemeinschafts-* o *Rechtslehre*, sia essa dettata da un Kant o da un Locke o da qualche costituzionalista che proclami i diritti eterni e inalienabili dell'uomo). Il pensiero, ispirato ai principi etici, deve elaborare di volta in volta gli uni e gli altri codici, tenendo conto, con *mentalità rigorosamente storicistica*, delle situazioni particolari su cui l'azione verrà a incidere, al fine di massimizzare, nel loro contesto, la attuazione dei *beni della civiltà*. E dovrà tener conto dei distinti codici già formulati e resi operativi dai soggetti e dai gruppi, in funzione della realizzazione di qualche loro bene o interesse particolare: dovrà in sostanza lavorare per correggere questi ultimi, per contenerli e adattarli, sul piano della effettiva condotta, ai valori etici universali come realizzabili nella situazione.

E' questa la strada per cui i beni della civiltà crescono, e devono crescere, nei processi della storia: attraverso il riconoscimento pratico dell'eguale posto dovuto alla pluralità varia degli interessi e delle attese esistenti, ma sempre con promozione privilegiata, per quanto possibile, delle attività che producono *maggiore inciviltà*. L'etica del *razionalismo storicistico* traduce così, in aggiornati, attuali termini filosofici, il messaggio assegnante valore positivo al mondo nel suo insieme e al contempo il giusto primato in esso dell'uomo come essere spirituale, contenuto nel linguaggio simbolico della leggenda ebraica della creazione del mondo. Ed anche nei migliori e più equilibrati dialoghi platonici e nell'*Etica* aristotelica.

La *ragione pratica* e il pensiero che ne storicizza le implicazioni forniscono *direttive per l'azione che deve svolgersi in futuro*. Le direttive così elaborate hanno valore più o meno limitato nel tempo e nello spazio. La certezza della loro bontà, anche in tali contesti, non è mai assoluta: è sempre relativamente problematica, come lo è quella delle conoscenze empiriche a cui esse sono direttamente collegate. Ma come è il caso per i giudizi descrittivi che esse incorporano, così si danno anche per le direttive pratiche gradi diversi di problematicità. Per alcune, l'identificazione di ciò che nelle circostanze i valori della civiltà richiedono, a fronte di scelte che si presentano alternative, non presenta dubbi: l'identificazione è sicura. In altri casi, gli orientamenti pratici che la coscienza morale deve suggerire rimangono più incerti: da che parte stiano le esigenze del progresso civile può ragionevolmente disputarsi.

**4 .** La *ragione pratica* è la facoltà che governa gli sviluppi dell'azione futura. Ma essa fornisce anche *un metro per valutare la qualità delle azioni umane passate*.

La storia degli uomini deve essere accertata per quello che essa è stata, oggettivamente, attraverso ricerche di pura natura conoscitiva. Come già detto, la conoscenza della storia umana rivela l'esistenza di fatti, non contiene di per sé valutazioni; mette in luce atti di valutazione accaduti e azioni conseguenti. Nel soggetto pensante, peraltro, accanto alla attività conoscitiva opera l'attività produttiva di valutazioni pratiche, e, tra esse, quella che trae ispirazione dalla ragione pratica e ne articola i valori. Egli può allora affiancare valutazioni tratte dalla logica della ragion pratica agli accertamenti storici oggettivi compiuti dalla attività conoscitiva. La storia gli appare allora percorsa, tra l'altro, da processi di creazione, conservazione, incremento (ovvero di perdita) di beni della civiltà: processi che acquistano valenza positiva (ovvero negativa), a seconda dei casi. Questo genere di storiografia eticamente orientata è non solo del tutto legittimo: è stato ed è tuttora produttivo di opere di massima validità culturale.

Lo storico che contempla la storia con occhi rivolti ai valori morali si trasformerebbe però in storico traviato da miope moralismo se si ponesse a registrare gli avanzamenti e le ritirate della civiltà in rapporto a parametri validi per il proprio tempo e luogo. Una storiografia eticamente matura deve tenere conto delle condizioni in cui l'azione umana è venuta di volta in volta svolgendosi, e deve compenetrarsi delle possibilità concrete che le diverse situazioni offrivano. Gli appariranno in tal modo grandi conquiste civili modelli di condotte individuali e di convivenze sociali affermatesi in epoche andate, che al presente costituirebbero un triste, offensivo caso di conclamata inciviltà. Ciò contribuirà, in aggiunta, ad educarlo alla consapevolezza



che i livelli raggiunti attualmente dalla società a cui egli appartiene, qualunque ne sia la qualità, sono sempre passibili di miglioramenti e di opportune modificazioni.

## Sezione II°

### Il diritto secondo una concezione filosofica radicalmente realistica

#### A. Il concetto empirico del diritto

Adoperiamo in questa sede il termine *diritto* (nel senso di *diritto positivo*, secondo l'accezione del linguaggio comune) per designare uno dei fenomeni di cui si compone la multiforme storia dell'uomo. Intendiamo per diritto *l'insieme delle norme che sono utilizzate di fatto da un gruppo sociale determinato per provvedere alla sua interna organizzazione e per disciplinare le condotte dei suoi appartenenti*. Si tratta di un concetto empirico che, sottolineando alcuni caratteri del fenomeno che individua (le *norme* in primo luogo, ma insieme il loro necessario collegamento con un *gruppo* determinato, che ne fa uso per darsi una *disciplina* e ne appronta i *mezzi*), permette di separarlo con sufficiente chiarezza da altri fenomeni che, pur condividendo con esso alcune sue caratteristiche, non ne posseggono altre, di oggettiva rilevanza. Inoltre - e la cosa è di particolare interesse ai nostri fini - il fenomeno "diritto", come qui definito, ha la proprietà di essere, per tradizione ormai plurimillennaria, l'oggetto dello studio e della lavorazione specializzata di quella corporazione di studiosi e di operatori politico-sociali che chiamiamo *giuristi*. L'area in cui si è esercitata l'arte difficile di questa variegata e privilegiata élite ha appunto coinciso più o meno, nella storia, con quella delineata dalla nostra definizione. V'è dunque anche una ragione particolare per attenersi ad essa in un saggio che si preoccupa soprattutto di discutere della natura e dei metodi della scienza giuridica.

La definizione delimita l'oggetto "diritto" al solo insieme di norme collegate all'uso che ne fa in comune un gruppo, una pluralità di soggetti individui. Ma essa va intesa in stretta connessione con *una concezione radicalmente realistica dei fenomeni normativi in generale*.

Se per norma intendiamo "un atto volitivo che ha per contenuto una serie o classe di azioni" (Croce) e mira a imporla a guida di una condotta futura (propria o altrui), la strutturale rigorosa analogia tra i programmi di vita che l'uomo sceglie per sé e quelli "giuridici" che vediamo accolti in una comunità, impegnandone i suoi membri, è di per sé evidente. Croce, per questo rispetto aveva ragione. L'aveva, in particolare, perché non esiste una comunità che, come ente autonomo, formi ed esprima una sua volontà normativa. Le norme, anche nel caso in cui le vediamo regolare una pluralità di soggetti, sono sempre poste, accolte ed eseguite solo da individui, che per motivi loro (del più diverso genere) le fanno proprie e procedono ad agire in maniere conseguenti. Esse sono strumenti utilizzati nel corso di azioni appartenenti a singoli, distinti soggetti. Il fatto che una larga, larghissima pluralità di volizioni-azioni individuali utilizzi lo stesso (o quasi lo stesso) strumento normativo consente, contemplando quelle volizioni-azioni prese in massa, di parlare di una norma che di fatto è comune a quei soggetti: che è la norma di quella comunità. Anzi, la terminologia che in quei casi parla di una comunità è giustificata tanto più quando, come nella definizione sopra proposta a delimitare il concetto di "diritto", si tratti di un "insieme di norme"; e tanto più ancora quando, come accade normalmente, nell'insieme delle norme accolte in comune ve ne siano varie che, di proposito, prevedano modi (variamente articolati) per il rinnovo delle norme stesse, attraverso atti consapevoli e deliberati da parte di soggetti appartenenti al gruppo. In questi casi le norme volute in comune, e seguite da corrispondenti azioni, contribuiscono poderosamente alla organizzazione del gruppo stesso, a dargli una struttura che ne predispona il movimento, a prospettarlo appunto come una comunità. Ma, da un punto di vista realistico, la comunità non può pensarsi come un ente-sostanza, un corpo dotato della stessa qualità esistenziale dei soggetti individui. *Le norme, in ultima analisi, esistono soltanto in quanto pensate, volute e attuate singolarmente da singole persone*. E il prodotto "comunitario" - *l'ordinamento giuridico* che ne consegue - nasce dalla circostanza che i contenuti normativi, coordinati in insiemi complessi, sono qui condivisi e realizzati da una più o meno vasta pluralità di soggetti.

Le norme che gli individui danno liberamente a sé stessi per la conduzione della loro propria vita, se da un lato presentano caratteri strutturali eguali a quelli delle norme che essi pensano e vogliono, in condivisione con altri soggetti, per la conduzione della comune vita di un gruppo, da un altro lato se ne distinguono per alcuni elementi di sostanziale rilevanza. Le norme del secondo tipo - quelle che scegliamo di chiamare "norme giuridiche" - includono in genere *imperativi* più *fermi* nel tempo di quelle del primo, meno suscettibili di facili mutamenti. Si accompagnano di solito con la minaccia di sanzioni *più forti*, talvolta *fortissime*, in caso di loro violazione. I loro mutamenti, realizzati in maniere concordate, vengono accolti e fatti propri dal singolo, per ragioni di varia, speciale convenienza, anche se egli, di per sé, non li avrebbe

voluti. Si tratta di tendenziali, approssimative differenze tra i due ordini di norme, che una dottrina tradizionale riassumeva con l'attribuire alle norme del secondo ordine la *qualità della esteriorità, della imperatività e della coattività*. Croce criticò aspramente la dottrina dei caratteri differenziali del diritto, ma a torto. Egli negava ogni rilevanza alle differenze di genere quantitativo, sulle quali la dottrina fondava le sue definizioni, perché pensava che esse dessero luogo solo a pseudo-concetti, per lui incapaci di rivelare alcunché della vera realtà. I concetti empirici, viceversa, se correttamente elaborati, avviano a cogliere nel loro intrinseco veri aspetti della realtà. E in questo caso le differenze tra le norme del diritto (nel senso sopra definito) e quelle meramente individuali (o come anche si suole dire, con locuzione equivoca, meramente "moralì") sono effettive: il plurimo, costante consenso attivo che circonda e contraddistingue le norme giuridiche è un fatto, e effettive sono le diverse conseguenze che questo fatto produce; le norme giuridiche determinano il formarsi di ordinamenti che operano in continuità e con efficacia condizionante speciale, diversa da quella delle norme strettamente individuali, sulla condotta e l'intera vita degli individui; e via dicendo, con riguardo agli altri caratteri differenziali che la dottrina è venuta progressivamente meglio specificando rispetto a quelli che si indicavano un tempo per tradizione.

**B. *Le norme giuridiche esistono solo nel corpo delle loro concrete, particolari utilizzazioni e applicazioni.***

Secondo una concezione di antichissima origine - che toccò il suo apice nelle teorie del positivismo - le norme giuridiche, poste nei modi legalmente previsti dal gruppo, una volta poste acquisterebbero una loro indipendente esistenza, staccate dagli atti che le generarono; e formerebbero tra di loro un sistema per sua natura coerente e compatto. La concezione realistica del diritto respinge nella maniera più ferma questa prospettazione.

Le norme giuridiche - come prescrizioni di classi di azioni - nascono e vivono nel tempo come strumenti che i loro utilizzatori - i loro primi autori e poi via via tutti coloro che le applicano successivamente - adoperano per realizzare valori o fini che stanno loro a cuore. *In quanto strumenti di azioni concrete, esse esistono storicamente solo in stretta connessione con le azioni che le utilizzano. Il loro contenuto precettivo è quello che di volte in volta loro assegnano gli utilizzatori.* Ciò comporta, in primo luogo, che la loro combinazione presenta aspetti di reciproca compatibilità e coerenza solo nella misura che la loro creazione sia intervenuta in base a calcoli ben fatti di coordinamento: il che spesso non avviene; onde l'insieme delle norme ad ogni momento operative nell'ambito di un gruppo non forma mai un vero sistema. In secondo e principale luogo, i segni di cui si vestono i precetti agli effetti della loro comunicazione sono suscettibili sempre - si pur in varia misura - della attribuzione di significati e di implicazioni differenti. Sicché, continuando il medesimo segno normativo ad essere adoperato dai vari utilizzatori, esso cambia spesso di concreto contenuto nel tempo, allontanandosi più o meno sensibilmente dal contenuto iniziale, in un processo di mutazione a rigore inevitabile. Segue da ciò che l'insieme delle norme giuridiche che concretamente sono all'opera nell'ambito di un gruppo organizzato sempre tende a rinnovarsi, non solo per la deliberata abrogazione e sostituzione delle norme nella loro veste formale, ma anche e talvolta soprattutto per il cambiamento informale della loro portata nel corso della loro continua applicazione.

Nelle prospettive di una rigorosa concezione realistica, il diritto di una comunità forma dunque sistema sempre solo fino a un certo punto. Inoltre, quel tanto di sistema che in effetti esiste è sempre in movimento, non solo per via di interventi normativi previsti e previamente regolati, ma per via di operazioni trasformatrici compiute copertamente nel corso di successive applicazioni delle norme. Il diritto, in altre parole, nella concretezza della sua esistenza è simile a un fiume che procede a velocità differenti, ma comunque sempre fluisce, e con direzioni spesso scelte da autonome spinte interne, non controllate da un centro.

**C. *Le norme giuridiche come veicolo per la realizzazione di valori.***

La definizione volutamente larga che si è accolta del concetto empirico di diritto ricomprende dentro sé fattispecie di ordinamenti tra loro molto diverse, ben note ai conoscitori della storia. Vi rientrano ordinamenti perseguenti fini strettamente economici e privati dei loro fondatori, e ordinamenti creati allo scopo di realizzare valori pubblici di giustizia; società commerciali e stati; organizzazione ispirate a ideali di tipo religioso e organizzazioni criminali miranti alla accumulazione violenta della ricchezza; e via dicendo.

La concezione realistica del diritto prende atto della molteplicità variegata di queste figure: sono episodi della realtà storica, la cui esistenza va riconosciuta come tale.

Rispetto a tutte esse, ad ogni modo, la concezione realistica tiene fermo che la *genesì* e la *vita* delle loro norme giuridiche è *sempre indissolubilmente collegata alla realizzazione di qualche valore particolare* ( nel senso che alla parola “valore” abbiamo dato sopra nelle Premesse filosofiche di ordine generale). E il collegamento non si dà solo nell’atto della prima formazione delle norme - quelle istitutive dell’ordinamento - e nell’atto della formazione delle altre successive che le rinnovano secondo procedure previste e prescritte ( ai legislatori si riconosce pacificamente che agiscono in funzioni di ideali e di interessi loro propri ). *Il collegamento si dà anche rispetto a tutti gli atti di applicazione delle norme che appartengono all’ordinamento: nel senso che ciascun soggetto che agisce da applicatore procede in base a valori suoi, che lo determinano a svolgere quella funzione e in qualche modo sempre si riflettono, alla fine, nella curvatura che egli imprime alle norme utilizzate per giustificare le sue decisioni particolari.*

La applicazione comporta l'accettazione di precetti da altri posti come punto di partenza e guida per l'azione concreta da realizzare. L'accettazione implica volontà di partecipare a una impresa comune, assumendosene la responsabilità. Valori inducono il soggetto a inserirsi nell'impresa, e valori lo guidano nel trattamento da farsi dei contenuti dei segni normativi che si tratta di attuare. Il trattamento, dipendendo da quei valori - della più varia specie - , potrà tradursi in ridefinizioni dei contenuti delle norme utilizzate ancora pienamente aderenti al loro significato originario, ovvero potrà condurre alla attribuzione ad essi di significati anche sensibilmente nuovi. In ogni caso, nel corso dei processi di successive plurime attuazioni, i contenuti delle norme subiscono sempre in qualche misura modificazioni. Ed è appunto attraverso esse che *nuovi valori si immettono nel flusso del diritto positivo vivente di un ordinamento*, più che non succeda, talvolta, per effetto di interventi formali innovatori deliberatamente voluti da Autorità con riconosciute competenze legislative.

Se, come s'è detto, le norme di un ordinamento sono simili, nel corso del tempo, a un fiume che sempre fluisce a diverse velocità, così mutano in parallelo, in certa misura, i valori che animano nell'insieme il suo mobile sistema normativo. Il mutamento può in qualche caso essere così profondo da trasformare le finalità stesse in ragione delle quali l'ordinamento era in origine nato. E ciò magari per effetto soprattutto di operazioni condotte a livello di interpretazioni applicative.

### Sezione III°

#### La scienza giuridica ( in una prospettiva realistica) e le sue interne articolazioni

##### A. *L'inaccettabile concezione tradizionale della scienza giuridica*

Se la concezione filosofica realistica del diritto è valida, la concezione della *scienza giuridica* ( o *giurisprudenza*, intesa qui nel senso di “dottrina”), che ha tendenzialmente prevalso da tempo immemorabile nelle culture dei popoli occidentale, è inaccettabile.

Tale tradizionale concezione - che il positivismo nelle sue classiche versioni ottocentesche portò a conseguenze estreme - fa della giurisprudenza una scienza di natura rigorosamente “conoscitiva”. Ma essa postula, come oggetto della sua conoscenza una entità che è prodotto di fantasia. Essa fa proprio quel concetto - che si è sopra menzionato e criticato - del diritto positivo come insieme di norme che, staccatesi dagli atti che le hanno volute, si librano, tutte con il loro preciso contenuto, in una sfera ideale superiore, formando insieme un sistema di per sé coerente e compiuto; sistema solo modificabile attraverso nuovi atti produttori di nuove norme, formalmente legittimati da apposite regole del sistema. I giuristi - in quanto studiosi del diritto positivo - dovrebbero limitarsi ad accertare l'esatto contenuto delle norme e le strutture del sistema, rispecchiandone l'oggettiva consistenza. Dovrebbero poi, adoperando strumenti prescritti di logica giuridica, dedurre tutte le implicazioni insite nelle norme del sistema, rendendo in tal modo possibile la soluzione delle varie questioni giuridiche che la vita sociale può presentare ( secondo la versione positivista integrale: di *tutte* le possibili questioni; il sistema, oltreché coerente e compatto, sarebbe “completo” ), senza apporto di personali, discrezionali valutazioni dell'interprete-deduttore.

I vizi della concezione tradizionale della scienza giuridica sono molti e seri.

In primo luogo, essa sostiene che l'obiettivo della giurisprudenza è la conoscenza, imparziale e oggettiva, di una realtà-data. Ma la realtà collegabile al concetto di diritto positivo non può consistere in un coacervo di finzioni che “reificano” e “ontologizzano” selettivamente elementi della vita giuridica in costante movimento. L'unica vera realtà che sta dietro a quel concetto è quella che mette in luce la *storia*, imparzialmente studiata, *di tutti gli ordinamenti*: norme giuridiche che mutano di significato nel corso delle loro applicazioni; sistemi di norme che in nessun momento formano un sistema tutto coerente e compatto; gli esistenti sistemi

normativi sempre parziali e imperfetti e in corso di perenne trasformazione; gli atti di applicazione delle norme veicolo normale di immissione di nuovi valori nel sistema normativo.

Vi sono poi due pericolosi inganni insiti in una giurisprudenza che si sviluppi sui presupposti della concezione tradizionale.

Il giurista che propone la sua lettura del supposto sistema normativo, preesistente da sé alle sue indagini, è inevitabilmente tratto a selezionare i contenuti normativi che “ontologizza” sotto l’influenza di sue personali, ma *occultate*, preferenze politiche. Ciò impedisce una limpida visione della reale genesi di molte norme, alla quale si sostituisce una fasulla versione del significato originario dei segni di cui esse si vestono.

Inoltre, gravi sono gli effetti con riguardo ai processi di successiva applicazione delle norme. In essi è sempre presente una decisione valoriale del soggetto che procede alla applicazione, con possibili manipolazioni conseguenti delle norme utilizzate. La concezione tradizionale della giurisprudenza pretende invece di offrirgli le uniche soluzioni valide delle questioni giuridiche particolari, dettate dalla logica obbligatoria di un sistema normativo pre-dato e perfetto. L’applicatore, se accoglie l’ingannevole offerta, viene liberato dal dovere di ragionare in profondità circa le scelte di valore che entreranno nella utilizzazione che sta per fare delle norme. In cambio, egli deciderà in base a soluzioni confezionate partendo da un preteso sistema, in cui sono stati nascostamente iniettati valori scelti, a sua insaputa, da altri.

## **B. Una diversa concezione della scienza giuridica**

Se la concezione realistica del diritto positivo è valida, occorre pensare a una scienza del diritto che sia adeguata ad essa e sfugga alle obiezioni che colpiscono la concezione tradizionale.

Fin dai tempi della Roma antica e poi sempre in seguito, fu ritenuto un compito fondamentale della giurisprudenza accertare e far conoscere il sistema normativo *di fatto* in vigore presso un gruppo sociale costituito in ordinamento: il diritto positivo operante in esso. Questo compito, di natura indiscutibilmente conoscitiva, deve ritenersi anche oggi parte essenziale - per certi rispetti, la parte principale - di una ben impostata scienza giuridica.

Ma se per questa parte la funzione della scienza giuridica è quella di indagare e accertare la reale consistenza dei diritti positivi, la identificazione dell’oggetto delle indagini non può essere dubbia: esso è *la storia dei sistemi normativi degli ordinamenti giuridici, come s’è svolta, presa nel senso integrale del concetto di storia*. I diritti positivi esistono solo come flussi di atti concreti di utilizzazione di norme, le quali (i segni in cui sono espresse) nel corso del flusso subiscono sempre mutamenti più o meno sensibili di significato, e mai pervengono a comporsi in sistemi del tutto coordinati. Si tratta appunto di accertare e far conoscere, secondo verità integrale, la storia di quei flussi: senza ignorare gli elementi di coordinazione e di continuità sistematica che effettivamente esistono in essi (e sono in genere molti), ma senza cedere alla tentazione fuorviante - in sede di genuina analisi storica - di vedervi sistematicità gradite al giurista che dovrà poi suggerire la soluzione secondo diritto dei casi concreti.

La riconduzione dell’intera funzione ricognitiva della scienza giuridica a quella della sua capacità di raccontare la vera storia dei diritti positivi degli ordinamenti, quale essa è oggettivamente stata, nel passato e fino al presente, non deve far pensare a una scienza del diritto ridotta a narrare in maniera disaggregata singoli eventi giuridici verificatisi in confini determinati di spazio e di tempo. L’indagine storica deve anche porre in adeguato rilievo le strette somiglianze e i coordinamenti che si constatano all’interno del flusso di quegli eventi. Deve individuare e descrivere, all’interno di quel flusso, la presenza di un *vero sistema*, con le caratteristiche che lo contraddistinguono e i valori di cui esso è portatore, se un sistema è riuscito di fatto ad affermarvisi. Inoltre, come vedremo, la assegnazione della scienza giuridica, nella sua branca con funzione “conoscitiva”, alla grande categoria degli studi storici, non esclude, anzi richiede, l’impiego, da parte sua, di costruzioni concettuali complesse, che aggregano fenomeni anche distanti fra loro (in particolare, i “modelli”, raggruppati, attraverso la comparazione, grandi, diverse esperienze giuridiche); costruzioni concettuali necessarie per una più vera intelligenza della storia degli ordinamenti giuridici.

L’assegnazione alla categoria degli studi storici non deve nemmeno far pensare alla cancellazione delle dovute distinzioni tra la scienza del diritto e gli studi di ordine politico, sociale ed economico, pure muovendosi su terreni contigui di profilo storico. I giuristi, che indagano gli ordinamenti da storici in una prospettiva coerentemente realistica, studiano anche essi fatti e fatti accaduti: ma si tratta per loro di fatti consistenti in *norme*, sia pure considerate, non nella loro sola veste letterale, bensì nelle concrete utilizzazioni a cui esse hanno servito. E la materia del *normativo* costituisce un settore che, per le sue complicatezze tecniche,

postula distinti trattamenti speciali, non assimilabili a quelli tipici di altre , attigue discipline. Ma su ciò torneremo.

*L'impegno conoscitivo che la scienza giuridica deve assolvere non ne esaurisce però i compiti.*

Fin dai tempi della grande giurisprudenza romana, un compito di importanza fondamentale assegnato alla scienza del diritto, è stata la elaborazione, partendo dal dato normativo stabilito da costumi o da autorità convenzionalmente accettate, delle regole che dovrebbero informare di sé le decisioni delle controversie insorgenti tra i consociati. La teoria tradizionale voleva, e vuole, che dalle norme poste dalle c.d. "fonti" possano trarsi, con sole operazioni neutrali di logica giuridica, le più specifiche regole che dovrebbero guidare l'azione delle autorità decidenti. Ma la scienza giuridica, in realtà consapevole, al di là delle affermazioni ufficiali, che spazi per l'autonoma, discrezionale decisione delle controversie concrete esistono di fatto, ha sempre provveduto a una lavorazione mirata del dato normativo positivo e a una esplicitazione da esso di principi, di regole, di direttive, rispondenti ai valori meritevoli a suo avviso di promozione. Con la consapevolezza di parlare in modo autorevole e ascoltato, essa ha sempre influito incisivamente sul comportamento di fatto delle autorità applicatrici, e sulle loro scelte valoriali.

Tutte le maggiori opere della giurisprudenza occidentale - da quelle dei giureconsulti romani, a quelle dei commentatori medievali del Digesto, a quelle dei giuristi dell'epoca illuministica e degli stessi maestri del positivismo formalista dell'ultimo Ottocento - contengono poderose rielaborazioni del diritto esistente e risistemazioni d'esso, ispirate a nuove visioni di quanto la *giustizia e la convenienza collettiva* richiederebbero. E la storia del diritto positivo registra - nei paesi di *Civil* come di *Common Law* - grandi avanzamenti della civiltà giuridica dovuti ai contributi di queste grandi opere di giurisprudenza, miranti a una migliore applicazione del diritto, non meno che ai progetti riformatori di filosofi e pensatori politici destinati all'ascolto dei legislatori - e alla fine da questi accolti -.

Le opere dedicate alla "interpretazione" del diritto positivo di un ordinamento, che poi giudici, amministratori e ogni genere di autorità e soggetti chiamati ad applicare il diritto dovrebbero fare propria, appartengono tutte a un *tipo di giurisprudenza* che possiamo chiamare - prendendo il termine in un senso alto e nobile - *giurisprudenza pratica*. V'è in esse la presa d'atto del dato normativo da applicare, con riferimento ai probabili significati d'origine delle norme. Ma i riferimenti e gli eventuali cenni storici non sono utilizzati in questi casi in funzione del conoscere per il conoscere, bensì solo come uno dei vari criteri disponibili di manipolazione interpretativa delle norme: criteri che sono veicoli per fare passare nel prodotto finale i *valori politici* in cui crede l'interprete.

In definitiva, se si assume che le norme esistono solo nel momento della loro utilizzazione concreta, e con il significato che ad esse attribuiscono di volta in volta i loro autori e applicatori, *la scienza del diritto* che si occupa di loro, non può che articolarsi in *due fondamentali , distinte funzioni*: l'una rivolta alla loro vita passata, che occorre conoscere nel rispetto rigoroso del *principio della verità* (la *scienza del diritto come storia* ); l'altra, rivolta alla vita futura delle norme in sede di loro applicazione, *che è bene indirizzare*, attraverso l'interpretazione del dato normativo, *verso risultati della miglior possibile qualità* - in senso lato - *politica* (la *scienza del diritto come giurisprudenza pratica*).

Nel corso della sua vita più che millenaria, la cultura giuridica dei popoli occidentali è sempre riuscita ad assolvere alle due distinte funzioni in maniere accettabili, talvolta straordinariamente efficaci. Ma talvolta nell'assolvimento delle due funzioni ha interferito in modo negativo l'influenza di quella *idea tradizionale, popolare, della scienza giuridica* che prima abbiamo criticato. Essa ha spinto a *fondere di solito in un solo discorso due discorsi che avrebbero dovuto restare distinti*; con le confusioni inevitabili del caso. Essa è servita ai giuristi, non di rado, a coprirli dai pericoli di possibili, minacciose influenze provenienti dall'esterno della corporazione, col far credere che la loro attività di interpretazione del diritto non avesse carattere e valenza politica. Al di là di questo e di altri servizi positivi che l'idea poté fornire, essa produsse effetti negativi. E in ogni caso, appurata la sua intrinseca insostenibilità teorica, si impone ora la necessità, su un piano di discorso scientifico, di eliminare i residui erronei della sua eredità. Si impone l'esigenza di chiarire quali implicazioni, in termini di metodo per lo sviluppo di corrette attività giurisprudenziali, sono contenute in una diversa, più giusta concezione della scienza giuridica: con la sua *interna, duplice articolazione*, quale si è appena accennata.

Nelle Sezioni che seguono verrà fatto il tentativo di presentare alcuni dei più importanti principi metodologici, corollari della concezione realistica, con la critica di alcune teorie state dominanti in passato e che ancora fanno ostacolo alla migliore impostazione della scienza giuridica, e con la delineazione di alcuni concetti che devono prenderne il posto. Terremo distinti il campo delle attività di ordine conoscitivo da quelle delle attività di giurisprudenza pratica.

Lo svolgimento degli argomenti avverrà in termini necessariamente sintetici e sommari.

**Sezione IV°**  
**La scienza giuridica come storia (studio storico) del diritto**

**A. Alcuni principi per la corretta impostazione e il corretto sviluppo dello studio storico del diritto**

**1 .** *La comparazione come strumento metodologico fondamentale per ogni studio di storia giuridica*  
Strumento essenziale e indispensabile nello studio storico del diritto secondo la concezione realistica è la *comparazione*. Poiché le norme esistono solo nella loro utilizzazione in atti concreti, solo il raffronto sistematico tra eventi di utilizzazione individuali permette di identificare gli elementi di *voluta coordinazione* intercorrenti tra quegli eventi e la misura in cui a medesimi segni normativi sono stati attribuiti via via *significati eguali o differenti* nei processi della loro applicazione. Il risultato di quei raffronti consente di cogliere nel suo vero flusso il divenire storico dell'insieme normativo onde si regge e vive un ordinamento. I concetti ricavati dalle operazioni di raffronto mettono in luce elementi che appartengono alla *realtà* del divenire giuridico, benché non li si possa pensare esistenti separatamente dagli atti concreti di utilizzazione delle norme. La coordinazione per cui in un ordinamento taluni atti vengono trattati come legittima creazione di norme vincolanti, altri atti invece come attuazione delle stesse, dà luogo a una *strutturazione generale* del complesso normativo in movimento, anche se *la strutturazione esiste solo nella misura in cui gli operatori continuano a riprodurla via via nei loro atti concreti di utilizzazione delle norme*; e il giurista storico ne può cogliere la presenza, come realtà effettiva, solo attraverso l'impiego dello strumento della comparazione.

I concetti ricavati dai raffronti compiuti - e indicanti un certo tipo di coordinamento realizzatosi, nonché le eguaglianze e differenze di significato assunte nel tempo *in media* dai segni normativi utilizzati - non sono *pseudo-concetti* in senso crociano, ossia figure distorcenti la sostanza delle cose, rappresentazioni di qualcosa che non c'è. Sono concetti empirici che espongono - se elaborati correttamente - *elementi che sono esistiti realmente*, anche se sempre come *parti di un grande flusso di singoli, distinti, ontologicamente separati atti individuali* - che quegli elementi hanno avuto comuni -.

**2 .** *L'accertamento dei dati da confrontare*

Preliminare alla comparazione, è l'esatto accertamento dell'effettivo contenuto dei singoli atti di utilizzazione delle norme. Il significato e la portata attribuita alle norme dai vari operatori va individuato, nei limiti del possibile, con piena aderenza alla verità storica. Tale individuazione può essere particolarmente problematica quando si tratti di accertare le distinte, individuali intenzioni di significato che i membri di un collegio approvanti una norma ricollegavano al testo della medesima, da ciascuno di loro votato. Ad ogni modo, tutti gli strumenti di ricerca riconosciuti validi dalla corporazione degli storici di mestiere possono e debbono essere adoperati allo scopo. Non si applicano qui assolutamente i limiti imposti dalle classiche tradizionali regole in materia di "interpretazione del diritto", che valgono semmai solo nel campo della "giurisprudenza pratica" (ove possono essere utilizzate per facilitare attribuzioni del significato, ritenuto politicamente conveniente, alle norme stesse). E' chiaro che, ove nessun sicuro accertamento del contenuto degli atti in questione sia risultato realizzabile, il giurista, che lavora sul terreno della storia del diritto, deve farne aperta dichiarazione, e trarne tutte le conseguenze che si addicono su quel terreno.

**3 .** *La identificazione dei valori connessi con i contenuti delle norme concretamente utilizzate*

Una ragionevole divisione del lavoro esonera i giuristi-storici dall'indagare le condizioni culturali che possono avere influenzato da lontano le scelte degli operatori del diritto (legislatori, giudici, ecc.) nel conferire alle norme utilizzate un certo contenuto; così come li esonera dall'accertare quali siano state le successive distinte conseguenze nel corpo della società delle scelte da essi compiute. Si tratta di analisi che appartengono a discipline speciali, quali la storia delle dottrine politiche, la scienza politica, la sociologia del diritto, la storia dell'economia, a via dicendo; discipline procedenti ciascuna con metodi e tecniche particolari, così come a sua volta il giurista adopera una tecnica di cui è specialista nel trattare la storia delle norme volute e attuate dai tipici operatori del diritto. Naturalmente, nulla di per sé vieta al giurista, che se ne senta in grado, di oltrepassare i confini propri della sua disciplina e di cimentarsi con frutto, per sé e per altri, anche in campi contigui, a rigore non di sua stretta competenza.

Viceversa, il giurista storico non può prescindere dall'individuare quali *valori politici particolari o etici* siano immediatamente promossi o ignorati o sacrificati dalle scelte che i vari operatori del diritto compiono nell'esercizio delle loro rispettive funzioni. Ne resterebbe tradita la integrità della sua opera di storico

Accertare l'esatto contenuto ( significato e portata) attribuito dagli operatori alle norme è certamente il primo passo da compiersi in uno studio storico del diritto. *Ma fermarsi lì vorrebbe dire fermarsi alla mera cronaca.* Non andare oltre vorrebbe dire rinunciare a cogliere il più vero, profondo contributo che il diritto può recare agli *sviluppi della cultura e della civiltà di un gruppo.* D'altronde, il compito di collegare norme e valori, in una analisi che aspiri a oggettività, non potrebbe essere assolto da altri: perché solo i giuristi hanno la competenza necessaria per trattare la difficile materia di un complesso normativo.

**4 .** *I campi di applicazione dello studio storico. Studio storico del diritto dell'ordinamento circostante contemporaneo; studio storico di diritti lontani nel tempo e nello spazio*

Il *giurista* che vuole conoscere *la effettiva realtà dell'ordinamento nel cui ambito egli vive* (conoscerla, non manipolarne a fini applicativi il materiale normativo) deve utilizzare all'uopo il *metodo dello studio storico.* Ciò vuol dire analizzare i recenti ( anche immediatamente precedenti o in corso) processi delle attività legislative, di quelle giurisdizionali, di quelle amministrative, e via dicendo; cogliendone e comparandone i rispettivi sviluppi e i valori che esse hanno di volta in volta promosso, senza procedere ad arbitrarie integrazioni e sistemazioni.

I risultati di queste ricerche avranno messo in luce, tra l'altro, *i prevalenti, più recenti indirizzi interpretativi* del sistema normativo accolti, in particolare, dal *Giudiziario.* La conoscenza di questi indirizzi può ovviamente servire, oltre che a fini di conoscenza storica disinteressata, anche a interessi collegati con aspetti particolari della vita del sistema. Per esempio, può servire alla *corporazione degli avvocati*, per meglio impostare la difesa, davanti ai giudici, degli interessi dei loro clienti. In proposito, una nota teoria, originata da una consimile visione tutta prammatica, ma insieme animata dal desiderio di liberare la conoscenza del diritto che è effettivamente all'opera nella società da interferenze provenienti da superfetazioni moralistiche, vorrebbe che la sola vera conoscenza del diritto si riduca tutta alla "*previsione (sulla base di quegli indirizzi accertati) di come le Corti decideranno le cause*" (*the prediction of what the Courts will do in fact*). La ispirazione realistica presente in questa icastica definizione del diritto, proposta dal grande Holmes, è innegabile. Ma la definizione è sotto ogni rispetto troppo riduttiva. La vera, piena conoscenza del diritto che attualmente governa una società va ben al di là della presunzione sia pur ragionata e fondata di ciò che il Giudiziario farà. Deve essere *storia*, nel senso completo che si è appena accennato, di tutte le attività giuridiche operanti nell'ordinamento, e dei valori che esse in concreto promuovono. Inoltre, implicita nella teoria holmesiana è la radicale negazione scettica, che il suo autore difendeva, della possibilità di una scelta dei valori da imprimere agli sviluppi del diritto che si fondi sulla ragione: una negazione non accettabile sul terreno della giurisprudenza pratica, quando il giurista, esaurito il compito del conoscere come il diritto ha finora operato, volge lo sguardo al problema del come il diritto dovrebbe venir interpretato e applicato, in vista dei risultati più convenienti. La "scientificità" della scienza del diritto non appartiene in esclusiva al settore in cui essa vuol essere conoscenza di fatti. D'altronde, anche sul puro terreno conoscitivo, essa non può venir confinata a una semplice, arida predizione dei prossimi, probabili comportamenti di fatto di un solo gruppo selezionato di autorità.

Al di là del caso dell'ordinamento circostante contemporaneo, i *metodi dello studio storico si applicano ovviamente, a maggior ragione, per la conoscenza di ogni altro ordinamento*, di qualsiasi tipo, *piazzato in tempi più o meno andati e in spazi più o meno lontani:* ordinamenti dell'antichità e dell'epoca moderna; delle società progredite, di quelle primitive e di quelle in via di sviluppo; e così via dicendo. La scienza giuridica, animata da un genuino desiderio culturale di conoscenza, tende oggi ad espandersi in tutte le direzioni ove possa riscontrarsi esistere "diritto" nel senso sopra definito. E per soddisfare questa sua esigenza, essa non può che affidarsi, e di fatto attualmente si affida, ai metodi caratteristici della storia giuridica concepita in termini realistici.

**5 .** *La costruzione e l'utilizzo di concetti giuridici nuovi in funzione di una migliore comprensione storica del diritto*

Il giurista storico, intento a descrivere gli sviluppi delle concrete utilizzazioni delle norme giuridiche in seno a un ordinamento, si serve normalmente, per la sua narrazione, della terminologia giuridica in uso in quell'ordinamento, nonché dei concetti tecnici con cui la giurisprudenza pratica del luogo rielabora e riassume le normative d'esso. Il giurista storico, naturalmente, adopera quei termini tecnici sempre mirando a raggiungere, col suo discorso, una fedele, adeguata descrizione di come le vicende giuridiche dell'ordinamento si sono di fatto realmente sviluppate.

Ma al giurista storico può accadere di scorgere connessioni tra i fenomeni giuridici che non trovano una corrispondente, adeguata descrizione nella terminologia in uso, o una rappresentazione abbastanza efficace

da parte dei concetti giuridici tradizionali. Egli è allora portato a costruire un *concetto nuovo*, che serva a sinteticamente porre in rilievo una realtà di fatto fin lì non conosciuta o non sufficientemente sottolineata.

Talvolta allo stesso scopo serve la presa in prestito di concetti appartenenti all'esperienza giuridica di altri ordinamenti, ove hanno dimostrato sul campo una valida capacità descrittiva.

Numerosissimi sono gli esempi di queste nuove creazioni e di questi prestiti concettuali. Valga qui l'esempio, sul terreno del diritto privato, del concetto di "negozio giuridico", elaborato da giuristi tedeschi per raccogliere in una categoria unificante una serie di distinti atti giuridici, dotati tutti di effetti analoghi, e adoperata da storici del diritto romano (Betti) e del diritto medievale (Calasso) per illustrar aspetti simili presenti nei rispettivi campi di indagine.

L'impiego di concetti di nuova creazione o presi a prestito deve essere molto cauto, perché il giurista storico non deve cedere alla tentazione di sovrapporre, nell'interesse della semplificazione o della riconduzione a sistema, una sua rappresentazione dei fenomeni che non corrisponde alla verità storica. La costruzione di nuovi concetti avviene spesso - come vedremo - sul diverso terreno della giurisprudenza pratica, ove il bisogno della sistematizzazione della normativa trova una sua giustificazione speciale e il criterio controllante è quello della convenienza, non quello della verità. L'importazione di concetti da quel diverso terreno non è in assoluto vietata al giurista storico, ma occorre che egli, in questo come negli altri casi di utilizzo di novità concettuali, sia consapevole che la cosa può valere, sul suo terreno, solo nella misura in cui essa può giovare a una presumibile, migliore rappresentazione di fatti realmente accaduti.

**6 .** *La costruzione e l'utilizzo di modelli giuridici in funzione di una migliore comprensione storica del diritto*  
La scoperta che normative diverse vengono utilizzate dagli ordinamenti per risolvere problemi sociali analoghi, in funzione di valori politici simili, ha indotto i giuristi storici a costruire modelli di istituti e di forme organizzative che possono meglio spiegare come, dietro il diverso, vi sia almeno in parte una medesima idea ispiratrice.

La costruzione viene in genere effettuata raccogliendo in un insieme razionale e coerente i valori e le strutture istituzionali e formali ottenute per astrazione. L'operazione viene compiuta di solito quando si pongono a confronto normative appartenenti a ordinamenti diversi. Il campo del diritto comparato è il regno ove prevalentemente sorgono le figure dei modelli.

Il modello giuridico è una costruzione concettuale che riposa su una astrazione e su una consecutiva razionalizzazione. Non pretende di rappresentare fatti istituzionali e formali che hanno avuto effettiva, corrispondente realizzazione nella storia. Si colloca al di sopra delle concrete esperienze giuridiche degli ordinamenti e non si riscontra mai, in genere, realizzato per intero in alcuna di quelle esperienze. Ciò nonostante, la sua valenza è una *valenza cognitiva*, perché esso fornisce un aiuto poderoso all'approfondimento delle conoscenze storico-giuridiche.

Per mezzo del modello il giurista riesce a collegare in modo più limpido quel numero di elementi che due o più diverse esperienze hanno in comune, e insieme i punti di differenza e di distanza che le separano. La comprensione degli sviluppi reali del diritto ne esce arricchita nella sua complessità.

Per mezzo del modello il giurista storico può accertare, sul metro razionale che esso fornisce, la misura in cui certi valori sono stati di fatto realizzati in un ordinamento e in che misura esso ha invece preferito dar vigore ad altri valori. Messo a confronto col modello un ordinamento rivela all'indagatore, in questa o quella sua parte, o anche nel suo intero, la sua vera anima (che potrebbe altrimenti non venir adeguatamente catturata).

L'impiego della tecnica dei modelli è divenuto praticamente indispensabile per qualsiasi ricerca storico-giuridica che voglia darsi un ampio respiro e non accetti di limitarsi a registrazioni di flussi giuridici molto circoscritte e superficiali. Se la storia del diritto deve assurgere al livello di importante componente della storia in generale della civiltà ( di un popolo; di un gruppo di nazioni; di un periodo storico), l'utilizzo dei modelli giuridici nella fase dell'indagine e in quella della presentazione finale è ormai un *must* metodologico.

Del resto, l'importanza di questo strumento concettuale per l'intelligenza dei fatti storici in generale, è dimostrata dal fatto che, per esempio, alcuni modelli costruiti e raffinati nel corso del loro lavoro da giuristi costituzionalisti sono ormai entrati stabilmente nel linguaggio degli storici generalisti della politica e della cultura: è il caso dei modelli delle forme di stato dell'età contemporanea ( stato liberale; stato sociale; ecc.) e dei modelli delle forme di governo ( governo parlamentare; governo presidenziale; governo semi-presidenziale; ecc.). Ove essi hanno potuto naturalmente arricchirsi di ulteriori connotazioni, derivanti da prospettive proprie di altre discipline, in uno scambio reciproco di utili contributi.

**7 .** *La comparazione tra diritti di diversi ordinamenti*



a ) “Diritto comparato” ( Diritto comparato pubblico e Diritto comparato privato ) è il nome di corsi offerti nelle Facoltà di Giurisprudenza italiane come parte integrante del *curriculum* degli studi.

Comparazione è il metodo fondamentale generale nello studio storico del diritto, perché solo col suo impiego è possibile ricostruire la realtà “vivente” del diritto di un ordinamento, composto da un flusso di utilizzazioni coordinate di norme. Ma il “*diritto comparato*” dei corsi universitari italiani riguarda una comparazione particolare: quella che si effettua, non dentro il corpo di un ordinamento giuridico per conoscerne il sistema normativo, ma *tra i diritti di diversi ordinamenti*: una comparazione che si realizza scavalcando i confini che corrono tra ordinamenti esistenti, nelle dimensioni dello spazio ma anche del tempo ( con tendenziale limitazione, peraltro, agli ordinamenti contemporanei ).

La comparazione propria della disciplina particolare del “diritto comparato” è per natura la stessa di cui s’è parlato sopra, salvo il campo allargato su cui si effettua. Ha ad oggetto i diritti di più ordinamenti, ma li considera nella loro realistica composizione: mette a confronto le normative loro prese nella loro effettiva, concreta utilizzazione, a tutti i possibili livelli ( legislazione, amministrazione, giurisdizione, ecc. ). *Suo scopo essenziale è rilevare le somiglianze e le differenze nelle normazioni degli ordinamenti presi in esame, nel rispettivo trattamento di analoghi problemi sociali, economici, politici*. Può riguardare gruppi ristretti di norme ( “microcomparazione” ) e gruppi molto ampi, relativi a interi settori del diritto ( “macrocomparazione” ), o addirittura i sistemi stessi degli ordinamenti nel loro insieme.

La comparazione infra-ordinamentale fa parte della *branca storica della scienza del diritto*: essa mira alla conoscenza di accadimenti storici, accertati nella loro obiettiva consistenza. Ma i risultati delle ricerche comparatistiche possono poi venire utilizzati a vari scopi pratici. ( Vedremo più innanzi l’utilizzo loro in sede di giurisprudenza pratica, da ritenersi oggi importantissimo e indispensabile ).

La comparazione infra-ordinamentale produce acquisizioni conoscitive di grandissimo rilievo.

Innanzitutto essa, accertando somiglianze e differenze nei complessi normativi di diversi ordinamenti, per ciò solo arricchisce la conoscenza che possediamo del fenomeno giuridico in generale. Se condotta con metodo appropriato mette in luce i *valori*, uguali e differenti, che animano la vita giuridica di distinte comunità, contribuendo a fare comprendere aspetti importanti delle loro culture. Illustra, nel confronto, i vari modi in cui esse organizzano normativamente i rapporti dell’economia, della socialità, della politica.

In secondo luogo, la comparazione aiuta a meglio capire, per via di contrasti e di suggestioni inaspettate, anche, di ritorno, i processi più riposti dell’ordinamento da cui si è partiti per compiere la comparazione.

Inoltre, come s’è già detto, le operazioni di comparazione tra ordinamenti sono il terreno più fertile per la elaborazione di quei modelli concettuali che rappresentano uno strumento fondamentale per la vera, intera intelligenza delle istituzioni in cui si articola nei vari settori la vita del diritto. Attraverso i modelli creati sul terreno della comparazione infra-ordinamentale abbiamo potuto comprendere meglio, non solo la logica che pervade le diverse forme di stato e di governo, ma anche quella del sistema normativo che sta alla base dell’economia di mercato ( la costituzione economica liberale ) e quella del sistema alla base dell’economia a intera direzione pubblica ( la costituzione economica socialista ). E così via.

In certo senso, il “diritto comparato”, nel significato ora spiegato, rappresenta uno dei momenti più alti nello studio storico del diritto. E’ il settore d’esso in cui il giurista si trova a diretto contatto con i maggiori problemi che agitano la vita sociale e politica contemporanea a livello mondiale, in naturale dialogo con studiosi che coltivano quegli stessi problemi da altri, non meno importanti e affascinanti, punti di vista scientifici.

b ) Alcuni ritengono che le ricerche del diritto comparato, estese alle esperienze giuridiche di tutti i tempi, dovrebbero condurre alla individuazione di strutture che in nessun caso potrebbero mancare in quelle esperienze: i tratti costituzionali necessari del fenomeno “diritto” in quanto tale.

Questa opinione non va condivisa.

Le ricerche del giurista comparatista possono portare alla scoperta di istituti che ricorrono in grande numero di ordinamenti giuridici, distribuiti in gruppi appartenenti a luoghi e tempi diversi. E ciò può attestare il ruolo che in condizioni storiche pur molto diverse svolgono interessi e bisogni dell’uomo in tutto simili e la risposta data ad essi con l’utilizzo di medesime istituzioni giuridiche. Ma le ricerche comparatistiche appartengono all’ordine delle conoscenze empiriche e i loro risultati valgono per i casi studiati, e al massimo come indizio che fatti simili potranno ripetersi in altri casi. Nessuna strutturazione necessaria e obbligata degli ordinamenti può a rigore dedursi da ciò che le ricerche comparatistiche hanno accertato.

L’idea che nel mondo del diritto si diano strutture, forme, istituti che non possono in nessun caso mancare ha fatto parte della tradizione filosofica classica del diritto naturale, nonché di certi indirizzi filosofici neokantiani e persino di importanti filoni del pensiero positivista. E’ però un’idea estranea alla concezione filosofico-realista del diritto.

Identificato come “giuridico” il campo delle norme che si ricollegano ad un ordinamento ( il campo delle norme di cui si occupa il giurista; di altro genere di norme - di costume, morali, ecc. - si occupano altri studiosi ), la concezione realistica ritiene che un solo carattere appartenga indefettibilmente alle vicende del diritto degli ordinamenti: quello per cui le norme giuridiche non esistono e non operano se non come momenti degli atti concreti relativi alla loro utilizzazione. Per il resto, di principio, i contenuti normativi, concernenti le condotte e l’organizzazione, del diritto degli ordinamenti, sono rimessi, in tutte le possibili direzioni, al libero sviluppo storico degli ordinamenti stessi. Spetta allo storico accertare quale siano state, e quali siano ad oggi, le scelte effettuate in proposito, caso per caso, dagli ordinamenti. Gli studi del diritto comparato ( anche i più estesi per fattispecie esaminate nello spazio e nel tempo ) mettono in rilievo soltanto *tendenze nel corso storico*, per importanti, costanti e radicate che esse siano.

**B .** *La critica e il superamento di alcune teorie del positivismo giuridico state ostacolo a un corretto studio storico del diritto*

Alla applicazione nel settore della storia del diritto di principi metodologici conformi a una concezione realistica hanno fatto a lungo resistenza alcune teorie collegate al pensiero positivistico, che svolgeva a suo modo fino a conseguenze estreme l’idea popolare tradizionale della scienza giuridica come esclusivamente attività di conoscenza di un “dato”, e deduzione neutralmente logica delle sue implicazioni. In precedenza, era stato ritenuto che l’oggetto della scienza giuridica fosse costituito, oltre che dal materiale normativo offerto da fonti positive (specialmente le leggi poste da Autorità riconosciute come competenti dal gruppo), anche da principi e regole dettate dalla “natura”, o dalla “ragione”, o da un latente spirito popolare. L’insieme amalgamato di questo composto rappresentava appunto il “diritto”, che la scienza doveva scoprire e illustrare nei suoi oggettivi contenuti, per poi ricavarne secondo imparziale logica la soluzione delle varie, possibili questioni giuridiche. Il positivismo fece piazza pulita dei presunti apporti della natura, della ragione, dello spirito popolare. Il “diritto”, per esso, derivava tutto e solo dalla produzione delle fonti positive. Ma il prodotto andava in qualche modo, ai fini pratici, messo in ordine, sistemato e reso coerente. E il positivismo, non potendo sottrarsi a questa esigenza, provvide a costruire schemi concettuali di grande e raffinata composizione, con i quali credette di aver soddisfatto al bisogno. In realtà, si trattava di costruzioni che, con la pretesa di rivelare strutture “ontologiche” e “necessarie” del fenomeno giuridico, nascondevano scelte di tipo politico care ai loro elaboratori, con destinazione primaria al terreno della giurisprudenza pratica, che a tali schemi avrebbe dovuto uniformarsi. Degli effetti prodotti su quel terreno si dirà ampiamente più innanzi. Sul terreno dello studio storico del diritto, quelle teorie produssero distorsioni e sviamenti di giudizio. Furono un ostacolo, per liberarsi interamente del quale ci volle tempo. Si dovettero forgiare concetti nuovi, più aderenti alla sostanza dei fenomeni indagati, per ottenere quadri di storia più corrispondenti alla realtà dei fatti.

Qui facciamo menzione solo di due tipi di queste teorie positivistiche e dei loro effetti negativi per le attività di indagine storica, nonché dei modi con cui si è riusciti a superarle e a liberarsene.

**1 .** *La teoria dello stato come ente universale dotato di sovranità assoluta*

Il pensiero positivista ravvisava nella forza che sa imporsi la vera e unica fonte di ogni obbligo giuridico. Presa visione delle condizioni esistenti nella politica del mondo moderno, identificò nello stato, capace di realizzare coattivamente la sua volontà, il soggetto a cui riportare la natura vincolante di ogni norma che possa chiamarsi giuridica. La grande scuola tedesca del diritto pubblico, attiva verso la fine dell’Ottocento, formalizzò in termini rigorosi il concetto di “stato”, attribuendogli la prerogativa della sovranità e concependo questa come un potere, alla lettera, assoluto. Nelle sue manifestazioni più spinte, il positivismo era portato a ritenere che per ogni ordinamento giuridico debba esistere un potere supremo di ultima istanza, dotato di piena sovranità; onde il concetto di stato possa in certo senso impiegarsi con riferimento a qualsiasi ordinamento di natura politica.

La teoria positivistica dello stato sovrano assoluto incorporava un ideale di chiara marca politica e servì a diversi fini sul terreno della giurisprudenza pratica ( tra i quali, il rinforzamento, nell’interpretazione delle norme costituzionali, della posizione dell’Esecutivo).Ma, utilizzato nel quadro degli studi storici del diritto, non poté produrre altro che fraintendimenti.

Se ne ebbe la prova quando il concetto fu impiegato, in qualche modo, nella ricostruzione, per esempio, del diritto pubblico romano ( Mommsen) o del diritto pubblico medievale (Mitteis): opere altrimenti di grande qualità, ma viziate in partenza da quel sottinteso presupposto. Il difetto divenne macroscopico quando col concetto si volle ricostruire la storia dello stato moderno. Questa si era caratterizzata per la lotta condotta

dalle forze fautrici della limitazione dei poteri dello stato a vantaggio delle libertà del cittadino, ed era lotta tutta pervasa dei valori del costituzionalismo, che aveva vinto. Secondo la teoria positivista, quella storia, da un punto di vista giuridico, doveva leggersi come la concessione, revocabile, da parte dello stato, restato assoluto, di alcune sfere di autonomia alla persone.

Il superamento di questa teoria, e delle sue varie implicazioni, richiese non piccoli sforzi intellettuali. Alla fine si è potuto prospettare un empirico *schema concettuale*, di pieno valore giuridico, relativo alle strutture tipiche dei moderni ordinamenti politici: uno schema più vicino alla realtà dei fatti e idoneo a introdurre una narrazione oggettiva della loro storia.

Gli ordinamenti politici moderni si formano per iniziativa di classi dirigenti, che abbracciano, come finalità dell'organizzazione cui danno vita, un ventaglio di valori primari o "*formula politica fondamentale*". I valori o principi che compongono la "*formula*" rappresentano la *costituzione* dell'ordinamento, dotata di regola di una maggiore stabilità delle altre norme che l'ordinamento viene via via producendo. A partire dalla fine del Settecento la maggiore stabilità è stata rinforzata attraverso la adozione di Costituzioni formali, documenti normativi che incorporano la formula politica prescelta e che sono modificabili solo con procedure speciali di revisione.

Non bisogna pensare che lo schema concettuale postuli una scelta iniziale rigida, compatta e chiusa. In genere, la condivisione della formula politica non è totale, nemmeno in origine, in seno alle classi dirigenti, e attorno alla costituzione (anche quando essa è formale e rigida) v'è continua lotta affinché prevalga una interpretazione-applicazione delle sue norme piuttosto che un'altra. La costituzione, così, cambia nel tempo, anche per effetto di innovazioni non dovute a regolari atti di formale revisione. Vi concorrono molteplici "formanti" all'opera nell'ordinamento, ciascuno dei quali, a suo modo, manipola, nell'applicarle, le normative costituzionali (dai Legislativi ai Governi, dalle pubbliche amministrazioni agli organi giurisdizionali, ecc.).

Lo stato è nome da adoperare soltanto in riferimento agli ordinamenti politici sorti in Europa con il Rinascimento (in altri tempi e luoghi ricorrono altre caratteristiche ordinamentali). E lo stato europeo nasce e si afferma per una forte concentrazione di poteri, in opposizione al decentratissimo pluralismo politico medievale. Nel corso di cinque secoli, peraltro, il potere di comando e di coercizione detenuto dallo stato ha subito cambiamenti. Potere sovrano all'inizio, non fu mai neanche allora un potere assoluto, limitato come era da condivisi valori costituzionali – fossero o non fossero essi consacrati in una costituzione formale -. La sua latitudine e concentrazione originaria ha subito gradualmente, comunque, ulteriori, notevoli limitazioni, sia per vittoriose pressioni esterne, sia per un potenziamento di barriere interne e l'affermarsi di nuove spinte decentrative.

Lo schema concettuale, così sommariamente configurato, ha consentito di inquadrare, con il suo profilo realistico, in termini rigorosamente giuridici, le complesse vicende secolari degli stati occidentali, e di comprenderne la più vera, intima portata. Una storia composta dal successivo prevalere di diverse formule politiche, talvolta comportante trasformazioni senza rotture drammatiche, talvolta implicante invece scontri violenti e autentiche lacerazioni.

Oggi i residui della classica teoria positivista dello stato non formano più un vero ostacolo a uno sviluppo metodologicamente corretto dello studio storico del diritto.

## 2 . Kelsen

La teoria positivista ottocentesca dello stato entrò in parziale crisi presso gli stessi positivisti agli inizi del Novecento. Un grande giurista - grande per statura culturale e per disposizione alla creazione di nuovi concetti - pensò di sostituirla con una teoria diversa, che restasse però nell'area della tradizione positivista: Kelsen.

Kelsen postulò che la scienza giuridica è scienza solo se si limita a conoscere le norme giuridiche per quello che esse oggettivamente sono, nella loro purezza, senza inserirle sul tronco di retrostanti soggetti sociali (come un preesistente stato ), dotati di una pseudo- ontologica volontà normativa. Peraltro, non ostante le iniziali intenzioni, anche egli, alla fine, conferisce a suo modo una consistenza pseudo- ontologica a quello che dice essere l'oggetto della scienza giuridica.

La teoria di Kelsen è per così dire una teoria a tutto campo: vuole spiegare insieme quali sono le strutture necessarie essenziali di un ordinamento giuridico e quale è la ragione per cui le sue norme sono considerate, e devono essere considerate dal giurista che indaga, giuridiche.

Le norme giuridiche sono per Kelsen tali solo se sono norme "poste" da specifici atti umani, e solo se si presentano tra loro organizzate in una particolare costruzione a gradi. La costruzione prevede una prima fascia di norme, di ordine costituzionale, la cui qualità obbligatoria è assicurata da una ipotetica "norma base" (*Grundnorm*), che ne sancisce la validità e che il giurista deve accettare come presupposto per tutto il suo

discorso di descrizione scientifica ( descrizione di un oggetto la cui intrinseca natura è il “dover essere”). Le norme di prima fascia contemplano le procedure per la posizione di altre norme, di fascia inferiore, la validità-obbligatorietà delle quali è trasmessa loro dalla prima fascia, a condizione che le procedure previste siano state rispettate. E così via per tutte le norme di fasce ulteriori. L'insieme di tutte le norme valide forma il sistema giuridico che la scienza deve identificare e illustrare nei suoi oggettivi contenuti. Lo schema della costruzione a gradi è un modello valido per la comprensione di tutti i possibili ordinamenti giuridici.

L'obbligatorietà del sistema giuridico non dipende per Kelsen dalla sua corrispondenza a principi superiori di giustizia o da speciali valori ideali. Dipende da una *Grundnorm* la quale non ha alcun contenuto sostanziale e ha la sola funzione di valorizzare i principi di prima fascia del sistema. Essa legittima pertanto l'esistenza di sistemi giuridici informati a qualsiasi tipo di contenuto o valore. L'obbligatorietà del sistema è legata peraltro a una ulteriore condizione: che esso nel suo insieme sia “efficace”, cioè sia di fatto per lo più obbedito dalla maggioranza dei consociati.

Il legame della teoria pura del diritto di Kelsen con la tradizione del pensiero positivisticò è duplice. Da un lato essa subordina in pratica la natura obbligatoria del sistema giuridico alla sua capacità di imporre in qualche modo la propria osservanza, alla sua *forza*. Dall'altro lato, quando il sistema ha sufficiente forza, *il suo comando, quale che esso sia, è norma giuridica vincolante*. Kelsen rafforza su un piano filosofico questa indifferenza dell'obbligo giuridico a contenuti di valore con l'affermazione - tipica della seconda fase di tutto il pensiero positivisticò - che la scelta dei valori politici non può venir decisa con argomenti razionali: è un fatto di strette preferenze personali.

La teoria di Kelsen ha una chiara connotazione e valenza politica. Essa corrisponde a un momento storico della civiltà europea, divisa tra modelli di formule politiche diverse a cui affidarsi per la conformazione dei propri ordinamenti, e alle prese con una profonda crisi della fede nella ragione. Il suo più vero destinatario è, in realtà, il giurista pratico, al quale suggerisce di procedere alla interpretazione del dato positivo inquadrandolo entro schemi logico- formali, che almeno ne preservano l'ordine e ne assicurano la coerenza. Del giudizio negativo da darsi della teoria in quanto metodologia per l'interpretazione pratica del diritto si parlerà nella Sezione successiva. Ma la teoria è di fatto proposta anche per la ricostruzione storicamente oggettiva di come abbiano funzionato, secondo la logica del diritto, ordinamenti del passato e ordinamenti del presente. Anche su tale terreno, però, la teoria è inadeguata e fuorviante. E lo è per almeno due fondamentali motivi.

Gli ordinamenti politici moderni nascono in base all'adozione di una formula politica, in genere riversata nel testo di una Costituzione formale. Ma il carattere obbligatorio della Costituzione —e delle norme che si emanano secondo le procedure da essa previste - non è avvertito dalla collettività in forza di un riconoscimento senza condizioni, come pare suggerire la tesi kelseniana di una *Grundnorm*, vuota di contenuti e dotata della sola funzione del trasmettere il carattere del “dover essere” alle norme dell'ordinamento. La obbligatorietà della Costituzione è storicamente sempre collegata alla sua corrispondenza ai valori della formula politica che si è affermata vincitrice nella coscienza della collettività. E quei valori rappresentano un vincolo, giuridicamente a molti effetti operativo, nei confronti del potere che ha dettato la Costituzione, e, di seguito, nei confronti della Costituzione stessa. La formula politica non rimane poi immobile nel tempo nella coscienza collettiva, e i suoi mutamenti si riflettono sui contenuti della Costituzione, traducendosi in nuovi vincoli quanto alla sua modificabilità, e in nuove interpretazioni delle sue clausole, le quali ne cambiano significato e portata rispetto a quelli originari. Il *ruolo della formula politica* come matrice iniziale e continuo fattore di rinnovamento, *all'opera all'interno del tessuto giuridico dell'ordinamento*, sfugge alla teoria di Kelsen.

Così come gli sfugge - ed è il secondo difetto - il più generale processo di rinnovamento che riguarda tutte le norme dell'ordinamento al di sotto di quelle costituzionali, per effetto della loro continua applicazione di fatto. Manca a Kelsen la visione del ruolo di “formanti” *informali* dell'ordinamento che a tutto campo appartiene a una gamma varia di “applicatori” delle norme - quali in prima linea le Corti e la dottrina giuridica, produttori di giurisprudenza pratica -. Un ruolo senza tener conto del quale non è possibile comprendere l'effettiva natura onde si sviluppa la vita del diritto nel suo insieme.

Kelsen concede che le norme dell'ordinamento contengono, nella loro struttura lessicale, margini di incertezza, che lasciano agli applicatori spazi colmabili con loro discrezionali scelte integrative - e nella ultima fase del suo pensiero tali spazi gli sono apparsi più ampi di quanto in genere prima non credesse -. Ma per lui l'uso di tali spazi è cosa che non riguarda il diritto come tale e la sua storia: riguarda semmai solo la politica ( non assoggettabile a giudizi fondati su ultimi valori razionali) e la storia della politica.

La sua concezione del diritto è stata giustamente detta *formalistica*: vede la vita del diritto tutta e solo rappresentata dagli atti formali di produzione delle norme e dall'essere tali norme valide, o no, agli effetti delle regole procedurali dell'ordinamento. In tal modo, però, la conoscenza storica del diritto viene decurtata di suoi aspetti essenziali, ridotta a uno scheletro privo dei muscoli che lo rendono capace di agire concretamente. E il positivismo di Kelsen, libero dalle speculazioni metafisico-psicologiche della scuola ottocentesca del diritto pubblico, non riesce più di quella a cogliere l'anima degli ordinamenti giuridici, la quale si trova al di là delle sole strutture formali. ( E così, per esempio, se per quella scuola i diritti di libertà, cardine delle formule politiche liberali e elementi necessari e irrinunciabili delle Costituzioni, erano solo "concessioni" revocabili dello stato assoluto, per Kelsen essi esistono soltanto se previsti espressamente nelle Costituzioni, e vanno intesi semplicemente, nel corretto senso giuridico, come "limitazioni", rimovibili con le adeguate procedure, del potere normativo del Legislatore ordinario).

La teoria della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico era inutilizzabile come base per ricostruire, in modo credibile, la storia di ordinamenti di un lontano passato; e nessuno tentò di utilizzarla in quei contesti. Nei confronti di ordinamenti statali contemporanei, essa, venuta in generale di moda, fu applicata con l'effetto di far concentrare l'attenzione degli storici tutta sugli aspetti strutturali-formali dei sistemi e di distrarla da altri e fondamentali aspetti dei medesimi. Oggi, dopo che la concezione realistica del diritto si è mano a mano fatta strada presso i cultori del diritto, essa ha perso l'influenza di una volta, e gli storici del diritto - e in particolare quelli delle attuali Costituzioni - tendono a comporne la storia fondendo, in modo spesso adeguato, momenti formali e momenti informali, in una visione dinamica unitaria del "diritto vivente".

## **C . Alcuni cenni sullo stato attuale della storiografia giuridica e i rischi della interferenza in essa di elementi impropri di giurisprudenza pratica**

### **1 . I cenni**

Non appartiene a questo saggio una valutazione globale della corrispondenza della storiografia oggi all'avanguardia nei vari campi dello studio storico del diritto ai canoni metodologici di indagine suggeriti da una concezione realistica della scienza giuridica in quanto storia. Pure, qualche brevissima osservazione in proposito può essere utile.

La storiografia dei *diritti dell'antichità*, in primo luogo di quello *romano*, privato e pubblico, ha raggiunto oggi, sotto il profilo dei metodi di indagine, livelli di eccellenza. La ripartizione in epoche della evoluzione di quel particolare diritto ha permesso di scorgere a quali diversi valori etico-politici si ispirassero di volta in volta le sue normative, evitando quella sommaria compattazione d'esse in un unico, semplice sistema, che aveva contraddistinto la storiografia dell'epoca positivista. Forse le storie del diritto dei De Martino e degli Arangio-Ruiz (per nominare solo due autori italiani) sono meno affascinanti e conquidenti delle loro controparti firmate Mommsen e Jhering (quello di prima maniera), ma in esse si respira un'aria più prossima a quella che doveva spirare al tempo dei diritti indagati.

Lo stesso può dirsi per la storiografia dell'*epoca medievale* relativa al *continente europeo*. Benché ottimo nel suo genere, un libro come *Der Staat im Mittelalter* del Mitteis non potrebbe più risciversi partendo dalla sua impostazione di base. E al confronto volumi come quelli di un Besta e di un Calasso (sempre per restare ad autori italiani) ci appaiono più aderenti alla realtà delle esperienze giuridiche allora vissute. Quanto alla *Common Law*, il magnifico volume con quel titolo di Holmes, che allora (1880) fu indicato esempio di genuina scienza giuridica storica (era in realtà un'ammirevole opera di giurisprudenza pratica) non regge il confronto, sotto il profilo della aderenza alla realtà storica, non si dice con i molti volumi del maestro Holdsworth, ma anche con il modesto manuale di un Plucknett.

La storia dei *diritti degli stati occidentali dal Cinquecento all'Ottocento* è stata indagata e raccontata, in tutti i suoi aspetti, da un numero imponente di grandi giuristi storici che hanno respinto nell'ombra opere pur meritevoli di grande rispetto, come quelle di uno Jellinek. Valga la sola menzione di alcuni nomi scelti a caso e in via di esempio: Ellul, Coing, Wieacker, Huber.

Un caso a parte può considerarsi quello degli studi di *diritto comparato relativi agli ordinamenti dell'epoca contemporanea*. In questo campo è legittimo dire che i metodi realistici di indagine hanno prodotto risultati, per quanto nei dettagli a volte opinabili, di eccellente livello. Vi hanno contribuito studiosi di ogni parte del mondo.

Studiosi esperti in prevalenza del *diritto privato* e delle procedure della giustizia hanno suddiviso in “grandi famiglie”, contraddistinte ciascuna da peculiari valori culturali, i diritti onde si reggono attualmente i popoli della terra. Common Law, Civil Law, diritti di tradizione islamica, diritti socialisti, diritti di tipo orientale, diritti tipici di primitive etnie africane, costituiscono le grandi ripartizioni dell’esperienza giuridica mondiale ( David; Zweigert e Koetz).

Esperti di *diritto costituzionale* e pubblico hanno a loro volta redatto una analoga lista di grandi forme dei stato e di governo, esaustiva della varietà delle formule politiche che attualmente vigono nel mondo. Le loro analisi appaiono penetrare con efficacia nelle complicate pieghe degli ordinamenti giuridici. Di speciale, grande rilievo è, nei loro studi, l’utilizzo sistematico dello strumento metodologico dei *modelli*. Esso è servito loro non solo per la individuazione dei fondamentali, distinti tipi di forme di stato e di governo in generale ( i cui modelli hanno avuto , naturalmente, solo parziali e differenti attuazioni nelle concrete, reali strutture degli ordinamenti, e nonpertanto ne hanno illuminato decisivi aspetti valoriali). Esso è servito anche per chiarire in maniera definitiva le tappe dello sviluppo storico del tipo di stato occidentale attraverso i secoli, dal Settecento al presente.

Nel nuovo quadro, al movimento del *costituzionalismo* è stato giustamente ricondotto il superamento della forma dello stato assoluto e la instaurazione in Europa e in America dello stato secondo il *modello liberale classico*. Questo poggiava sul principio che allo stato competesse essenzialmente di curare e garantire un sistema normativo contemplante larghi istituti di libertà e autonomia per l’individuo. In corrispondenza, l’apparato statale di imperio doveva organizzarsi in base al principio della divisione dei poteri (con Esecutivo e Giudiziario legati a una applicazione quanto più possibile stretta delle norme formanti il dato positivo, per lo più dettato da un superiore Legislativo). Con l’avvento della società industrializzata, nel Novecento, la formula politica dello stato liberale non poté mantenersi, e in luogo d’essa subentrò la formula dello *stato democratico e sociale*. La nuova formula ritenne molti istituti della precedente, ma trasformò lo stato chiamandolo a intervenire incisivamente nel settore dell’economia, a fornire servizi, a redistribuire in qualche misura la ricchezza. Provocò anche una sensibile modificazione nella divisione dei poteri, adottandone un modello suo ( con l’Esecutivo diventato Potere governante, i poteri discrezionali della P. Amministrazione grandemente cresciuti, e il Giudiziario divenuto per varie vie un “formante” decisivo degli sviluppi del diritto). Un’ultima notazione. La storiografia sviluppatasi vigorosamente in tutti i campi del diritto che abbiamo menzionati, in tutti i campi ne ha delineato la storia facendo il dovuto spazio, secondo una giusta visione realistica, agli apporti innovativi recati dai diversi “formanti”, dappertutto all’opera: non solo gli apporti provenienti dalla legge e da altre fonti formalmente autorizzate, ma quelli, sempre in qualche misura importanti, forniti da prassi governative e amministrative e, soprattutto, dalla *giurisprudenza delle Corti* e dalla *dottrina*. Nessuna seria storia del diritto potrebbe oggi scriversi, senza includere la grande spinta innovativa data alla sua evoluzione da questi due “formanti”. Il loro impatto è stato quantitativamente differente da ordinamento a ordinamento, e da modello a modello, contando talvolta più l’impulso dell’uno, talvolta più quello dell’altro. Di tutto questo la storiografia, superata la fase positivista, ha ben saputo tener conto.

## 2 . I rischi

Scrivere la storia genuina di un diritto costituzionale collegato a una Costituzione il cui testo è ancora in vigore espone il giurista, che sia anche cittadino dello stato che si regge con quella Costituzione, a dei rischi. Rischiano di avverarsi in misura più grave, in questo caso, nel settore del diritto costituzionale, quelle distorsioni negli studi del diritto collegati alla concezione tradizionale della scienza giuridica, che abbiamo segnalati sopra, in generale, nella Sezione III°.

Il *giurista storico*, fedele alla sua missione di genuino descrittore di fatti accaduti, non può ignorare quanto normalmente avviene nella genesi di un testo costituzionale: i suoi autori, spesso concordi nel voto dato in suo favore, sono in realtà divisi riguardo al significato e alla portata da leggersi nei suoi segni normativi. Di questo, lo storico deve tener conto anche nella valutazione dei successivi sviluppi intervenuti nella interpretazione- applicazione del testo nel corso del tempo.

D’altra parte, il giurista, cittadino fedele alla Costituzione di cui si appresta a narrare la storia, sarà forse impegnato anche, da *giurista pratico*, a conferire alla Costituzione e ai suoi principi quei significati univoci e quella uniforme portata che si richiedono per la sua applicazione, e che egli intende suggerire come i soli giusti alle Autorità che li dovranno applicare. Accadrà allora facilmente che, nel ritornare alla diversa funzione di giurista storico, egli riferisca al momento della genesi quei contenuti che da giurista pratico ha creativamente letto nel testo e che non corrispondono, strettamente, ai fatti dell’origine. Ne segue inevitabilmente una distorsione anche nella narrazione dei successivi sviluppi costituzionali. Verranno

valutate - e condannate - come violazioni della originaria volontà della Costituzione prassi che si collocano - o possono collocarsi - nella sfera di applicazioni con essa compatibili. Per converso, verranno considerate applicazioni conformi alcune che rappresentano invece distacchi vistosi dalle intenzioni iniziali dei costituenti - o della maggioranza tra essi - . Ne riesce falsata l'intera ricostruzione storica del percorso evolutivo costituzionale nelle sue vere componenti.

Il rischio di una vistosa deformazione della storia è alto, quando intraprenda a narrarla un giurista che contemporaneamente attenda al compito di interprete pratico della Costituzione: perché, in una atmosfera culturale ancora segnata dal positivismo, non potendo l'interprete pratico dichiarare apertamente che la sua interpretazione è dettata da proprie scelte valoriali politiche, la tentazione è per lui forte - e spesso non percepita come tale - di trasferire alle origini le letture che egli fa selettivamente, per sua preferenza, della Costituzione. Riportandole alle origini, egli rinforza, imperando quell'atmosfera, la validità pratica di quelle letture.

E' questa la ragione per cui è difficile fidarsi di quelle parti di anche pregevolissime opere di interpretazione della Costituzione a fini pratici, che sono dedicate alla sua genesi e ai successivi sviluppi. Si tratta di parti che non sono ispirate da una vera, autonoma dedizione alla verità storica. Servono da supporto esterno a tesi che appartengono a un altro genere di discorso.

E' questa la ragione per cui non sono frequenti (o sono meno numerose di quanto sarebbe auspicabile) opere di storia della Costituzione e dei suoi sviluppi scritte da giuristi non impegnati in lavori di interpretazione pratica, scritte con la sola preoccupazione di scoprire la verità storica.

E' questa infine la ragione per cui talvolta storie costituzionali più veritiere sono scritte da giuristi stranieri non coinvolti in problemi di applicazione delle medesime. Ovvero sono scritte da studiosi della politica, che però non sono giuristi professionisti ( nelle cui opere peraltro mancherà quella finezza nel trattamento minuto delle norme che è privilegio del giurista ).

Vi sono riscontri di fatto di queste negative considerazioni.

La Costituzione americana e i suoi più importanti Emendamenti risalgono a tempi lontani e attorno al significato originario delle loro clausole storici imparziali sono spesso divisi. Ma la Corte Suprema in misura crescente sembra propensa a basare le sue decisioni su una pretesa lettura corretta di quei dati di origine, e comprensibilmente le sue ricostruzioni storiche (del resto combattute al suo stesso interno) sono più o meno forzature della storia. In dottrina, il ricorso all'argomento della vera volontà della Costituzione per giustificare le scelte interpretative compiute dal costituzionalista è frequente. Perciò, le parti storiche di opere per altro verso insigni ( come quelle di un Ely, di un Tribe, di un Ackermann) non possono valere come sicure, intelligenti ricostruzioni di quello che è stato il vero corso del costituzionalismo americano. Uno squarcio di profonda verità offerse per primo molti anni fa un politologo (Corwin), nel parlare di una prima fase della Costituzione tutta fondata sulla libertà di contratto, distinta da una seconda fase, quella attuale, altrimenti ispirata, e da uno storico della politica che parlò di una *old legality* contrapposta alla presente *new legality* (Switcher).

La Costituzione italiana nacque da una Assemblea che era dentro sé radicalmente divisa riguardo agli ideali di giustizia da incorporare in essa. I costituzionalisti italiani credono di poter affermare, sulla base del voto di approvazione del testo che fu unanime, che dietro alle formule dei principi stavano gli stessi concetti da tutti condivisi, risultanti da un compromesso globale tra l'ideale cattolico, quello socialista e quello liberale. Movendo da questa benevola falsità storica, ciascun costituzionalista ha potuto proporre la sua interpretazione della Costituzione come la migliore deduzione logica da una lettura corretta del compromesso, e ha potuto narrare la successiva storia del sistema quasi solo in rapporto alla conformità o difformità degli sviluppi intervenuti con le linee della interpretazione abbracciata in proprio.

A rigore, si può quasi dire che a tutt'oggi una vera storia del sistema costituzionale italiano, ormai vecchio di sessanta anni, non è ancora stata scritta. Se ne intravedono solo i primi spunti. Qualcosa poi può trovarsi nei contributi di storici della politica ( Scoppola, Craveri e altri), ma anche in essi ( a parte l'assenza di un approfondito specifico "giuridico") traspira quella idea infelice del compromesso, avallata dalla opinione autorevole di tanti, competenti giuristi pratici.

**D .** *Lo studio storico del diritto e la presenza nella storiografia giuridica di distinti giudizi di valore - in particolare, di valore etico -.*

Compito della scienza giuridica nella sua branca storica è l'accertamento di come le norme giuridiche sono state di fatto utilizzate in contesti storici determinati, e dei valori che ne sono stati promossi. E' un compito di

ricerca di come le cose siano effettivamente andate; e l'attività che lo assolve mira alla conoscenza del reale e non ad altro.

La ricerca può essere stata stimolata da interessi pratici; ma essi, una volta partita l'indagine, devono permetterle di fare il suo autonomo corso, a pena di inquinare la genuinità dei risultati. A seguito del grande sviluppo degli studi storico-giuridici in tutto il mondo, oggi la ricerca che li alimenta ha spesso origine di puro interesse del conoscere per il conoscere. Anche in tal caso, comunque, i risultati conseguiti hanno una portata due volte circoscritta. Copriranno sempre un territorio determinato - per ampio che esso sia -, indagato da un certo angolo visuale: onde altre ricerche potranno sempre validamente aggiungersi alle prime, coinvolgendo lo stesso territorio da un altro punto di vista. Inoltre, saranno sempre in certa misura provvisori, soggetti a ulteriori riprove e conferme. Scontata la duplice circoscrizione della valenza dei prodotti dello studio storico del diritto, questi contano come rilevazioni che si assumono oggettive di una realtà quale essa è in sé.

La molteplice, complessa realtà delle storie degli ordinamenti giuridici, rivelata dagli studi storici del diritto, contiene tra l'altro l'accertamento dei valori che hanno mosso gli utilizzatori d'esse ad agire e correlativamente quelli che l'utilizzo ha contribuito di fatto a promuovere. Ma questi valori, nelle prospettive rigorose del discorso storico, valgono semplicemente come eventi accaduti: come fatti di cui si prende atto. Nell'accertarli il giurista storico agisce nel quadro della logica della *ragione teoretica*, la quale prescrive la ricerca di una realtà che di per sé non indica quale linea d'azione futura occorra perseguire, né il valore in base al quale valutare il pregio delle azioni compiute e degli effetti da queste oggettivamente prodotti. Come s'è spiegato nelle Premesse filosofiche di ordine generale, solo la *ragione pratica* e il pensiero che si sviluppa dai suoi principi forniscono i criteri per la guida dell'azione e per un giudizio di merito circa azioni passate (o anche future) e circa le conseguenze che esse hanno tratto (o possono trarre) seco.

Ora, il giurista storico persegue essenzialmente nella sua attività la ricerca di una attività che di per sé non offre metri per assegnare voti agli accadimenti posti in luce. Ma a quello stesso giurista non è d'altronde inibito, completati i suoi accertamenti, passare, in uno sviluppo collaterale e aggiuntivo del suo pensiero, a valutazioni dettate dalla applicazione di criteri vari forniti dal pensiero appartenente alla sfera della ragione pratica. In particolare, a formulare giudizi di valore, di propria scelta, sopra valori che hanno informato di sé azioni giuridiche previamente accertate.

Eccederebbe certo dallo stretto esercizio della funzione del giurista storico una attività diretta a svolgere sistematicamente una valutazione delle normative e delle istituzioni di un ordinamento alla luce di una serie prestabilita di valori tratti da un discorso organico di ordine politologico o di tipo economico. Analisi complesse di questo genere si sono date frequentemente in passato con riguardo al vaglio dei meriti di un sistema giuridico esistente rispetto a ideali di giustizia e di utilità politiche dettagliatamente specificati. In questi casi il giurista storico che vi ha partecipato si è fatto per metà pensatore politico o politologo, o addirittura ha operato in collaborazione con qualche esperto dei problemi della politica, esponente magari di qualche particolare partito. Da qualche decennio, a livello mondiale, si sono poi sviluppate, in grandi dimensioni, ricerche dirette a offrire valutazioni degli istituti giuridici tipici degli ordinamenti occidentali in materia economica confrontati con gli *standards* di una scienza economica informata ai principi della libera concorrenza in un sistema di mercato. Le ricerche hanno dato luogo a una vera e propria branca di distinti studi speciali, cui si è dato il nome di *Law and Economics*. Ma a parte i casi di elaborati confronti di normative e istituti giuridici con criteri di valore prefissati, come quelli ora menzionati, nelle opere di storia giuridica sono sempre entrati, in una certa misura, ad accompagnare la narrazione degli eventi giuridici, giudizi di valore, positivi o negativi rispetto a un metro prescelto, . E la presenza di tali valutazioni, purché mantenuta sui margini del racconto, non turbava, e non turba, la intrinseca unità di ispirazione e di interesse che animano, e devono animare, un'opera diretta ad accertare, secondo verità, fatti giuridici accaduti. Nella mente umana, pensiero teoretico e pensiero pratico, pur distinti, promanano da uno stesso organo, la ragione, e sono destinati a offrirsi reciprocamente utili servizi.

Nei due esempi appena menzionati gli standards assunti per la valutazione rispondono, nel quadro delle esperienze umane, a interessi particolari, benché importanti: interessi importanti, ma sempre parziali. La ragione pratica, sappiamo, esprime però anche principi che mirano a superare le parzialità: principi *etic*, che pongono come *valore a tutti superiore* quello della *promozione della civiltà in generale*.

Grandi, classiche opere di filosofia della storia hanno in passato disegnato l'intero corso della vita dell'umanità come un progresso a tappe della civiltà. E da Vico, a Herder, a Hegel, a Guizot, a Comte, nel complesso, a volte drammatico racconto da loro tracciato, le istituzioni giuridiche hanno avuto la loro parte, valutate, assieme ad altri aspetti della cultura e dei costumi, per i contributi di volta in volta recati agli



avanzamenti del vivere civile. Non usa ormai più raccogliere in un'unica rappresentazione filosofica l'intera storia del progresso umano ( l'ultimo forse tentativo in questo senso è stato quello di Jaspers). Ma resta ancora, ovviamente, l'esigenza del valutare, dal punto di vista dei valori più alti - quelli che con riferimento alla vita degli ordinamenti giuridici possiamo chiamare *valori etico-politici* - , come ad essi si rapportano le normative e le istituzioni che, da storici, stiamo al momento studiando.

Per questo deve considerarsi legittima e appropriata la presenza, in opere di storiografia giuridica, di considerazioni che vanno al di là della descrizione oggettiva dei fenomeni e che attengono al contributo da essi portato all'affermarsi - ovvero all'eventuale retrocedere - di quei valori. Anzi, la qualità stessa dell'opera risulterà da quella presenza accresciuta per la sua capacità di coinvolgere il lettore in una ricostruzione che include, tra l'altro, un riferimento a interessi pratici di ordine umano superiore.

Naturalmente, le valutazioni etico-politiche incluse in studi di diritto di carattere storico conservano validità - come del resto quelle che prendono a misura altri valori - soltanto se non incidono, anche solo indirettamente, sulla correttezza della previa ricostruzione storica del fenomeno giuridico indagato, e lo lasciano comunque campeggiare nelle prospettive complessive dello studio. Va da sé inoltre che nessuna valutazione etico-politica dei fenomeni studiati sarebbe valida se non fosse compiuta con giusto apprezzamento di ciò che nelle circostanze le esigenze della civiltà potevano richiedere, e con quella piena consapevolezza storicistica che sopra s'è detta indispensabile per qualunque giudizio di natura etica.

#### Sezione V°

#### La scienza giuridica come giurisprudenza pratica

Lo studio storico del diritto si svolge sotto l'impero della categoria della *verità* . La dottrina dei giuristi che suggerisce alle Autorità il modo giusto per interpretare e applicare il diritto positivo, e di decidere i casi concreti, sta sotto il controllo ultimo delle categorie della *convenienza* e della *giustizia politiche*.

**A** . *Un modello teorico generale per l'intelligenza dei processi di interpretazione pratica del diritto (quella delle Autorità che applicano il diritto e della Dottrina che porge loro consigli )*.

Il contenuto e le implicazioni dello stesso segno normativo non sono mai perfettamente identici, in senso assoluto, nei distinti atti concreti in stretta funzione dei quali i soggetti ne fanno utilizzo. Ma empiricamente le differenze possono variare da un assoluto minimo a un cambiamento totale. Solo la comparazione può approssimativamente stabilire, nel flusso degli atti concreti esaminati, quale è la misura della variazione subita, dall'uno all'altro atto, e in media su un certo tratto di tempo. L'analisi storico- empirica crede di poter stabilire che variazioni di una certa entità, in tempi prolungati, tendono a determinarsi nelle applicazioni delle norme giuridiche da parte di *organi giurisdizionali ufficiali*, negli ordinamenti del mondo occidentale di cui si conosce con sicurezza la storia. Si pone a questo punto il problema della possibile identificazione di un *modello* che indichi lo spazio in cui le variazioni, in quel tipo di attività, si sono in genere verificate, le modalità del loro sviluppo, e i fattori che vi hanno concorso.

Prendendo a base soprattutto l'esperienza dei paesi di Common Law, il giurista principale rappresentante allora nel mondo della concezione realistica del diritto, *Roscoe Pound*, ha genialmente delineato un secolo fa, in termini riassuntivi, una *teoria della decisione giudiziale*, che può valere in generale.

Secondo la teoria, le *decisioni giudiziali* definenti, insieme all'esito delle cause, le regole che presidono all'atto e puntano a presidiare in seguito la risoluzione di analoghe, successive controversie, sono il *prodotto dell'interazione di tre fondamentali elementi*.

Il primo elemento è quello "*imperativo*", composto dal materiale che include i segni normativi costituenti un punto di partenza obbligato per il ragionamento giuridico del Giudiziario; un "dato positivo" che varia, in composizione e per tipi, da ordinamento a ordinamento.

Il secondo elemento è quello "*tecnico*", risultante dai differenti canoni particolari previsti specificamente dagli ordinamenti come strumenti per il trattamento del rispettivo materiale normativo.

Il terzo elemento è quello "*ideale*". Esso consiste in concezioni relative ai fini che il diritto deve perseguire - giustizia, utilità, convenienza collettiva ecc. - e ai metodi con cui il dato positivo deve in conseguenza venir interpretato e manipolato. L'elemento "ideale" contiene *scelte di valori, affidate agli applicatori del diritto*, ed è nel lungo corso il fattore decisivo nel processo di interazione tra i tre, perché da esso dipende la formazione dei risultati finali del flusso delle decisioni, cioè la nascita di norme più o meno nuove, che tenderanno a imporsi, come nuovo dato positivo di fatto, nella vita successiva dell'ordinamento.

Possiamo accettare il modello proposto da Pound come valido per un approssimativo inquadramento delle *attività giurisdizionali*: “formante” essenziale nello sviluppo del diritto positivo nelle tradizioni giuridiche dell’Occidente. *Ma lo schema del modello può applicarsi altresì alle attività di elaborazione del diritto svolte dalla giurisprudenza dottrinale, ossia dalla dottrina giuridica che si dedica all’interpretazione del dato normativo per porgere i risultati del suo lavoro alle Autorità deputate alla applicazione del diritto, in quanto risultati incorporanti la unica “giusta” lettura e “giusta” esplicazione di quel dato.*

Se usiamo il termine generale di *interpretazione del diritto* per designare i ragionamenti posti dal Giudiziario a motivazione delle sue decisioni, nonché quelli che la dottrina giuridica sviluppa a guida, supporto e critica delle decisioni del Giudiziario, allora lo schema poundiano può dirsi di massima fornire un *modello valido* per spiegare la logica e la problematica dei processi *interpretativi pratici in generale ( quelli sviluppati nelle attività proprie delle tipiche Autorità chiamate ad applicare in qualche modo il diritto positivo - la giurisprudenza delle Corti o giudiziale - e quelli elaborati dalla dottrina di accreditati giuristi indipendenti a consiglio e a guida delle prime - la giurisprudenza dei giuristi o dottrinale - )*.

Un discorso sulla teoria realistica della *scienza giuridica come giurisprudenza pratica* esige, innanzitutto, muovendo dal modello poundiano, un breve approfondimento delle nozioni relative alle componenti del modello e alle specifiche modalità della loro interazione nei processi interpretativi : un approfondimento rivisitante in parte nozioni di comune dominio per i giuristi, ma sulle quali, per ragioni di chiarezza, conviene, sia pur solo rapidamente, ritornare .

Lo svolgimento dei nostri Appunti in tema di giurisprudenza pratica esige altresì, come opportuna introduzione a una proposta relativa ai metodi adatti per la giurisprudenza pratica del nostro tempo, una breve analisi storico-critica degli *elementi ideali* e delle *teorie dell’interpretazione* che sono prevalsi nella vita degli stati occidentali negli ultimi secoli, con le congiunte *forme di giurisprudenza pratica* che vi si sono affermate. L’analisi sarà necessariamente sommaria e non approfondita, priva di qualsiasi pretesa di completezza scientifica. Infine, conclusa la introduttiva analisi storico-critica, provvederemo ad indicare l’*ideale* e la *teoria della interpretazione* che ci paiono *i più adatti* a guidare, nelle condizioni attuali degli ordinamenti occidentali le operazioni della giurisprudenza pratica: una teoria informata ai principi di una ragione pratica di impronta marcatamente storicistica.

## **B** *Gli elementi costitutivi del modello e gli effetti della loro interazione*

### **1** *. Il dato normativo positivo*

Si usa sovente il termine “*fonte*” per indicare in genere quelle attività che immettono nell’ordinamento nuove norme, che di diritto e di fatto regolano poi i rapporti giuridici. E’ importante invece riservare il termine a quei *fatti e atti* riconosciuti dall’ordinamento come *capaci di introdurre nuovi segni normativi a carattere vincolante*, che gli applicatori del diritto dovranno necessariamente sempre prendere in considerazione, in quanto segni, per la soluzione delle questioni giuridiche e la decisione delle controversie. La distinzione conta, perché si danno molte attività informalmente introduttive di innovazioni nel sistema normativo che non hanno efficacia vincolante per successive applicazioni. Le norme così introdotte operano di fatto, osservate come norme dalla generalità, con effetti giuridici di grande rilevanza, senza la qualità di vincolo formale. Per tutte le attività produttive di innovazioni normative, formali o informali, operanti in qualche modo come normazioni di fatto nell’ordinamento, si è usato e si usa in questo saggio il termine “*formante*”. Il termine “fonti” è riservato ai soli formanti che generano nell’ordinamento “*segni normativi*” che rappresentano un punto di partenza necessitato, un elemento rilevante imprescindibile, per le operazioni di interpretazione giuridica.

Il dato normativo positivo è costituito da tutti i “*segni normativi*” che nell’ordinamento sono prodotti da “fonti”. Gli ordinamenti differiscono tra loro non poco quanto all’ordine delle fonti che riconoscono. Scontata la qualità di fonti per le attività di natura schiettamente legislativa (comunque i legislatori siano organizzati nelle diverse strutture costituzionali), la principale differenza si dà in rapporto alle pronunce delle Corti, alle sentenze del Giudiziario. Nei sistemi di *Common Law*, in forza del principio dello *stare decisis*, di massima quelle sentenze hanno la qualità di fonti. Nei sistemi di *Civil Law* di massima non ce l’hanno. La cosa si riflette sensibilmente nell’impostazione iniziale dei processi interpretativi.

Importante è la approssimativa distinzione tra i tipi dei segni normativi in rapporto alla maggiore o minore loro *specificità, flessibilità, manipolabilità* della loro forma lessicale. Si sogliono di solito enumerare di seguito - in ordine decrescente di rispettiva specificità e di crescente flessibilità e manipolabilità - *regole, principi, concetti, criteri di valutazione ( standards)*. Questi tipi di segno ricorrono più o meno in tutti gli ordinamenti, di

solito in quantità diverse a seconda dei settori del diritto. Nei testi delle Costituzioni abbondano i principi, i concetti, gli standards.

I segni nascono con un più o meno preciso significato e annesse implicazioni, quali stanno nel pensiero dei loro autori ( non di rado peraltro divisi tra loro nel caso di deliberazioni collegiali). Il significato originario di un segno va accertato, nei limiti del possibile, dal *giurista storico*, che - come detto sopra - deve notare tutti i dettagli della genesi e della sua finale composizione ( ai fini della storia verace dell'ordinamento). Ma il *giurista pratico* ha un altro compito: *deve determinare il significato univoco del segno in vista della sua applicazione nella questione sotto indagine e in altri casi che potranno presentarsi. Un significato da mantenere tendenzialmente fermo nel tempo, per ragioni di uniformità nella gestione del diritto e di egual trattamento dei consociati in situazioni simili. Un significato da rendere conciliabile con la interpretazione di altri segni, così che tutti insieme formino possibilmente un sistema coerente* ( quello che non esiste se non in misura parziale e frammentata, nella effettiva realtà dello sviluppo storico dell'ordinamento).

L'interpretazione pratica dei segni è più o meno decisamente determinata, di fatto, dall'elemento ideale che opera, consapevolmente o inconsapevolmente, nella mente degli interpreti. Ciò spiega come mai il singolo interprete possa per suo conto, in modo autonomo, conferire al segno normativo un significato anche diverso da quello che storicamente era il suo originario, e sulla base di questo diverso significato risolvere le questioni e decidere le controversie. Ciò spiega come mai, di fatto, quando una *certa interpretazione di un segno*, diversa dal suo significato originario, ha trovato consenso presso un numero grande e autorevole di operatori del diritto ( dottrina, giudici, amministratori, gli stessi legislatori che l'hanno per lo meno tollerata), il *significato e la portata operativi del segno, restato intatto nella sua forma esterna letterale, siano ormai, di fatto, quelli nuovi*.

Il mutamento nel tempo del significato dei segni per via di interpretazione è fenomeno che incontra maggiori, talvolta preclusivi ostacoli, nel caso dei segni a struttura specifica ( le regole). Ma l'evoluzione si è data in qualche caso anche per settori del diritto ove le regole prevalgono, mentre è stata cospicua, talvolta imponente, là dove sono dominanti, in numero e peso, segni a struttura flessibile e manipolabile ( principi, concetti, criteri di valutazione). Le Costituzioni sono il settore in cui il fenomeno è massimamente visibile. Esempio è il caso della Costituzione americana, restata nel suo testo quasi identica a quella varata oltre duecento anni fa, ma oggi dotata di valori precettivi largamente differenti da quelli originari. Ma non si tratta di un caso isolato.

L'elemento imperativo, il dato normativo positivo, non rimane dunque lo stesso a seguito dei processi pratici di interpretazione, anche a prescindere da nuove immissioni effettuate per intervento di fonti ufficiali del diritto. Mutano anche, e talvolta non poco, ad opera di riletture, realizzate per via di interpretazione, gli stessi principi che definiscono quelle che sono le "fonti". L'interpretazione è riuscita in tal modo a modificare lo stesso insieme delle fonti, introducendo informalmente varianti rispetto all'insieme originario. Ne è seguita, quando il fatto è accaduto, una dislocazione non piccola del vincolo da cui deve partire il discorso dell'interprete per la risoluzione di questioni giuridiche e la decisione di controversie.

## **2 . Le tecniche specifiche tradizionali per il trattamento del dato**

Gli ordinamenti contengono di regola *canoni* intesi a guidare imperativamente l'interpretazione del dato normativo; nel presupposto che ne risulterebbe molto ristretta, anzi eliminata, la libertà di "lettura" che questa volesse prendersi. Si danno in materia esempi dotati di grande tradizione storica.

Nei paesi di *Civil Law*, Savigny codificò una risalente serie di canoni per la guida dell'interpretazione, i quali sono restati da allora più o meno un modello per tutti gli ordinamenti dell'area. La legge (il dato normativo) deve interpretarsi tenendo conto del significato proprio delle parole, nelle connessioni che le legano tra loro. Non bastasse il criterio per fissare il significato delle norme, bisognerebbe ricorrere, in ordine successivo, all'accertamento della volontà del legislatore, e al nesso che la stringe alle altre in un sistema. Se rimanessero dubbi su quale norma deve regolare il caso in esame, l'interprete dovrebbe adoperare il criterio della *analogia legis* e infine, occorrendo quello della *analogia juris*.

Nei paesi di *Common Law* si consolidarono tra il Settecento e l'Ottocento i principi relativi ai modi di sviluppo delle decisioni giudiziali, a partire dai dati della giurisprudenza esistente presa nel suo insieme. Si affermò con crescente rigore il principio dello *stare decisis*: la norma già fissata dalla massima istanza giudiziale nelle sue pronunce doveva vincolate le pronunce future di tutte le istanze inferiori. Era però concesso a queste ultime di utilizzare il criterio del *distinguishig* quando apparisse che il caso da decidere non corrispondeva in sostanza a quello che aveva dato origine alla fissazione della norma. Alla massima istanza era anche possibile, in certi casi eccezionali, di rivedere la definizione da lei fatta della norma

(*overruling*). Era infine stabilito che la legge formale (*statute*) poteva modificare tutte le norme di Common Law, ma la sua interpretazione doveva essere di stretto diritto e mai avere portata estensiva.

I principi regolanti normativamente le tecniche di trattamento del dato positivo miravano e mirano a restringere la libertà dell'atto interpretativo. Ma esse non hanno mai conseguito quello scopo, nemmeno nel periodo in cui in tutti gli ordinamenti occidentali prevalse il modello dello stato liberale classico (l'Ottocento), il quale teneva per valore massimo la certezza del diritto (a garanzia delle libertà e della sicurezza del cittadino), e perciò adottava una divisione dei poteri in cui la legge era scoraggiata dall'intervenire frequentemente, e al giudice era in pratica suggerito di applicare il dato normativo nel modo più possibile aderente alla sua nuda lettera.

Se i canoni vincolanti per l'interpretazione ebbero limitata efficacia nello stato liberale, men che meno essi operarono di fatto in senso restrittivo nei tempi successivi. Dottrina giuridica e giurisprudenza delle Corti hanno sempre fatto, in realtà, interpretazione innovativa, sia pure con ritmi diversi con riguardo ai diversi ordinamenti e con riguardo ai diversi settori del diritto. Sono anzi stati gli stessi canoni pretesi vincolanti a rendere in certo senso più facili "letture" trasformatrici in profondità del dato normativo.

Infatti, scartato di fatto l'ordine prestabilito per il ricorso ai vari metodi, l'interprete di *Civil Law* ha potuto avvalersi dell'intenzione del legislatore per mettere da parte il significato emergente dalla lettera del testo, e, in altra circostanza, dell'argomento della logica del sistema per superare le indicazioni dei primi due criteri. Il ricorso alla logica del sistema, per l'introduzione informale di nuove norme, è stato particolarmente frequente in occasione del sopravvenire di nuove norme formali (norme dettate da fonti riconosciute) che si trattava di coordinare con segni normativi precedenti. L'interprete ha poi di sua iniziativa "scoperto" l'esistenza di "lacune" nel diritto, che ha colmato col ricorso alle "analogie", inserendo così nel sistema elementi nuovi che ne hanno permesso una lettura complessiva modificata. I c.d. "principi generali del diritto", da usare nell'impiego appunto della *analogia juris*, venivano ricavati con operazioni di astrazione da norme di generalità e grado inferiori: il che consentiva in realtà l'affermarsi nella loro individuazione di cospicue valutazioni politiche autonome dell'interprete.

Negli ordinamenti di *Common Law*, l'impiego della tecnica del *distinguishing* fu, e tuttora è, il mezzo più frequentemente usato per trasformare, più o meno gradualmente, per via giurisprudenziale, i contenuti normativi del diritto.

La scelta che l'interprete faceva, e fa, fra i vari criteri per il rimodellamento del significato delle norme, e per l'impiego intensivo dell'uno piuttosto che dell'altro canone, dipendeva, e dipende, naturalmente, in ultima istanza, dalla sua retrostante convinzione politica relativa a ciò che è giusto e conveniente per la collettività (o per altri gruppi o interessi coinvolti), quanto all'eventuale sviluppo del diritto.

Accanto alle tecniche di trattamento più tradizionali e consolidate, l'arte degli interpreti ne ha inventate di nuove, che hanno trovato nel tempo varia accoglienza. Ne menzioniamo qui alcune, sperimentate sul terreno del diritto costituzionale, il più adatto per operazioni di trasformazioni manipolative anche nel settore dell'"elemento tecnico".

Negli Stati Uniti (ma in seguito anche in altri ordinamenti) si ritenne tra l'Ottocento e il Novecento che la legittimità costituzionale di leggi ordinarie che intaccavano la sfera dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti potesse dipendere dalla loro "ragionevolezza". Il criterio fu dapprima utilizzato per difendere con forza, in nome della Costituzione, le libertà minacciate del mercato; poi divenne l'arma per giustificare invece - immutato il segno normativo costituzionale - la legislazione economica interventista a scopi sociali. Il criterio viene al presente usato in altri ordinamenti con scopi vari, ma sempre con l'effetto di aprire per la giurisprudenza applicatrice la porta per l'immissione di scelte rimesse alla discrezione dell'interprete, quale che sia la loro direzione valoriale.

Abbandonato in America l'impiego del criterio della "ragionevolezza", dopo il 1940 prese il suo posto quello della misura del "vaglio" (*scrutiny*) cui sottopone le leggi ordinarie nei giudizi di costituzionalità (criterio peraltro non utilizzato sul terreno dei diritti economici). Si distinguono uno *strict* da un *minimal* e da un *intermediate scrutiny*. L'applicazione dell'una o delle altre misure di vaglio a questo o quel tipo di diritti dipende anche qui - con grossi effetti sulla lettura concreta delle implicazioni del testo costituzionale - dalle inclinazioni politiche della Corte Suprema.

La giurisprudenza tedesca del secondo dopoguerra ha inventato - e l'invenzione è stata accolta in altri ordinamenti - un criterio per valutare la costituzionalità delle leggi, che rivaleggia con quello della "ragionevolezza". Per esso, una legge non offende la Costituzione se comprime un diritto da questa protetto ma è proporzionale al bisogno di protezione di un altro bene garantito, e se ha scelto tra i mezzi a

disposizione quello meno invasivo. In pratica, la valutazione circa l'esistenza della proporzionalità e della misura minima invasiva del mezzo è rimessa al giudizio discrezionale, politicamente ispirato, dell'interprete.

### 3 . L' "elemento ideale"

a) Si compone in primo luogo delle idee relative alla natura e ai fini del diritto nel quadro della vita sociale in generale che, presenti nelle menti degli interpreti/applicatori di un dato normativo positivo, ne guidano, di fatto, le operazioni interpretative. Ma l' "elemento ideale" che possiede potere di influenza sull'opera della giurisprudenza pratica non coincide necessariamente solo con formule astratte di filosofia politica. Normalmente include valutazioni di convenienza e di equità ragionate specificamente con riferimento alla situazione politico-sociale nella quale il lavoro della giurisprudenza pratica verrà ad incidere. Anzi, riguardando il fenomeno da un punto di vista per così dire statistico, la capacità di influire sul lavoro dei giuristi pratici appartiene probabilmente soprattutto a considerazioni di ordine politico-sociale tratte da immediate percezioni di ciò che sono i bisogni del momento.

A rigore, ciascun singolo interprete-applicatore è il portatore di un suo più o meno individuale "elemento ideale". Giuristi di grande statura dispongono di solito di un elemento ideale di personale, originale composizione, che i giuristi storici riescono poi a identificare studiando con ammirazione la giurisprudenza particolare di cui quei maestri sono gli autori. Ma per vari motivi, in un determinato momento storico e per un determinato ordinamento vi sono in genere "elementi ideali tipici" che prevalgono nelle menti e nell'opera degli interpreti-applicatori.

Ogni momento storico si caratterizza di regola per grandi ideologie culturali-politiche che ne dominano il corso, e ad esse finiscono per partecipare gli orientamenti ideali di giuristi e magistrati. Le tendenze politiche esistenti nell'opinione pubblica di un paese finiscono anche esse per riflettersi nelle preferenze valoriali delle corporazioni degli addetti alla giustizia. Infine, occorre tener conto del fatto che gli interpreti pratici del diritto sono, appunto, dei "pratici". Non sono degli speculatori intenti a pensare in astratto quali sarebbero le normazioni da adottare nello ordinamento secondo ragioni generali di giustizia e convenienza. Sono degli operatori i cui prodotti ( la lettura manipolatoria del dato normativo e le decisioni giudiziali che ne seguono) devono venir accolti nei complicati meccanismi dell'ordinamento, i quali, se li trovassero inopportuni, saprebbero come neutralizzarli e sbarazzarsene. Questa consapevolezza induce saggiamente gli interpreti ad adattare le proprie valutazioni del giusto e del conveniente, agli effetti del trattamento da fare del dato normativo, alle condizioni del realisticamente *praticabile*. E' questa la causa principale del fatto che l'analisi della giurisprudenza pratica consente di scoprire nei suoi indirizzi tendenze per ispirazione culturale-politica da un lato "progressiste" e dall'altro lato "conservatrici", ma mai, di solito, tendenze espressione di uno spirito estremista nell'uno o nell'altro senso. La giurisprudenza pratica nasce da matrici ideali quasi sempre abbastanza "moderate".

In ogni caso, la storia indica che la *prevalenza per certi periodi di elementi ideali tipici* nell'opera di Corti e di giuristi pratici ha conferito un distinto, relativamente *unitario volto*, con distinte caratteristiche, *alla giurisprudenza giudiziale e alla giurisprudenza dottrinale del periodo*; rivelando in esse una ricerca comune intesa a realizzare nel diritto vivente dell'ordinamento ciò che i rispettivi autori ritenevano corrispondere, al di là ma in necessaria congiunzione col vincolante dato normativo positivo, alle *esigenze della giustizia e della utilità collettiva*.

La tendenziale ricerca, attraverso l'impiego dell'elemento ideale adoperato per migliorare gli sbocchi pratici del dato positivo, della realizzazione di valori politici e sociali di cui si avverte il bisogno, costituisce l'*aspetto nobile della giurisprudenza pratica*. La quale giurisprudenza è anche il terreno in cui sono sovente cresciute e maturate, nel corso delle sue diverse esperienze, *vere idee nuove*, importanti e preziose, circa ciò che è giusto e utile inserire nei sistemi normativi formali degli stati per renderli più concretamente civili e equi; idee addirittura in anticipo di tanti concetti ideali che la filosofia politica ha poi elaborati ad un livello più astratto e con più articolate giustificazioni teoriche, e che i legislatori hanno in seguito fatto propri.

La presenza operativa dell'elemento ideale in seno ai processi della giurisprudenza pratica è ciò che permette di parlare a ragione di quella giurisprudenza, nelle sue varie forme, come di una *branca della scienza giuridica generale*. L'elemento ideale fornisce principi di carattere superiore, ai quali si informano lo sviluppo della attività interpretativa e tendenzialmente i prodotti finali di questa; sicché v'è in questo ramo speciale del sapere una interna logica non dissimile nelle sue articolazioni da quella che vale in seno ad altri rami del sapere.

Qualcuno preferirà parlare, con riferimento alla giurisprudenza pratica, pur concesso il lavoro in essa di un ordine logico, di un *arte* piuttosto che di una branca della scienza giuridica. Ma la preferenza è in realtà indicativa di un concetto antiquato di scienza in chi la condivide. Perché oggi si riconosce che per tutte le

scienze empiriche, seppure in misure diverse, il rigore dei metodi adoperati non assicura altro che sicurezze di ordine relativo e provvisorio ai risultati in esse conseguiti. E per ciò che riguarda il sapere giuridico in particolare, anche l'altra branca di cui esso consta, lo studio storico del diritto, è soggetta a condizioni che ne relativizzano in parte gli esiti. La descrizione del fatto storico che esso considera è sempre parziale per l'angolo visuale da cui l'osservatore guarda, ed è sempre provvisoria, quanto meno, per l'inevitabile limitatezza dei dati esaminati. La differenza essenziale tra lo studio storico del diritto e il suo studio pratico ( la giurisprudenza delle Corti e della dottrina ) sta, non nell'assenza di seri metodi nel lavoro del secondo, ma nel fatto che il primo persegue nel fondo l'obiettivo ideale della verità accertabile, l'altro, pure nel fondo, quello del giusto e dell'utile conseguibili. Solo un radicale scetticismo filosofico in materia di ragion pratica, un relativismo assoluto quanto alla scelta dei valori primi a cui si informa l' "elemento ideale" che governa la manipolazione e sistemazione del dato positivo, può togliere alla giurisprudenza pratica, in contrapposizione alla ricerca storica che mira ad appurare fatti, la dignità di ricerca scientifica nel senso moderno del termine.

b) Quale che sia il linguaggio in cui le componenti dell' "elemento ideale" vengono rappresentate, esse assumono in esso la qualità funzionale di *valori* ( nel senso attribuito al termine nelle Premesse di ordine filosofico). Le componenti possono venir definite attraverso un linguaggio descrittivo di strutture supposte appartenenti alla realtà; ma nel momento in cui il concetto viene inserito nell'elemento ideale e funzionalmente preordinato ad influire sullo sviluppo della giurisprudenza pratica, esso perde la qualità di descrizione di un reale esistente e acquista quella di un valore ( di un bene di cui occorre promuovere di principio la realizzazione). Per esempio: si parla dell'essenza tipica dello stato; quando la definizione è usata nel discorso volto a indicare un ideale, la formula vale nel senso che quel particolare modo d'essere dello stato deve venire se possibile promosso. In tal modo, teorie che nascono come descrittive di una pretesa realtà, e che come tali vanno respinte perché fuorvianti, possono svolgere un ruolo magari positivo quando usate in seno al discorso che definisce l'elemento ideale, guida della giurisprudenza pratica.

c) Parte essenziale e imprescindibile dell'elemento ideale che guida le operazioni della giurisprudenza pratica è *la teoria dell'interpretazione* abbracciata dai giuristi pratici. Dai *metodi* che la teoria patrocinata dipendono in larga parte le misure in cui le altre idee che compongono l'elemento ideale riescono a plasmare di sé i prodotti dell'interpretazione

Le teorie dell'interpretazione sono cosa più larga e diversa di quei canoni tecnici tradizionali di cui sono ricchi i vari sistemi di diritto e di cui abbiamo appena parlato. Esse rappresentano il *modo in cui i giuristi concepiscono la funzione dell'interpretare a fini pratici e dell' applicare il diritto positivo, e i connessi metodi che servono per svolgere al meglio quella funzione.*

Le teorie dell'interpretazione, nella loro varietà, riflettono in pratica, tra l'altro, il concetto del ruolo che dottrina fornitrice delle giuste letture del dato normativo e magistratura decidente devono occupare nei meccanismi dell'ordinamento, secondo il pensiero rispettivamente dei giuristi della dottrina e delle Corti di giustizia. Il concetto varia di regola a seconda delle forme di stato in vigore, e a seconda di altre circostanze. La teoria in concreto prescelta dagli interessati tende a rivelare, per via dello spazio maggiore o minore che lascia a iniziative interpretative innovatrici, la disposizione degli interpreti /applicatori a partecipare attivamente o meno - o ad apparire di partecipare attivamente o meno - agli sviluppi concreti del diritto "vivente".

d) La validità dell'"elemento ideale" (inclusa in esso la relativa teoria dell'interpretazione), che serve a Corti e giuristi per plasmare il dato normativo positivo da recare ad applicazione, dipende da - e non può dipendere da altro che da - un *giudizio politico*. Si tratta di un *giudizio di valore su scelte di valori, compiute o da compiersi, nella sfera dell'autonomamente disponibile, del non strettamente predeterminato dal dato normativo positivo, da parte del Giudiziario e della dottrina*. I parametri adoperabili per la formulazione di questo giudizio possono essere naturalmente i più vari. Per chi crede nella capacità della ragione di esprimere superiori principi di natura etico-politica, il parametro di ultima istanza coincide con la *idoneità dell'elemento ideale* (ed annessa teoria dell'interpretazione), scelto o da scegliersi, messo all'opera o da mettere all'opera, di *promuovere al meglio, nelle concrete circostanze dell'ordinamento particolare coinvolto e nei limiti che esse impongono, valori complessivi di civiltà.*

**C** *Breve excursus storico-critico relativo all' "elemento ideale" e alle teorie dell'interpretazione (con i riflessi nella giurisprudenza pratica) all'opera negli ordinamenti occidentali degli ultimi tre secoli ( 1600-1950)*

**1 . "Elemento ideale" e teoria dell'interpretazione nell'età del giusnaturalismo**

Nel Seicento e nel Settecento la teoria dell'interpretazione dominante era strettamente collegata con la concezione che la *dottrina filosofica del giusnaturalismo* aveva del diritto. Per essa, il diritto nel suo insieme era costituito da un lato da una *componente "positiva"* - le norme poste dalle fonti che la singola collettività riteneva competenti a emanare comandi vincolanti - , ma dall'altro lato dal *diritto naturale*, un insieme di principi superiori, non posti da alcuna autorità specifica, ma iscritti nella essenza stessa dell'essere umano come tale e come parte della realtà universale. L'interpretazione rivolta a preparare i materiali per la risoluzione ragionata delle questioni giuridiche e per la decisione secondo diritto delle controversie insorgenti nella società, consisteva nel comporre in un coerente sistema le normative di carattere positivo con i principi del diritto naturale. A questi ultimi si attribuiva valore superiore, ma in caso di possibili conflitti col diritto positivo, le soluzioni ammesse erano in genere diverse. Solo in casi di contrasti gravissimi con principi di diritto naturale di primaria importanza, si concedeva in via eccezionale che le norme positive venissero messe da parte; altrimenti, per ragioni di ordinata convivenza e di rispetto per le autorità, a questo ultimo si dava comunque corso. La problematica del rapporto tra le componenti del diritto era però più complessa e più raffinata. La dottrina giuridica e le Corti, con sapienti operazioni di lettura manipolatrice, tendevano a interpretare significati e portata delle norme positive in modo da renderle compatibili, per quanto possibile, con i principi di giustizia naturale. La giurisprudenza pratica svolse spesso un intelligente lavoro di adeguamento del diritto applicato alle attese della società.

L'elemento ideale che guidava le operazioni della giurisprudenza pratica non era peraltro uno solo, e rivolto alla realizzazione dei medesimi fini. Il giusnaturalismo filosofico, infatti, aveva plurime anime. V'era, sulla destra, il diritto di natura concepito alla maniera della tradizione scolastica medievale, che coltivava l'idea di una società organizzata in ceti e corporazioni, con l'autorità munita di un mandato voluto da Dio. V'era, a sinistra, un ventaglio di giusnaturalismi che partivano dall'idea dell'individuo quale base di uno stato fondato sul contratto. La versione più importante e di crescente peso parlava di un individuo dotato di diritti inalienabili di libertà, che lo stato doveva rispettare.

La giurisprudenza pratica di questa lunga epoca si divise in correnti conservatrici e progressiste, ciascuna risolvete a suo modo la problematica dei rapporti tra il diritto naturale e quello positivo.

Si ebbero, sul fronte conservatore, le Grandi Corti continentali decise a difendere di fronte a norme eversive gli "jura naturalia quae sunt immutabilia" – in primis la proprietà (Sacco) -, e i giudici francesi dei Parlements pronti a resistere, a tutela della società dei ceti, alle ordinanze dei re. Sul fronte opposto, nell'area anglosassone, Lord Coke rivendicò il diritto inviolabile dell'individuo alla tutela giurisdizionale, annullando una legge del Parlamento che lo disconosceva, e Corti americane si eressero a protezione di varie libertà individuali violate dalla legislazione coloniale.

Varie furono le operazioni di rilettura di normative esistenti per adeguarle a quelle appartenenti ad una sfera di validità superiore, a volte a favore della conservazione, più spesso del progresso. Magistrale fu per esempio l'evoluzione impressa alla Common Law in materia di diritto commerciale da Lord Mansfield per affiancarla al diritto delle genti, e l'analoga operazione che più tardi compì riguardo al diritto americano, con il suo insegnamento dottrinale, Joseph Story.

Il giusnaturalismo di indirizzo liberale (Locke alla sua testa) fu la filosofia che poderosamente affiancò e sostenne il grande movimento politico del costituzionalismo; il quale voleva il superamento dello stato assoluto e dopo dure lotte, dapprima nell'arco dei popoli anglosassoni poi anche, dopo la Rivoluzione francese, nell'Europa continentale, riuscì nell'intento. La vittoria del costituzionalismo politico liberale comportò l'iscrizione dei suoi principi nei testi di diritto positivo dei vari stati, Costituzioni e leggi. Ciò favorì e coincise - ma non fu da solo la causa - di una profonda trasformazione nell'approccio che dottrina giuridica e giurisprudenza giudiziale tenevano rispetto al problema della determinazione del diritto da concretamente applicare.

## 2 . "Elemento ideale" e teorie dell'interpretazione nell'età del positivismo liberale

a) A partire dall'inizio dell'Ottocento scomparve nella giurisprudenza pratica degli ordinamenti occidentali l'utilizzazione di principi supposti di diritto naturale (o delle genti) per la soluzione di questioni giuridiche e di controversie concrete. Fino alla fine di quel secolo fu accettato il dogma che tutte le regole per la soluzione di quei problemi devono essere tratte o ricavate solo dal *diritto positivo dello stato*. Più in generale, si ritenne che il diritto positivo, se bene interpretato, offra tutte le regole per la soluzione di qualsiasi questione o controversia che possa comunque emergere dalla vita sociale (il sistema normativo positivo è, non solo in sé coerente, ma è completo). Per di più, l'interpretazione del dato positivo necessaria per ricavare le suddette regole poteva e doveva avvenire senza che l'interprete /applicatore inserisse nel processo sue

valutazioni politiche capaci di influire sui suoi esiti. E' questa la teoria dell'interpretazione propria del *positivismo giuridico classico*, nella sua più rigorosa versione.

La teoria, come possibile descrizione della realtà dei fenomeni giuridici, è, come visto sopra, inaccettabile. *Ma la sua vera natura ed effettiva portata era pratica, e la sua rilevanza fu grande.*

La scomparsa dalla giurisprudenza pratica dell'utilizzo del diritto naturale fu in parte dovuta alla diminuzione della fede nella sua esistenza presso le classi colte, a seguito delle critiche che la filosofia romantica e quella dell'utilitarismo fecero dei suoi presupposti filosofici. Ma il trionfale avvento in suo luogo della teoria del positivismo classico non si spiega semplicemente con le critiche al diritto naturale di ordine filosofico (in parte ben fondate). Si spiega di più con il fatto dell'inserimento dei principi dell'ideologia liberale (rispondenti ormai agli orientamenti prevalenti dell'opinione pubblica) nei testi del diritto positivo (onde non occorre più ricorrere a fonti esterne, di incerto tenore, per farne valere nella giurisprudenza pratica i valori), congiunto a un altro fatto collegato ad una particolare esigenza, sentita con forza da società a quel punto di spiccata impronta borghese-liberale.

Il *modello politico borghese-liberale* contava, come corollario essenziale di tutte le altre libertà individuali sulla *certezza del diritto*. La quale presupponeva l'esistenza di uno stato piccolo, dotato di un sistema normativo semplice, chiaro e stabile; sistema la applicazione del quale ai casi concreti non lasciasse per quanto possibile margini di dubbio, mentre doveva escludersi che in fase di applicazione l'interprete/applicatore potesse correggere in qualsiasi modo - con frustrazione dei calcoli del cittadino - la portata e le implicazioni delle norme in vigore.

Molti, noti sviluppi della vita degli ordinamenti dell'Ottocento costituirono una risposta a questa fondamentale esigenza. Così, in primo luogo, la intervenuta semplificazione dei sistemi normativi, già composti da congerie confuse di normative di vario genere, attraverso l'adozione, nei paesi di Civil Law, di Codici organici per ciascun settore del diritto. Così, la riduzione, praticamente dappertutto, delle fonti del diritto capaci di introdurre innovazioni, ad una sola fonte: la legge. La legge, la produzione speciale della quale venne ora intenzionalmente rallentata.

Nell'ambito dei poteri a disposizione della giurisprudenza pratica (dottrina e prassi delle Corti), i suoi operatori si adoperarono per la attuazione di fatto, per quanto possibile, del dogma positivistic. E all'uopo, tra l'altro, escogitarono via via teorie dell'interpretazione, integrative di quella principale, che permettessero di ridurre al minimo gli spazi di libera scelta degli interpreti/applicatori.

Sorse così in Francia la scuola dell'esegesi, che tentò di rendere più stringente e costrittivo l'impiego dei tradizionali strumenti tecnici da sempre previsti per l'interpretazione del dato positivo. Sorse così in Germania la grande scuola del "concettualismo giuridico", la quale, lavorando sui materiali del diritto romano, che era il diritto comune di quel paese, estrasse dalle sue normative particolari principi generali che, tradotti in concetti, permisero di comporre l'intero settore del diritto privato in un sistema normativo tutto coerente e compatto, capace, attraverso i concetti, di rispondere ad ogni possibile quesito giuridico.

Anche nel mondo della Common Law si fecero scelte metodologiche che servivano a venir incontro al bisogno della certezza del diritto. Si rinforzò il vincolo rappresentato dai precedenti e si praticò con maggior cautela la tecnica del *distinguishing*. Il supremo organo giudiziario inglese, la House of Lords, annunciò che rinunciava per sempre al potere di *overrule* i suoi precedenti. Restò fissato che le leggi (gli statutes) modificanti il diritto comune non avrebbero mai dovuto ammettere una interpretazione estensiva. In America la scuola di Langdell, a Harvard, procedette a un trattamento formalistico del materiale normativo positivo che rassomigliava, sia pur da lontano e con minor raffinatezza, al metodo del "concettualismo" della scuola tedesca.

b) La scelta della dottrina giuridica e della giurisprudenza delle Corti di accogliere nell'Ottocento per il loro lavoro la teoria positivistic dell'interpretazione, e le teorie particolari che si aggiunsero a sua integrazione, fu effettuata sotto l'influenza di un comune, generico "elemento ideale" che possiamo definire, in senso largo, l'*ideale politico del liberalismo classico*, o, se si vuole, borghese. Si trattava di un liberalismo fondato soprattutto sui valori della *proprietà privata* e della *autonomia contrattuale*, valori "inviolabili". Esso comportava la netta separazione tra stato e società civile, compito essenziale dello stato essendo (a parte la difesa verso l'esterno) la garanzia da prestarsi agli istituti della società civile "indipendente e separata".

Era lo stesso ideale che sospinse allora la Corte Suprema degli Stati Uniti a una interpretazione della Costituzione che ne esaltava fino all'estremo quei valori, andando forse anche al di là delle originali intenzioni dei Padri fondatori.

Ma verso la fine dell'Ottocento i metodi interpretativi delle teorie positivistiche furono utilizzati da una parte della dottrina e della magistratura per dar corso a un diverso "elemento ideale", collegato ora a un concetto



dello stato come ente sovrano assoluto, titolare di poteri adatti a una politica di espansione nazionale all'esterno e a una politica di iniziale interventismo economico all'interno. Fu anche in questo caso una scuola tedesca - quella del diritto pubblico - a procedere per prima magistralmente per questa strada. Essa si propose di imitare l'esempio dei colleghi del diritto privato: i quali avevano sottoposto la materia a una rigorosa sistemazione per concetti. I giuspubblicisti tedeschi, partendo dal concetto della sovranità elaborarono a cascata una serie di concetti che avrebbero dovuto rappresentare le reali strutture giuridiche dello stato in quanto ente sociale. Abbiamo visto che questa teoria sul terreno della realtà non regge. Ma i concetti intanto permisero una ordinata sistemazione di tutti i rapporti di diritto pubblico. L'ordine così introdotto diminuiva le incertezze nella risoluzione dei casi contenziosi concreti, legando meglio le mani agli applicatori. Ciò andava a vantaggio anche dei privati, ma nelle prospettive del nuovo ideale la cosa assicurava soprattutto allo stato, autore delle leggi, che i suoi comandi sarebbero stati più puntualmente eseguiti in sede di concreta applicazione.

### 3. "Elemento ideale" e teorie dell'interpretazione all'avvento dello stato interventista e sociale

a) La aspirazione positivistico-liberale ad un interprete/applicatore che non incide con sue scelte politiche nei processi di interpretazione-applicazione della legge era in assoluto una aspirazione vana. Le stesse teorie interpretative integrative, come quelle appena menzionate, furono il prodotto di libere scelte degli interpreti che incisero in vario modo sui risultati finali della applicazione della legge. In termini relativi, la aspirazione poté ottenere, invero, qualche effetto nel senso desiderato; ma il presupposto affinché i giuristi e i giudici fossero quanto meno possibile distanti da un modello di meri portavoce di una legge che si applica da sé, era che lo stato restasse lo stato minimo voluto dall'ideologia liberale e il suo sistema normativo un sistema semplice e stabile. Il presupposto venne meno quando le società occidentali entrarono in una fase di progressiva e alla fine totale industrializzazione. Le spinte politiche a fare dello stato uno stato interventista e sociale divennero irresistibili. Crebbe il volume della legislazione speciale e il ritmo del suo continuo rinnovamento. I valori dominanti in essa erano quelli, tendenzialmente, della solidarietà sociale. Il problema principale per la giurisprudenza pratica all'aprirsi del nuovo secolo, e poi nel corso del Novecento, fu quello di rileggere in modo aggiornato il corpo della normativa ereditata dalla fase precedente, tutta informata ai valori della proprietà e del contratto e in larga parte volutamente mantenuta in vigore, per accordarla a una legislazione nuova che rispondeva ad altra ispirazione, e per mettere insieme un sistema normativo possibilmente coerente. Si trattava anche di procedere a continue risistemazioni, dato che il flusso della legislazione nuova non aveva interruzioni e su quella da poco entrata in vigore se ne sovrapponeva subito un'altra.

I rappresentanti del vecchio positivismo liberale non esitarono a difendere i metodi dell'esegesi stretta e della giurisprudenza per "concetti". Ma dietro questa difesa c'era la riposta persuasione che quei metodi, carichi come erano dei valori che avevano servito un tempo a promuovere, ne avrebbero favorito la conservazione. La Corte Suprema degli Stati Uniti, invocando il dovere di attenersi al significato originario della Costituzione e di combattere in nome d'esso la nuova incompatibile legislazione sociale, fu a suo modo, in certo senso, la punta di diamante, a livello mondiale, di questo indirizzo giurisprudenziale conservatore.

Sul fronte opposto la critica dei vecchi metodi fu radicale: si assistette a una vera "rivolta" nei confronti dei dominanti "formalismi" e "concettualismi" giuridici. Fu innanzitutto sottolineato il carattere di scelta politica insita nell'impiego dei vecchi metodi di interpretazione e la valenza politica dei risultati che essi avevano prodotto (e che avrebbero continuato a produrre se non fossero stati abbandonati). Non ci si limitò peraltro ad affermare, con realistica percezione del vero (è questo il momento in cui si forma e matura la concezione realistica del diritto che questo saggio ha sposato), che v'è un intrinseco, ineliminabile momento di libertà nella interpretazione/applicazione del diritto, del quale si usa in rapporto all'ideale in cui l'operatore crede. Si fece un preciso passo politico di orientamento "progressista" con l'auspicare l'adozione di metodi nuovi, che producessero la rilettura del materiale normativo precedente in funzione della realizzazione dei valori sociali nuovi, e poi di seguito la continua lettura del flusso legislativo dello stato interventista in modo da tenere sempre aggiornato in quel senso il sistema normativo.

Si formarono nuove scuole in tema di metodi dell'interpretazione. La più moderata invocò l'abbandono della giurisprudenza dei "concetti", chiedendo al giurista di concentrare l'attenzione sugli interessi concreti sui quali la nuova legislazione incideva; in modo da consentire la piena tutela di quelli che essa intendeva di fatto privilegiare (*giurisprudenza degli interessi*). Altra scuola chiese che i principi da astrarre dalle normative particolari non fossero congelati in concetti rigidi, ma fossero espressi in valori, elementi sensibili alle richieste provenienti anche dai nuovi bisogni che la società esprimeva e capaci di dar loro tutto il riconoscimento pratico nel sistema che giustizia richiedeva (*giurisprudenza per valori*). Una terza scuola

afferma che la giurisprudenza avrebbe dovuto manipolare il dato normativo positivo in modo da fargli accogliere le soluzioni suggerite da una sociologia giuridica perseguita indirizzi progressisti (*giurisprudenza sociologica*). Infine, vi fu anche chi, a un polo estremo, suggeriva che i giudici dovessero lasciar perdere il dato normativo in vigore e dovessero senz'altro decidere le controversie secondo un libero loro sentimento di giustizia sociale (*diritto libero*).

La partita tra conservatori e progressisti conobbe varie fasi. Ma alla fine l'impronta liberale che aveva caratterizzato le sistematiche concettuali dei maggiori prodotti della civiltà giuridica occidentale - le Costituzioni e i grandi Codici - fu cancellata e sostituita con una di *impronta nuova*: quella di un *modello statale sociale*. Non solo, come è ovvio, la legislazione speciale nuova, portatrice di un dato positivo vincolante, era stata applicata nelle sue specifiche disposizioni. Lavorando su di essa la dottrina giuridica e la giurisprudenza delle Corti avevano coniato nuove idee e nuovi concetti, e con questi procedettero a una rilettura innovatrice e trasformatrice dei principi conglobati nella lettera di quei maggiori testi ereditati dal passato. Questi furono talvolta riscritti formalmente dai legislatori nel nuovo linguaggio creato dagli operatori della giurisprudenza pratica; ma spesso non si provvide nemmeno a riscrivere la lettera di quei testi: in sede di applicazione si attribuì loro sistematicamente nuovi significati e nuova portata. La Costituzione americana non fu formalmente modificata; ma, dopo la resa della Corte Suprema nel 1937, quella che era stata una costituzione liberale divenne una Costituzione a tendenza sociale. Il Codice civile italiano ebbe una edizione tutta nuova nel 1941, ma i Codici di altri paesi furono solo marginalmente ritoccati, eppure lo spirito spirante anche in essi non era più ormai quello liberale dell'Ottocento.

b) Sconfitto di fatto nella sua originaria aspirazione ad un giudice puro, neutrale esecutore della legge, il *positivismo* ottenne una importante, *parziale rivincita culturale ma anche politica*, nella maniera in cui fu presentata per lo più l'opera rinnovatrice nella giurisprudenza pratica. La acquisizione di una visione pienamente realistica ai tempi della "rivolta contro il formalismo" avrebbe potuto condurre, nel linguaggio almeno della dottrina, a uno stile che apertamente esponesse le autonome ragioni politiche (la sostanza del controllante "elemento ideale") per cui nuovi principi giuridici venivano conati e vecchi principi trasformati in profondità. Ciò accadde nei settori più avanzati e coraggiosi della scienza giuridica di alcuni paesi (come fu il caso in parte di quella americana). Ma spesso il linguaggio dei giuristi mise di proposito un velo sulle radici politiche che stavano alla base delle loro operazioni di rinnovamento e sviluppo del diritto in azione. Si preferì far figurare i risultati innovatori delle operazioni come una "scoperta" del vero, originario significato delle norme, fino allora non bene afferrato, ovvero come la rilevazione oggettiva di una combinazione sistematica di vecchie norme e nuovi elementi normativi, intervenuta di per sé e senza alcun apporto di scelte discrezionali tra alternative da parte dell'interprete. (Addirittura esemplare, sotto questo rispetto, la voce "Interpretazione evolutiva" redatta da Santi Romano per i suoi "Frammenti di un dizionario giuridico". Vi è ribadita - da un antiformalista, campione della teoria "istituzionale" del diritto - la concezione che l'interpretazione è sempre puro atto di "conoscenza", avente ad oggetto - anche quando si parla, impropriamente, di interpretazione "evolutiva" - una realtà tutta integralmente pre-data alla attività di indagine dell'interprete, il quale soltanto la scopre). Era un modo per occultare il carattere nel fondo politico della giurisprudenza pratica: un carattere che il positivismo avrebbe voluto eliminare nella sua originaria versione liberale e che ora, non essendo riuscito nell'intento, era però lieto di far credere comunque realizzato nelle procedure di una scienza che sapesse ben comportarsi. Era anche il modo in cui l'ideologia positivista si manteneva congiunta con l'eterna, ingenua idea popolare del diritto: il diritto è un sistema di norme che esiste in sé e di per sé, e deve essere solo oggetto di "conoscenza" da parte del giurista. L'applicazione d'esso ai fatti è semplice operazione di logica meccanica.

Il linguaggio della giurisprudenza delle Corti - con qualche effettiva maggiore giustificazione - fu anche più silenzioso della dottrina quanto alla origine politica degli indirizzi interpretativi che essa veniva assumendo. Le sentenze, per le Corti, nascevano sempre come riflesso di un diritto che, tramite loro, parlava da sé.

c) Un commento a parte merita la teoria pura del diritto di Kelsen, sorta in questo periodo, vista in funzione di guida per il giurista nell'interpretazione del diritto da applicare. Abbiamo visto sopra che la teoria, come schema utilizzabile a spiegare la realtà effettiva di un ordinamento giuridico, il suo modo di nascere, di operare e di svilupparsi, non vale: è per vari rispetti fuorviante. In questa altra prospettiva, in quanto schema che avvia gli operatori del diritto a lavorare il dato normativo positivo da applicare, la teoria suggerisce loro in pratica di sistemare, secondo la logica di una costruzione a gradi, tutti i fenomeni della produzione di norme, traendo tutte le conseguenze in ordine alla loro eventuale legittimità. La teoria pretende di valere per tutti i possibili ordinamenti, e implica perciò che gli operatori del diritto, se vogliono operare secondo diritto, devono sempre applicare rigorosamente le norme del sistema, una volta che esse siano state messe in

ordine nel modo suddetto, e risultino ai suoi termini legittime. E' una teoria che opera dunque, su questo piano, come strumento per una certa sistemazione formale del dato normativo; al di là di ciò, essa obbliga i giuristi-giudici, *sul piano giuridico*, a servire le norme dell'ordinamento quale che sia il loro contenuto; condanna, su quel piano, i giudici-giuristi che, per ragioni ideali, lavorano sul dato e lo manipolano per migliorarne i risultati in rapporto a bisogni di giustizia e convenienza.

Invero, la teoria prevede che la norma di grado superiore, nell'autorizzare la posizione di una norma di grado inferiore, lasci all'operatore margini più o meno larghi di libertà. Ciò vale per il privato autore di negozi giuridici, ma vale anche -in misura di regola molto minore - per il giudice che emette sentenze. Questo margine per la scelta, però, è quello voluto e deliberatamente concesso dalla norma superiore, non è la libertà che si prende l'interprete/applicatore per contribuire al miglior sviluppo del diritto in azione. La norma superiore di Kelsen ha un suo proprio, preciso contenuto, che deve venir, nell'applicazione, rispettato.

Nella prima versione della teoria, Kelsen concedeva che vi potevano essere incertezze nella determinazione che l'interprete deve fare del contenuto delle norme: queste ai bordi sono spesso cedevoli e indeterminate. Nell'ultima fase del suo pensiero (fatta lunga esperienza anche delle giurisprudenze anglosassoni ) Kelsen considera ormai tutte le norme delle semplici "cornici", che gli operatori che le utilizzano possono riempire con i quadri che vogliono. Ridotta a "cornice" la norma ha però ancora un suo contenuto: è un *ente*, sia pur ischeletrito, che esiste in proprio e deve essere "conosciuto" come tale, e, se si vuole operare giuridicamente, deve essere correttamente applicato.

Come guida per la giurisprudenza pratica, la teoria di Kelsen non prende in definitiva posizione rispetto ai reali problemi politici che la giurisprudenza del suo tempo doveva affrontare. E' agnostica in proposito, salvo a dire ai giuristi/giudici che, secondo le regole del mestiere, essi dovrebbero almeno stare dentro i binari (quali che siano) segnati dai detentori/ autori dei superiori livelli legislativi. Kelsen era personalmente un democratico. Da buon positivista non credeva peraltro che i valori etico-politici potessero fondarsi con gli argomenti di una ragione superiore. Gli mancava perciò la leva intellettuale per concepire il mestiere del giurista /giudice al servizio, in ultima e preminente istanza, dei valori della giustizia e del bene collettivo.

**4 .** *L' "elemento ideale" antidemocratico e alcune teorie dell'interpretazione nella prima metà del secolo ventesimo*

a) Nella prima metà del secolo ventesimo si installa saldamente in tutti i paesi dell'Occidente il modello dello stato interventista e sociale. Ma in alcuni ordinamenti il modello si accoppia con un regime drasticamente autoritario, ispirato ad una ideologia nazionalistica ultra-aggressiva, e in un caso anche sinistramente razzistica. Alla periferia dell'Occidente, in Russia, si installa un regime, quello comunista, che supera addirittura il modello, trasformando lo stato in soggetto unico proprietario dei mezzi di produzione e controllore di tutti gli aspetti della vita della collettività. In rapporto alle loro caratteristiche e alla loro rispettiva ispirazione ideale si affermano teorie dell'interpretazione che servono alla realizzazione dei loro ultimi scopi.

In Italia e in Germania, la giurisprudenza (dottrina e prassi giudiziale ) più vicina agli ideali politici dei due regimi fascista e nazionalsocialista sostennero che, non solo le leggi speciali antiliberali e antidemocratiche da essi varate andavano applicate per come sono ( ciò va in certo senso da sé: sono il "dato positivo" vincolante ), ma la massa delle normative ereditate dal passato, e costituente il grosso del sistema, andava reinterpretato rigorosamente in funzione dei nuovi valori imposti dalle nuove tendenze. Si trattava del resto di accentuare (peraltro di molto) la portata di principi e concetti giuridici che in parte avevano già fatto la loro prova all'ombra della scuola del diritto pubblico ottocentesco celebrante la sovranità assoluta dello stato, di riempirli di nuovi contenuti, e di rielaborare con loro il materiale a disposizione.

Un valido supporto a queste impegnative tendenze giurisprudenziali venne da due seducenti nuove teorie del diritto e della interpretazione. Costantino Mortati affermò che il diritto vige sulla base di un corpo di ideali politici voluti originariamente dai fondatori o rifondatori dello stato ( la sua "costituzione materiale"), e che la interpretazione/applicazione di tutte le norme (quelle della "Costituzione formale" e le altre ordinarie) deve farsi alla luce di quei valori "materiali". Carl Schmitt espresse una analoga teoria, solo chiamando l'atto che dà vita, o nuova vita, al sistema giuridico "decisione fondamentale". Alle scelte compiute in tale sede dovrebbe adeguarsi la lettura di tutto l'insieme delle norme in vigore.

Le teorie di Mortati e di Schmitt delineano una versione delle origini e degli sviluppi degli ordinamenti giuridici che, in quanto pretese descrizioni di una realtà storica, contengono grosse, manifeste forzature. Come teorie della interpretazione offrivano alla giurisprudenza che voleva realizzare una lettura interamente fascista o nazista del sistema normativo un buon piedestallo. Per la verità, essendo teorie di carattere generale, esse potevano anche servire al successo di una giurisprudenza liberale o democratica, là dove la "costituzione

materiale” o la “decisione fondamentale” fossero state di quel rispettivo colore. In Italia e Germania, il colore al momento era diverso, e la giurisprudenza di marca apertamente fascista o nazista si giovò d’esse.

Confrontate con la teoria “formalistica” di Kelsen, quelle “sostanzialiste” di Mortati e di Schmitt appaiono incentivare cattive tendenze di giurisprudenza pratica creativa se esistono nell’ordinamento le condizioni “sostanziali” di partenza perché esse si sviluppino. Kelsen è, da giurista, un agnostico, che si limita a dire a giuristi e giudici di rispettare, in quanto applicatori del diritto, il contenuto oggettivo delle norme (buone o cattive che siano), e però non dà loro suggerimenti circa la direzione (buona o cattiva) in cui sviluppare il diritto negli spazi di libertà (piccoli o grandi) che le norme in qualche misura lasciano loro.

In Italia e Germania, sotto il fascismo e il nazional socialismo, le tendenze giurisprudenziali più politicamente impegnate e conformiste non furono peraltro maggioranza. Si resistette alla loro penetrazione, dando gran rilievo alla lettera della legge, e avvalendosi anche di uno stile argomentativo che riecheggiava spesso, addirittura, la logica del vecchio concettualismo del positivismo liberale.

b) Nell’ordinamento della Russia sovietica l’ “elemento ideale” all’opera nella giurisprudenza pratica coincise per intero (almeno ufficialmente e in linea di principio) con il fine politico supremo dello stato e del partito comunista: l’instaurazione definitiva di una società senza classi (nel paese in primo luogo, e in prospettiva in tutto il mondo). L’elemento ideale possedeva una forza giuridica particolarmente elevata. In funzione d’esso dovevano leggersi tutte le disposizioni normative in ogni settore del sistema. Nella Costituzione formale (1936) erano contenute varie norme proclamanti libertà dell’individuo simili a quelle delle tradizioni costituzionali occidentali; ma era detto che la loro fruizione poteva darsi solo se esse non avessero contrastato con la realizzazione di quel fine supremo dello stato. La giurisprudenza prese molto sul serio questo principio.

Con riguardo a disposizioni di leggi e di normative ordinarie, la loro specificità non impediva, non solo la loro rilettura, ma la loro stessa, brusca messa da parte, se il fine supremo nel giudizio degli operatori pratici del diritto lo richiedeva. Il valore della *certezza del diritto* perdettero ogni peso, nel sistema dell’ordinamento sovietico, non solo nei settori giuridici coinvolgenti interessi politici e pubblici, ma anche in quelli relativi in generale alla vita quotidiana dei cittadini. Quel valore era assunto ai massimi livelli nell’età del positivismo liberale, determinando corrispondenti forme nell’organizzazione dello stato e del governo, nonché in collegate teorie dell’interpretazione. Esso ha toccato probabilmente in Unione sovietica il livello più basso in tutto il corso della secolare storia dello stato moderno.

**D** *Le problematiche dell’ “elemento ideale” e delle teorie dell’interpretazione negli ordinamenti occidentali contemporanei.*

**1 .** *Il modello dello stato democratico e sociale e la garanzia giurisdizionale dei suoi valori fondamentali*

A partire dalla seconda metà del Novecento, i maggiori ordinamenti giuridici dell’Occidente hanno incorporato dentro sé stabilmente le linee essenziali della forma di stato democratica e sociale e la corrispondente forma della divisione dei poteri (secondo il modello identificato attraverso lo studio storico-comparatistico delle loro esperienze politico-giuridiche, del quale s’è parlato sopra). Ma il fatto più rilevante, e anzi decisivo, riguardo alle problematiche concernenti l’elemento ideale e le teorie dell’interpretazione all’opera in essi, consiste nella *universale adozione di una garanzia giurisdizionale rafforzata a tutela dei valori costitutivi di quel modello*. La garanzia è rappresentata in tutti gli ordinamenti (con la sola eccezione della Gran Bretagna) da una *Corte Suprema o Corte costituzionale*, la quale ha il potere di interpretare in modo ultimativo le clausole della Costituzione formale dell’ordinamento e in nome d’esse di annullare le leggi ordinarie (e al limite anche leggi di revisione costituzionale), se reputate in contrasto con quelle clausole. La garanzia peraltro non si ferma qui. Sono ormai state istituite numerose *Corti internazionali* chiamate a giudicare della validità delle normative degli ordinamenti statali, in modi per questi impegnativi, a tutela di alcuni più importanti (ma in alcuni casi praticamente di tutti) i valori rappresentativi del modello. E in vari casi la loro attività si è dimostrata obiettivamente efficace.

In tal modo si è formata ed esiste attualmente a livello universale una *rete ramificata e complessa di garanzie giurisdizionali di quei valori*, la quale ha fatto giustamente parlare di una vittoria dell’idea generale del *costituzionalismo*, inteso come limitazione garantita del potere politico e della sua connaturata tendenza ad espandersi senza confini e ad agire ad arbitrio.

Sotto un certo rispetto è facile ed è legittimo istituire un paragone tra questo *costituzionalismo contemporaneo* e il *costituzionalismo degli antichi* (quello per esempio medievale: *jurisdictio contra gubernaculum*) e *quello dei moderni*, prima dell’avvento dell’ideologia positivista.

Soprattutto il raffronto con quest'ultimo appare per vari motivi giustificato. Nel Seicento e nel Settecento si pensava a un diritto naturale superiore ai diritti positivi, capace di prevalere sulle cattive disposizioni di questi nelle sentenze delle Corti di giustizia, se non con l'annullamento delle leggi cattive (evento eccezionale) almeno con la lettura adeguatrice d'esse per ragioni di equità. Attualmente, l'annullamento è diventato una regola, ma anche l'interpretazione che piega le norme ordinarie alle esigenze della giustizia gioca un suo importantissimo ruolo.

Si suole fare una differenza tra il costituzionalismo dei contemporanei e il diritto naturale dell'età dell'illuminismo, perché il primo avrebbe pur sempre la sua base in un "dato positivo", dettato da una precisa fonte particolare (una Costituzione, un Trattato internazionale). Ma la differenza è, per molti motivi, formalistica e superficiale. La credenza nell'esistenza oggettiva di un diritto naturale era allora diffusa e radicata: nell'opinione pubblica non era un mero *optional* culturale, cui si potesse volendo rinunciare. Analogamente, i valori costituzionali, proclamati in una molteplicità di odierni documenti positivi, non sono neppure essi considerati ormai, in pratica, l'arbitraria scelta di un potere che potrebbe da un momento all'altro disfarsene a suo piacere. Essi hanno radici profonde nella mentalità di tutti i popoli occidentali.

Si suole insistere sul punto della differenza, osservando che ai tempi del diritto naturale v'era grande incertezza quanto al contenuto dei principi appartenenti a quel diritto, mentre oggi i valori giudizialmente garantiti sono definiti in clausole scritte di specifici documenti. Ma, concesso quanto si vuole all'osservazione, essa rimane in larga misura irrilevante. V'era forte divergenza tra le interpretazioni retrograde del diritto naturale e quelle avanzate e innovative della giurisprudenza di impronta liberale. Ma nell'epoca nostra, per esempio, l'interpretazione data dagli stati comunisti alle clausole sulle libertà contenute nella Dichiarazione universale dei diritti, pur da essi sottoscritta, era in radicale, irriducibile contrasto con quella difesa in media dai paesi occidentali. E in ogni caso, anche restringendo lo sguardo alle giurisprudenze di questi ultimi paesi, lavorando spesso su formule dei rispettivi testi costituzionali nella loro lettera assai simili, è facile constatare che divergenze interpretative sono esistite e esistono tra esse, e la lettera delle disposizioni non è dunque mai in realtà un fattore decisivo.

*La vera differenza che corre tra il costituzionalismo dell'età illuministica e il costituzionalismo contemporaneo è un'altra: riguarda i valori che la garanzia giurisdizionale è chiamata a difendere.*

Allora si trattava, per il giusnaturalismo conservatore di proteggere i principi di una società strutturata per ceti, e per quello di indirizzo progressista i valori emergenti di un puro ideale liberale. Oggi, solidamente instaurati negli ordinamenti occidentali sono gli istituti propri del *modello di uno stato interventista a connotazione democratica e sociale*. E' un modello che ritiene dal precedente modello liberale i valori dei *diritti di libertà individuale*, validi in tutti i campi ma in quello economico soggetti ora a regolamenti e restrizioni prima non previsti. E l'attuale largo intervento dello stato è sostanzialmente orientato a realizzare valori di ordine sociale, includenti prestazioni pubbliche a vantaggio delle persone, che assumono, dal punto di vista di queste ultime, la configurazione di nuovi diritti (*i diritti sociali*). Inoltre, componente essenziale del modello è la democrazia. Lo stato liberale contemplava una partecipazione popolare al governo della cosa pubblica, ma non richiedeva una partecipazione garantita alla universalità dei cittadini. Questa è divenuta una colonna portante imprescindibile del nuovo modello. Il principio democratico trae con sé, tra l'altro, una serie di conseguenti nuove strutture nella organizzazione del potere politico.

Ora, la natura dei valori da difendere ha un rilievo decisivo quanto allo spazio lasciato agli organi di garanzia (e alla dottrina giuridica alle loro spalle) per far valere il proprio "elemento ideale" e per scegliere i propri metodi di interpretazione nelle operazioni di trattamento e di lettura dei testi delle Costituzioni e dei Trattati. Più che la lettera di quei testi (formalmente vincolante, ma sempre in larga misura plasmabile) conta il fatto che i valori tipici del modello si sono radicati nelle esistenti istituzioni giuridiche, economiche, sociali e nella opinione pubblica della comunità: sicché, se la giurisprudenza dei garanti non vuole incontrare insuperabili ostacoli alla sua recezione nell'ordinamento, essa deve muoversi in un'area i cui confini e le cui articolazioni interne sono approssimativamente segnati dai valori del modello democratico e sociale. I quali costituiscono la "formula politica" oggi complessivamente in vigore nelle nostre comunità.

La libertà di movimento della giurisprudenza garante del costituzionalismo contemporaneo varia naturalmente da ordinamento a ordinamento, da situazione a situazione. I condizionamenti a lei posti possono essere stretti o laschi, e possono variare nel tempo. Ma l'analisi del suo dispiegarsi in un corso ormai lungo mostra che in genere essa *ha sempre avuto spazio per compiere, sia pur dentro i margini ora accennati, scelte autonome di importanza politica capitale: scelte che hanno lasciato un segno profondo nella storia, non solo giuridica, delle nazioni da esse interessate.*

L'analisi storica di quegli sviluppi giurisprudenziali permette di identificare, molto semplificando, *tre tipi di scelte fondamentali* che i garanti del costituzionalismo contemporaneo hanno in genere dovuto compiere, prima o poi, per affermare, nel quadro dei valori del modello, l'ideale politico che ciascuno d'essi riteneva più degno di realizzarsi nei processi del diritto "vivente".

In primo luogo, le Corti costituzionali hanno dovuto decidere se usare del loro potere di controllo su tutto o solo su parte dell'arco dei valori che caratterizzano il modello (diritti e strutture).

In secondo luogo, i giudici di garanzia hanno dovuto decidere con quale intensità la protezione deve esercitarsi riguardo ai singoli valori costituzionali del modello (diritti e strutture). In pratica, poiché i valori sono in tendenziale concorrenza tra loro, se ne è dovuta delineare una più o meno precisa graduatoria.

In terzo luogo, poiché il modello include tra i suoi fondamentali valori quello della democrazia, le Corti hanno dovuto porsi il problema se l'intensità di protezione giurisdizionale (magari di per sé meritata) di altri valori non debba attenuarsi in funzione del rispetto del valore della democrazia (scelta di più o meno marcato *self-restraint*), per lasciar modo ai legislatori democraticamente eletti di provvedere in argomento a loro discrezione.

Dentro lo schema di queste decisioni primarie di quadro possiamo collocare - per dare ad esse un ordine che permetta di comprenderne la logica complessiva - le ulteriori scelte di valore attraverso le quali si sono realizzate le rispettive particolari idealità dei garanti dell'attuale costituzionalismo occidentale; e la scelta dei metodi da essi impiegati per conseguire quello scopo.

**2 . Giurisprudenze costituzionali contemporanee: "elementi ideali" ispiratori e correlativi metodi di interpretazione**

a) *Le Corti.* Non è possibile in questa sede passare in rassegna le molteplici diverse giurisprudenze di Corti costituzionali della nostra epoca che dimostrano l'impatto di diversi elementi ideali e relativi metodi di interpretazione impiegati nel trattamento di "dati normativi positivi". Dedichiamo un brevissimo esame a tre soli casi capaci di illustrare i passaggi problematici che le Corti hanno dovuto affrontare, e le successive scelte di valore che hanno compiute, a conferma dello schema relativo alle scelte primarie sopra accennato.

**1 . La giurisprudenza costituzionale americana**

Avanti il 1937 la Corte suprema aveva sistematicamente letto nel testo della Costituzione i principi giuridici consacranti un modello di economia fondato sulla piena libertà del mercato ( libera iniziativa privata, proprietà e libertà di contratto) e, riguardo alle strutture del potere politico, un modello di federalismo "duale". Da quella data in poi, a testo del tutto immutato, la lettura della Costituzione è profondamente cambiata. Sullo sfondo di una nuova e popolare "formula politica", che si era già fatta strada nella legislazione e in altre prese di posizione del potere politico, la Corte ha consacrato nella Costituzione una figura tutta particolare e sua di stato democratico e sociale.

La Corte ha scelto, per cominciare, di non applicare più in pratica le consuete clausole utilizzate per la tutela delle libertà economiche, pur nella ridotta dimensione che si confà a uno stato sociale ( con qualche eccezione negli ultimi venti anni). Ha utilizzato all'uopo la tecnica dello *scrutiny*, decidendo che esso deve essere *minimal* (e meno che *minimal* ) in materie economiche.

La corte ha scelto di abbandonare i principi del federalismo duale e di cessare ogni difesa della autonomia degli stati membri nei confronti di una crescente, invasiva legislazione dello stato centrale ( anche qui con qualche minore eccezione negli ultimi anni).

In pratica la Corte ha deciso di abolire ogni seria garanzia giurisdizionale per valori importanti in due aree essenziali del sistema costituzionale (economia e federalismo). La cosa si spiega probabilmente perché essa deve aver ritenuto - a ragione - che in una nazione come gli Stati Uniti, culla del capitalismo mondiale e paese a strutture decentratissime, la tutela di quei valori è sufficientemente assicurata dai semplici processi della funzione legislativa ( si pensi, per la difesa delle autonomie statali, all'esistenza di un Senato a composizione paritaria).

In compenso, la Corte si è rifiutata di concedere, a livello federale, qualsiasi ( o quasi) tutela ai diritti sociali. La creazione fu insistentemente richiesta e sarebbe stata facilmente realizzabile mediante l'impiego appropriato di clausole generali come la *due process of law* e la *equal protection of the laws*. La creazione di diritti sociali fu invece lasciata integralmente (o quasi) al libero potere discrezionale dei legislatori, che vi hanno provveduto, ma in misure assai più modeste di quanto si sia fatto in Europa.

Realizzato un poderoso *self-restraint* nei settori ora nominati, la Corte ha scelto di attivarsi con estremo vigore nella difesa dei diritti appartenenti ai settori delle *libertà politiche e culturali* e della *eguaglianza razziale*, incontrando in partenza e a lungo serie resistenze in seno alla classe politica e nel paese, ma

conquistando poi, alla fine, il consenso della opinione pubblica. Il metodo usato qui fu l'impiego severo, in genere, della tecnica dello *strict scrutiny*.

In materia di libertà d'espressione la giurisprudenza costituzionale americana ha imposto livelli di tutela di gran lunga più intensi di quelli accolti da tutte le giurisdizioni degli altri ordinamenti occidentali ( per es., in materia di reati contro l'ordine pubblico, di diffamazione, ecc.). Alla realizzazione della eguaglianza politica ha contribuito con interventi coattivi diretti nella delimitazione dei collegi elettorali. A quella della eguaglianza razziale, con interventi coattivi in vari campi, ma in particolare in quello della strutturazione delle scuole ( utilizzando anche qui la tecnica del "vaglio severo").

La visione politica che è prevalsa presso i giudici della Corte Suprema americana, nella seconda metà del ventesimo secolo, e ha loro dettato la riscrittura della Costituzione, sembra corrispondere nell'insieme a un modello ideale di tipo sociale, ma per vari rispetti caratterizzato ancora da tratti e carature di chiaro tipo liberale classico.

## 2. La giurisprudenza costituzionale tedesca.

La Costituzione tedesca del 1949 nasce con la deliberata volontà di non includere nel settore dei diritti, come aveva fatto quella di Weimar, enunciati relativi ai diritti sociali, privi di vera forza giuridica vincolante. I diritti garantiti furono quelli classici liberali, concepiti ( lo sottolineò Forsthoff) come libertà da interferenze dello stato che ne intaccassero il "nucleo essenziale". Garantite erano anche le libertà economiche, pur concedendosi interventi regolatori dello stato. Sul versante "sociale" del sistema ( la Costituzione certo non incorporava un modello liberale classico puro), il testo si limitava alla unica, generica enunciazione di principio secondo cui lo stato era uno "stato sociale". Sembrava che toccasse al legislatore deliberare in libertà quali specifici "diritti sociali", e in che misura, istituire all'interno dell'ordinamento.

Questa previsione fu presto superata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. La quale "scoprì" che gli enunciati relativi ai diritti di libertà consacravano "valori" che, non solo lo stato non doveva indebitamente comprimere, ma doveva anche attivamente promuovere, favorendone una concreta fruizione da parte degli individui. Muovendo da questa premessa, e lavorando in base al principio dell'art.1 relativo al diritto della persona di realizzare sé stessa, e in base a un accorto uso del principio di eguaglianza coniugato con quello di ragionevolezza, la Corte è riuscita col tempo a costruire in pratica una rete di dovute prestazioni sociali specifiche, molto estesa e molto ben protetta nei confronti di qualsiasi tentativo del legislatore di diminuirne la consistenza. Mentre la Corte americana ha di molto ristretto, rispetto al passato, l'area complessiva del suo intervento e s'è rifiutata di impegnarsi nel "sociale", la Corte tedesca, partendo da un testo che lasciava largamente la mano libera in quest'ultimo campo al legislatore, lo ha largamente sottomesso a una sua esigente giurisdizione.

Per il resto, in materia di libertà garantite, la Corte tedesca non è stata generosa nei confronti di quella di espressione, convalidando il principio scritto in Costituzione che la democrazia ha diritto di difendersi nei confronti dei movimenti ideologici che mirano a scalarla.

Nel campo delle strutture federali, la Corte non si è tirata indietro. Ha difeso le autonomie dei Laender in molti punti controversi, per esempio in materia di istruzione e di controllo dei media, nei confronti dello stato centrale che voleva espandere le sue competenze. Non ha però voluto erigere paletti troppo alti e rigidi e ha ammesso un complessivo crescere dei poteri del *Bund* ( del resto in armonia con le tendenze a rinforzare il centro proprie di tutti gli ordinamenti federali nel quadro dello stato interventista. Peraltro, la tollerata spinta centralista giunse a un punto che il paese decise alla fine, di arginarla con una specifica, parziale revisione del testo costituzionale).

La Costituzione tedesca contiene molteplici, dettagliate disposizioni in materia di finanza e di politica dei bilanci pubblici, sostanzialmente dirette a rendere seriamente operative le cosiddette "regole procedurali" del modello sociale, che vorrebbero una moneta dal valore stabile e un fortissimo contenimento dello spendere *in deficit*. La Corte ha secondato con decisione questi orientamenti fondamentali del testo, e ha così contribuito al mantenimento dell'economia tedesca su una linea di costante sviluppo e insieme di ordine e di equilibrio.

E' opinione di vari che l'ordinamento tedesco si componga di regole che circoscrivono e limitano troppo, nel loro insieme, i poteri discrezionali dei legislatori: il diritto soffoca la politica (e avvilisce, quando la politica è fatta in regime democratico, la democrazia). Se questa opinione è vera, la Corte non ha certamente lavorato per darle una smentita. Forse può aver influito su questa sua simpatia per la "giuridificazione" di tutta la vita sociale, il ricordo del cattivo uso che, in tempi lontani, si fece, in Germania, della politica.

La visione ideale che ha dominato nei giudici della Corte costituzionale tedesca per oltre mezzo secolo, e che ne ha determinato le prevalenti tendenze giurisprudenziali, è stata, in sostanza, di adesione a un

modello sociale completo, rigorosamente definito e molto avanzato nella direzione del “sociale”. Al tempo stesso, una visione fermamente ancorata ai valori dell’ordine nel campo della finanza e della moneta.

### 3. *La giurisprudenza costituzionale italiana.*

Il testo della Costituzione italiana del 1948 contiene la classica lista delle libertà personali ereditata dal modello liberale. Per la parte dell’economia incorpora con chiarezza i principi del modello interventista sociale ed enuncia in forma esplicita una serie di particolari diritti sociali. Le disposizioni riguardanti questi ultimi, peraltro, secondo un sentimento prevalente presso i costituenti, avevano valore meramente “programmatico” (alla maniera delle analoghe disposizioni della Costituzione di Weimar): spettava al solo legislatore decidere se e in che misura dare loro attuazione. Riguardo alle classiche libertà personali, la Corte costituzionale ne diede una interpretazione molto cautelosa; anzi, per la libertà d’espressione (specie per ciò che concerne i media) una interpretazione nettamente restrittiva e al limite illiberale. Riguardo ai diritti sociali, la Corte, sulla scia di una dottrina maggioritaria progressista, ben presto ravvisò nelle loro enunciazioni dei precetti immediatamente vincolanti, e provvide a darne una interpretazione estensiva. Al contempo, non prese le difese delle libertà economiche private, oggetto di limitazioni crescenti da parte di leggi che andavano al di là di quelle ammesse dal modello sociale.

Gli articoli 47 e 81 della Costituzione contengono disposizioni che, nelle probabili intenzioni dei costituenti, avrebbero dovuto imporre politiche monetarie e di bilancio equilibrate. A partire dagli anni Settanta il legislatore si lanciò in politiche sociali comportanti spese ingentissime senza coperture tributarie (in un primo tempo col contributo attivo della Banca d’Italia). La Corte costituzionale, sulla base del valore preminente da essa accordato ai valori sociali, non solo non pose un freno allo smodato, grave deficit spending, ma per molti anni concorse all’aggravamento del bilancio dello stato mediante sentenze che, in nome del principio di eguaglianza ( e di quello collegato di “ragionevolezza”), estesero a categorie non incluse nelle leggi i benefici da esse concessi a gruppi privilegiati. Solo da ultimo la Corte ammise che le politiche sociali dovevano in qualche modo bilanciarsi con il rispetto dell’integrità dei bilanci. Il debito pubblico, frattanto, era cresciuto al di sopra del PIL nazionale.

La Costituzione aveva dato vita a uno stato a struttura regionale, con Regioni speciali dotate di larghe autonomie e Regioni ordinarie con poteri modesti. Le speciali furono subito organizzate, quelle ordinarie solo nel 1970. Lo stato, nei confronti delle une e delle altre intraprese politiche di assistenzialismo, per nulla produttive di buoni risultati e invece portatrici di spreco di denaro e di corruzione. La Corte costituzionale non si oppose all’assistenzialismo ma, quasi a compenso, riconobbe allo stato, almeno nei confronti delle Regioni ordinarie, il potere di intromettersi in minutissime faccende locali.

Fatti tutti i conti, le scelte politiche che stanno a monte delle interpretazioni della Costituzione nell’opera della Corte italiana sembrano collegarsi sì a un modello sociale complessivo, ma a un modello sbrindellato, incapace di stare sempre dentro i confini propri del tipo, e pronto a ignorare, occorrendo, regole procedurali per esso essenziali. E’ possibile che le scelte della Corte siano state influenzate anche da un sentimento di realistica rassegnazione nei confronti di costumi e prassi politiche e sociali proprie del popolo italiano, ritenute in pratica incorreggibili.

#### b) *La dottrina giuridica.*

Sterminata è la serie di interpretazioni di Costituzioni formali attuali elaborate dalla dottrina giuridica dei rispettivi paesi e offerte per l’applicazione agli organi giudiziari di garanzia e ad altre autorità, dalle quali emerge che i risultati dell’interpretazione dipendono da preventive valutazioni di ordine politico compiute dai giuristi che ne sono gli autori. Non occorre nemmeno, per dar la certezza di questa generale verità, procedere qui all’esame di qualche caso esemplare. Basta la considerazione che, dentro la corporazione dei giuristi costituzionalisti, in tutti gli ordinamenti occidentali, i membri stessi sogliono assegnare il prodotto della loro opera, nei momenti in cui parlano liberi dai tabù della tradizione positivista, a tendenze che si distinguono e si contrappongono in termini politici: interpretazioni conservatrici, interpretazioni progressiste, interpretazioni di colore mediano.

Piuttosto, in questa sede, può essere utile, data per scontata quella verità, avanzare una osservazione circa alcune specifiche tendenze politiche che, a livello mondiale, sembrano caratterizzare, più marcatamente di altre, le dottrine dei giuristi che si occupano a leggere e rileggere, a fini pratici, le Costituzioni.

A introdurre l’osservazione, giova ricordare due notissimi detti di due noti pensatori-giuristi del Novecento. “ La nostra è l’età dei diritti” (Bobbio), e “ i diritti vanno presi sul serio” (Dworkin). Resta, peraltro, che per Bobbio è inutile cercare, perché è irreperibile, un fondamento razionale per i diritti, mentre Dworkin assume il principio supremo da cui discendono per lui tutti i singoli diritti ( l’eguale rispetto e considerazione che la legge deve a tutti gli individui) come un dogma assoluto, di cui non dà alcuna giustificazione filosofica: un



gratuito apriori morale, da accettarsi senza discussioni. Il pensiero dei due autori riflette perfettamente, ciascuno a suo modo, il prevalente stato d'animo della attuale cultura occidentale, ove la fede nell'esistenza di una ragione capace di elaborare principi di vera valenza universale – non tratti solo da una fase particolare dell'evoluzione della civiltà e adatti solo ad essa – ha subito una drammatica eclissi. Nel fondo di questo stato d'animo, le scelte decisive in materia di valori sono avvertite come faccende, in ultima analisi, di sentimento e di emozioni. Filosoficamente, la logica di questo stato d'animo è il relativismo assoluto. Il quale, in verità, non induce di per sé ad alcun determinato atteggiamento pratico: può dare luogo a qualsiasi scelta di valori cui capiti all'agente di sentirsi sentimentalmente propenso ( è possibile la scelta , fatta con dogmatico orgoglio, dei diritti, ma, con altrettanta legittimità, se il sentimento così decide, la scelta dello stato totalitario).

Dopo la completa sconfitta, nel corso del ventesimo secolo, dei modelli politici del fascismo e del comunismo, presentatisi, e da molti europei vissuti, come seria alternativa a quello della democrazia dei diritti (di libertà e sociali), in Occidente non v'è più alcuna consistente contestazione di quest'ultimo modello. Esso è sentimentalmente accettato in quanto impostosi, e in quanto complessivamente capace di produrre al meglio la crescita economica e di distribuire la ricchezza abbastanza equamente. Le sue radici non si alimentano però con i succhi di una ragione che - patrimonio sicuro delle classi colte - ne dimostri la oggettiva necessità, in termini di giustizia e convenienza, per le attuali condizioni delle nostre progredite società, e difenda, nel modello, i valori superiori dello spirito e della cultura.

Questi sono forse i motivi per cui l'attuale adesione della cultura occidentale al modello c'è, ma è sostanzialmente tiepida. Non desta simpatia, salvo che in ristretti circoli, il sistema capitalistico, che è il cardine della sua economia. In suoi settori importanti, la democrazia, che è elemento del modello, viene soprattutto apprezzata perché, col metodo della libertà, può permettere un rapido passaggio ad altro modello, più egualitario, se la maggioranza lo voglia. Nel conto dei valori, assume preminente importanza il calcolo degli immediati piaceri e dolori che la convivenza sociale può recare all'individuo. Nel quadro della relatività di tutti i valori, si fa strada l'opinione che un valore da privilegiare molto sia la possibilità per l'individuo di adottare qualunque stile di vita a lui gradito, senza i limiti che ragionevoli costumi sociali potrebbero richiedere.

I giuristi, specie i costituzionalisti, che devono ragionare di valori e scegliere tra essi, vivono nel mezzo di questa atmosfera culturale, e non pochi tra loro ne accolgono e ne assorbono i messaggi. Ciò spiega come mai in molte dottrine costituzionali degli ordinamenti occidentali siano oggi presenti tendenze interpretative che sembrano appunto recepire motivi caratteristici di quella atmosfera. Solo brevissimi cenni.

Raramente si trovano (almeno in Europa, fuori della Germania) opere maggiori di dottrina costituzionale in cui l'accento sia posto sulla necessità di tutelare adeguatamente tutte le libertà economiche private, imprescindibile base per il buon funzionamento del mercato, a sua volta vera essenza del sistema economico che il modello (pur in un quadro "sociale") considera irrinunciabile.

Anche nella dottrina europea molto forti sono le voci rivendicanti i diritti della libertà d'espressione, meglio protetti in America. Ma la interpretazione che piega le clausole costituzionali a offrirle una maggiore tutela è più convinta e decisa quando si tratti di coprire opinioni eversive rispetto al modello esistente (non quelle minaccianti il modello da destra, che non meritano protezione).

Diffusissima è dappertutto in dottrina la simpatia con cui ci si accosta alla interpretazione di clausole che riguardano o che possono interessare i diritti sociali. Di esse si dà una lettura di tipo estensivo, implicante la immediata vincolatività giuridica del contenuto esteso della disposizione. Si adopera il principio di eguaglianza per allargarne la portata. Con slancio si sollecita la creazione per via giurisprudenziale di nuovi tipi di diritti sociali, che possono aiutare immediatamente categorie marginali insoddisfatte o possono comunque giovare a gruppi meno favoriti dal mercato. Nella dottrina dei popoli latini è pressoché unanime l'opinione che, nel rango costituzionale dei valori, i diritti sociali e le loro esigenze vengono prima dei valori della integrità dei bilanci pubblici e della stabilità della moneta, e ne possono giustificare il regolare, continuo sacrificio. In America la dottrina giuridica di tendenza "progressista" ( liberal ) lamenta la ostinazione della corte Suprema a non voler concedere ai diritti sociali una tutela costituzionale federale.

In tempi recenti quasi dappertutto la maggioranza della dottrina si è schierata a favore del riconoscimento costituzionale di diritti personali di genere nuovo, i quali sono in conflitto con gli schemi della moralità tradizionale e avviano al superamento dell'istituto della famiglia. La dottrina ha preparato in tal senso la rilettura dei principi delle Costituzioni, che la giurisprudenza di alcune Corti ha già cominciato a mandare ad effetto.

I cenni ora dati di alcune importanti tendenze presenti nelle attuali dottrine costituzionali di molti ordinamenti occidentali non intendono far pensare che in quelle dottrine non operino anche altre e opposte tendenze - le quali possono anche talvolta risultarvi prevalenti - . Ma non interessa qui procedere a un raffronto e tracciare un possibile consuntivo.

**E** *Una teoria dell'interpretazione costituzionale valida per ordinamenti occidentali contemporanei*

Se si accettano le analisi teoriche e storiche compiute nelle pagine precedenti, è possibile delineare ora, in accordo con esse, i *principi metodologici* che devono presiedere all'opera di interpretazione ( a fini pratici) di una *Costituzione contemporanea*. Il discorso potrebbe valere per molti punti anche per l'interpretazione di un Trattato, specie di quelli che hanno ad oggetto i diritti delle persone. Ma per non complicarlo eccessivamente, lo limitiamo qui al caso della Costituzione, avendo tra l'altro in mente il testo costituzionale di un ordinamento contemporaneo di tipo occidentale. La precisazione serve a sottolineare il fatto che i principi sono consapevolmente proposti come validi per una situazione storica determinata, che conosce genericamente confini temporali, ma può al limite conoscerne anche di ordine spaziale.

**1.** *L' "elemento ideale" e il suo necessario adeguamento alle condizioni particolari dell'ordinamento interessato.*

Poiché in ultima analisi l'elemento ideale contribuisce in modo decisivo a determinare gli esiti finali della lettura del dato normativo positivo, il giurista che procede all'interpretazione delle disposizioni di una Costituzione è bene ( *se vuol dare statura scientifica al suo lavoro*) che maturi dentro sé una visione sistematica e coerente dei valori politici che ritiene in linea di massima meritevoli di venir promossi.

Si tratta di riflessioni (e di conclusioni) che possono raggiungere livelli molto alti di astrazione, fino a toccare i supremi valori etico-politici a cui la coscienza dell'interprete crede di dover dare la sua adesione; valori etico-politici dai quali il pensiero suole ricollegare la visione di un modello di stato ideale, da tener dinnanzi come paradigma verso il quale la realtà dell'esperienza concreta della vita politica dovrebbe aspirare, in generale ad adeguarsi.

Ma l'"elemento ideale" in base al quale l'interprete, i quanto operatore pratico, dovrà orientare il suo lavoro di lettore delle clausole costituzionali positive, non potrà comporsi di concetti così ancora distaccati, in ipotesi, dalla problematica politica dell'ordinamento al servizio del quale la lettura viene compiuta. L'accostamento a quella problematica è necessario, perché, tra l'altro, senza esso è probabile che le proposte interpretative avanzate alla fine dal costituzionalista rimarrebbero nel cestello dei discorsi scartati in quanto privi di contatto con la realtà.

Un primo passo verso l'accostamento può consistere, e conviene che consista, nella presa d'atto del modello nel quadro del quale si muove di fatto l'ordinamento la cui Costituzione si tratta di interpretare.

Nel caso degli ordinamenti occidentali contemporanei il modello è quello dello stato democratico e sociale. Il costituzionalista dovrà identificare le strutture valoriali fondamentali e i confini che lo separano da altri modelli. Fatto il confronto con la più astratta visione etico politica a lui cara, egli potrà derivarne un orientamento circa le scelte da compiere con riguardo ai problemi più importanti collegati alla vita del modello. Potrà, se così vuole la logica dei supremi valori nei quali crede, puntare a un'opera interpretativa che rompa i confini del modello e lavori per un suo superamento in prospettiva ( ma in tal caso spesso il suo lavoro non otterrà nessun successo; le sue proposte verranno lasciate cadere). Potrà anche rendersi conto delle scelte-tipo generali che un lavoro interpretativo compiuto dentro il quadro del modello si trova a dover prima o poi affrontare: e si preparerà in tal modo ad esse. Queste sono in sostanza le scelte sopra menzionate relative ai grandi problemi concernenti le garanzie giurisdizionali del modello: decidere se il controllo di costituzionalità a favore dei valori del modello va esteso a tutti i suoi valori o solo a una parte d'essi, e quali; decidere la intensità della protezione da accordarsi comparativamente a ciascun valore; decidere in che misura lo speciale valore della democrazia deve indurre ad attenuare l'intervento protettivo degli organi di garanzia.

Per procedere intelligentemente a queste scelte si richiedono peraltro valutazioni che non possono farsi solo a un livello ancora relativamente astratto.

Si è visto sopra quanto, agli effetti di quelle primarie decisioni, può aver influito, in alcune giurisprudenze costituzionali, la retrostante storia politica dei rispettivi paesi. E' opportuno che la conoscenza dettagliata delle condizioni politiche della società in cui l'interprete è chiamato ad operare entri, e in modo decisivo, nel processo che porta alla finale lettura del dato positivo. Lo schema dei valori che egli in astratto riterrebbe per sé preferibili deve tener conto di quelle condizioni ed adattarsi ad esse, in rapporto a valutazioni fatte sui

verosimili risultati conseguibili in concreto. Tali valutazioni è logico incidano sulle scelte circa la estensione della tutela costituzionale da offrire, la intensità della protezione da garantire ai singoli valori, la limitazione della tutela in funzione delle esigenze del valore della democrazia. Le differenti condizioni dei vari paesi possono ben giustificare soluzioni diverse per ciascuno d'essi. Ad accertare le quali il giurista-interprete dovrà prendere a prestito i risultati delle ricerche specialistiche compiuti in materia da storici, politologi, economisti; e dovrà scegliere tra essi quelli che gli appariranno i più affidabili. E' questo il campo in cui i contatti con altre discipline (sempre importanti e fruttuosi) diventano per il giurista assolutamente essenziali. Qui egli stesso dovrà, per le esigenze del suo mestiere, diventare parzialmente un cultore della materia coltivata da altre discipline.

Chi scrive, per esempio, da costituzionalista impegnato nella interpretazione della Costituzione italiana, ha ritenuto, per soddisfare alle suddette esigenze metodologiche di aderenza al concreto, che le particolari, difficili vicende della storia del paese imponessero taluni principi direttivi particolari nella trattazione del dato, diversi da quelli validi magari per altri ordinamenti. E così, una tutela ferma dovrebbe realizzarsi a difesa dei confini che distinguono il modello nei confronti di altri modelli, là dove c'è, come da noi, il pericolo che il legislatore oltrepassi quei confini. Dovrebbe di principio esser lasciato spazio al legislatore, all'interno del modello, per provvedere a sua discrezione alla soluzione di complicati conflitti di interessi ideologici e materiali. Vista però la particolare esposizione dell'Italia nel gioco dell'economia mondiale e le pericolose tendenze delle sue forze sociali a non tenerne conto, una tutela costituzionale intensiva dovrebbe riguardare talune libertà economiche necessarie per il dinamismo dell'economia italiana, nonché il campo delle regole "procedurali" che contraddistinguono il modello (specie quella relativa agli equilibri dei bilanci pubblici). Una soluzione intermedia dovrebbe adottarsi con riguardo ai vari problemi concernenti il valore della libertà d'espressione. Nel settore delle strutture politiche, dovrebbe scegliersi una lettura favorevole al rafforzamento dell'Esecutivo e delle tendenze a una certa federalizzazione dello stato. (Per il dettaglio delle specifiche soluzioni interpretative proposte per i vari punti, si vedano: -- *Stato e economia in Italia: governo spartitorio o crisi del modello democratico-sociale?*, in *Il Politico*, 1978, p.83-105; -- *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983, p.1-334; -- *Costituzione, legislazione, sindacati*, F. Angeli, Milano, 1988, p. 5-207; -- *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Annuario 1991*, Cedam, Padova, 1997, p.69-153; -- *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, Milano, 1995, p.1-283; -- *Costituzione, televisione e legge antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 1-136; -- *La problematica della libertà costituzionale d'espressione. Per una storia autentica dell'art. 21 e per una teoria consapevolmente "politica" di quella libertà*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) -2008-; -- *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001, p.1-186; -- *Federalismo*, Utet, Torino, 2001, p.1-118 ).

**2.** *L'impiego mirato delle regole tradizionali per l'interpretazione del dato positivo e il metodo della comparazione giuridica.*

a) Il lavoro dell'interprete deve muovere dal testo della Costituzione quale esso è. Ma la lettera del testo (specie riguardo ai principi elastici) è plasmabile, e occorre venga plasmata alla luce delle fondamentali direttive valoriali che fanno parte dell' "elemento ideale" dell'interprete.

Occorre in partenza conoscere il significato originario delle disposizioni costituzionali in quanto appurabile da un genuino studio storico (senza nascondere le incertezze che di certo lo caratterizzarono e le divisioni formatesi attorno ad esso). Segue però poi il lavoro interpretativo-pratico: ed esso può avvalersi delle tradizionali regole tecniche in materia di interpretazione (diverse in parte nei vari sistemi), nella misura in cui esse servono per rendere univoco a fini pratici quel significato e le sue implicazioni, e per riplasmarli, per quanto possibile, in accordo coi valori direttivi cui si informa l'opera dell'interprete.

Va respinta la tesi che i valori e le intenzioni che animarono le scelte normative dei costituenti (del resto di sicuro non mai sul piano storico univoche e indivise) siano categoricamente vincolanti per l'interprete. L'adesione alle intenzioni originarie può essere un mezzo utile per rinforzare la retorica del patriottismo costituzionale, indubbiamente un bene importante per una nazione (ma quel patriottismo potrebbe nutrirsi anche da altre diverse, più prossime, più sostanziose fonti): e sotto questo profilo deve entrare nel conto complessivo da farsi. Ma ove risultasse, a calcoli compiuti con serietà e ponderazione, che quei valori non corrispondono alle esigenze presenti di giustizia e di convenienza, l'interpretazione costituzionale non dovrebbe esitare a staccarsene. E dovrebbe staccarsene senza nascondere artificiosamente la realtà del distacco. Essa agisce in vista di ciò che è bene per il presente e per il futuro; non è al servizio di dogmatiche scelte passate.

In America ha ripreso vigore da qualche decennio l'idea che le intenzioni dei costituenti sarebbero, in regime di democrazia, controllanti per gli applicatori di una Costituzione. E' un'idea di fatto inapplicabile nella sua

assolutezza, foriera di una giurisprudenza non limpida nello sviluppo dei suoi ragionamenti e idonea a provocare danni.

Le stesse regole relative alla decisione di un distacco valgono con riguardo a interpretazioni date in passato delle clausole di un testo costituzionale e consolidatesi, per la loro comprovata utilità, in prassi applicative durate a lungo nel tempo ( come nella giurisprudenza semi-secolare di una Corte di grande autorevolezza). Anche in questo caso, gli interessi ben meditati del presente autorizzano la messa da parte dei precedenti, e l'inizio di un nuovo ciclo.

b) Un metodo finora poco utilizzato è diventato attualmente essenziale per la serietà scientifica di qualsiasi discorso rivolto alla interpretazione pratica di testi costituzionali: il metodo della utilizzazione della *comparazione giuridica compiuta a scavalco dei confini tra ordinamenti*.

Negli attuali testi costituzionali degli ordinamenti occidentali ( e nei Trattati internazionali ) molte clausole normative relative ai diritti della persona sono nella lettera simili; ma vengono sovente interpretate e applicate in maniere diverse in ragione dei parzialmente diversi valori che gli applicatori intendono privilegiare e che così risultano messi in evidenza. Analogo rilievo può farsi riguardo a clausole relative alle strutture di governo.

Conoscere quali diversi sviluppi possono darsi, e si danno in altri ordinamenti, di formule normative simili, e con quali effetti, permette al costituzionalista che si accinge a interpretare la Costituzione del proprio paese di avere una visione più ampia e sicura delle possibilità offerte alle sue scelte e di intravedere in anticipo gli effetti di quelle che eventualmente egli compirà.

Un utilizzo non meno vantaggioso può offrire il confronto con normative costituzionali di ordinamenti ispirati a formule politiche di diverso e anche opposto colore. Il confronto può aiutare a evitare, nell'interpretazione, risultati che non si gradiscono.

La comparazione infra-ordinamentale appartiene alla branca storica della scienza giuridica: essa mette in luce, per quanto può, verità di fatto. Di per sé non esprime giudizi di valore sulle applicazioni di clausole normative guidate da giudizi di valore, da lei esaminate. Mette a disposizione dell'interprete pratico di una Costituzione un ventaglio di rilevantissime notizie. Ma non bisogna pensare che sia essa a dettare le scelte interpretative che egli compirà. Queste dipendono in definitiva dal sistema di valori di cui egli è, a sua volta, il portatore.

### **3. *Il prodotto dell'interpretazione costituzionale e il ruolo dei supremi valori etici***

Il lavoro dell'interprete deve partire dal testo costituzionale, per lui nella sua lettera vincolante. Ed esso, scontate le possibili marginali manipolazioni, rimane vincolante per lui fino alla fine, E' il segno della sua volontaria, consapevole partecipazione, da giurista, alla gestione di un diritto che appartiene, non alle libere riflessioni del suo pensiero ( non è un pensatore politico che specula nell'astratto ), ma a una collettività di persone che ne fanno oggetto di volontà coordinate. All'interprete - che sia giurista di dottrina - spetta il compito di elaborare il dato, rispettandone la lettera, fino a comporne un sistema normativo coerente, possibilmente completo, capace di essere guida per chi deve agire per decidere controversie o comunque comportarsi secondo diritto. Nell'elaborazione egli deve far ricorso a valutazioni che sono sue, e fanno capo agli ultimi valori nei quali egli crede. Ma queste valutazioni, che pur dipendono da sue fondamentali convinzioni etico-politiche, devono tener conto di tutta la complessa realtà, nella sua oggettiva composizione, sulla quale finirebbe per operare il sistema costituzionale collegato al testo vincolante, che egli offre alla accettazione altrui. E devono tener conto, in particolare, delle attese della collettività, quali che esse siano, e delle sue possibili reazioni: due elementi rilevantissimi a cui l'interprete deve dare tutto il peso che loro compete agli effetti pratici.

Il sistema normativo costituzionale che emerge dalla complessa, difficile elaborazione del giurista/interprete nasce dunque condizionato da una lunga serie di fatti che limitano, e fortemente, le sue scelte. Il fatto principale è l'elemento < testo >, con la rete di precetti e di concetti che lo compongono e che prefigurano, in qualche modo, un sistema già in qualche misura determinato. Si aggiungono gli altri fatti, che s'è detto l'elaborazione incontra sul suo cammino e che essa non ha il diritto di trascurare.

Pure, il prodotto finale dell'interpretazione è anche il prodotto di scelte. Ed è allora lecito chiedersi, in particolare, se il valore che dal vertice ha guidato l'intera opera di elaborazione interpretativa è il valore giusto, è il valore più confacente. Ovvero - espresso in altri termini - se il prodotto complessivo delle scelte - la versione proposta del sistema costituzionale - sia quella che meglio soddisfa - scontati tutti gli inevitabili condizionamenti da rispettare - le esigenze dei massimi, validi valori etico-politici ( applicati nelle circostanze particolari).

Chi crede nell'esistenza di una ragione pratica può porre queste domande ( a differenza di chi rimette la scelta dei massimi valori a un atto d'arbitrio. Costui dovrebbe semplicemente prendere atto, di fronte a un sistema costruito in base a un principio da lui avvertito, che altri ha compiuto una libera scelta diversa dalla sua, ed ha legittimamente agito - interpretato - di conseguenza ).

Croce riteneva che il parametro supremo per misurare la qualità etica di una esperienza politica fosse quello della Libertà: la libertà è l'essenza stessa dello Spirito e della sua storia, e la promozione della libertà è il fine morale a cui dovrebbe indirizzarsi l'azione umana. Nonostante la nobiltà delle intenzioni, la teoria crociana dell'etica non può approvarsi.

Essa, presa nella sua espressione più rigorosamente filosofica, appare priva di un contenuto concreto, capace di offrire indicazioni per lo sviluppo dell'azione e per la valutazione della qualità di quelle compiute, Ognuna delle quattro forme nelle quali per Croce si attua lo Spirito è manifestazione di libertà, e poiché egli non pone tra esse alcuna graduatoria di valore - né pone dentro la forma economica differenze di merito tra le sue possibili, diverse estrinsecazioni - la promozione della libertà avrebbe ad oggetto la promozione di eventi tutti di scontato compimento (non vi sono possibili vuoti nella vita continua dello Spirito), tutti prodotti della libertà dello Spirito, e tutti di egual valore ( anche quelli economici che una qualunque coscienza morale condannerebbe come orribilmente criminosi).

In una seconda fase del suo pensiero, Croce, dopo il 1924, come ha notato Sartori, ha superato la versione più strettamente filosofico- idealistica della moralità ed ha cercato di dare qualche contenuto concreto alla libertà che bisognerebbe promuovere. Vi sono notevoli incertezze nelle sue nuove posizioni. Egli esclude che la libertà, che preme all'etica, includa in ogni caso, nelle organizzazioni delle comunità umane, gli istituti della libertà economica. Sembra che invece sempre si richiedano, almeno in qualche misura, istituti di libertà politica.

Al contrario di quanto ritiene Croce, la ragione pratica pone graduatorie di valore tra i livelli della vita dell'uomo e tra gli ordini delle sue azioni. Come accennato nelle Premesse, la formula che meglio esprime, in termini universali, l'essenza del dovere etico è quella che parla della "promozione della civiltà". E' formula che si applica validamente alle situazioni degli uomini primitivi, ove non si davano né istituti di libertà economica, né istituti di libertà politica, e , per far germogliare un primo seme di civiltà, bisognava curarsi di ben altre cose. E' formula che si applica validamente anche alle situazioni degli uomini contemporanei, ove, in condizioni materiali e spirituali interamente mutate, e migliorate, le preoccupazioni per il rispetto e l'avanzamento dei livelli di civiltà presuppongono certo l'attuazione di istituti di libertà politica, ma anche e non meno l'attivazione di molte libertà economiche.

La formula indica nel *modello dello stato democratico e sociale* la soluzione oggi preferibile per i popoli occidentali rispetto ai modelli concorrenti sperimentati nel mondo in tempi recenti , ed anche in rapporto ad altri realisticamente ipotizzabili. (Domani, a condizioni di vita profondamente e radicalmente mutate, il modello preferibile potrà anche essere un altro). Il modello della democrazia sociale fornisce dunque la cornice dentro la quale si trovano i valori che l'interprete della Costituzione deve attualmente prendere in considerazione, ponderare e utilizzare, per comporre il quadro finale del sistema ricostruito del diritto costituzionale da applicare alla collettività. L'interprete non è *a priori* tenuto a privilegiare crocianamente, nella sua ricostruzione, valori di libertà politica o , secondo altri, di libertà economica, o di altre libertà, sovra altri valori che il modello contempla. Al suo meditato giudizio è rimessa la difficile composizione del sistema, sempre tenendo lo sguardo rivolto al criterio superiore che deve governare la sua opera: cercare le complessive soluzioni che meglio possono servire, nella situazione data, a mantenere, e se possibile far crescere, i livelli di civiltà ( definiti nel senso che s'è sopra indicato).

A quello stesso criterio dovrebbero ispirarsi, nel loro giudizio, i critici del sistema proposto, e i giuristi costituzionalisti che intendono proporre ricostruzioni sistematiche alternative.

#### **F** *Lo stile che si confà alla dottrina giuridica che interpreta a fini pratici la Costituzione, nell'epoca attuale*

I principi metodologici dettati nelle pagine precedenti a guida del lavoro di interpretazione di una Costituzione di un paese occidentale sono stati pensati con in mente soprattutto i valori relativi ai diritti delle persone e alle strutture del governo, per la composizione delle relative pretese e per gli effetti che la loro sistemazione avrebbe all'interno dell'ordinamento. Ma il presente fenomeno della *globalizzazione* dell'economia e della grande intensificazione dei rapporti giuridici tra le nazioni, fa sì che i problemi di interpretazione di una costituzione nazionale includano in posizione ormai preminente quelli concernenti l'apertura dell'ordinamento verso l'esterno e le necessarie cessioni di sovranità (il dovere di procedervi e gli eventuali

limiti). I problemi riguardano in particolare l'Italia in quanto membro della Unione europea, la quale, nella presente gravissima crisi economica che attanaglia il mondo, sembra l'unico possibile porto di salvezza, attuale e futuro, per il debolissimo paese italiano, ma al contempo sembra destinato a sottrarre ad esso, per salvarlo, ogni residua, sostanziale porzione di vera sovranità. Agli organi garanti della Costituzione italiana spetta (come a quelli di altri ordinamenti è già toccato, o toccherà) valutare la ammissibile misura della perdita in prospettiva della sovranità: con giudizio ispirato a inflessibile realismo e, anche qui, al criterio superiore secondo cui ciò che conta non sono valori di prestigio preservato a un popolo, o altri simili, ma la preservazione, nei limiti che le circostanze consentono, dei livelli della civiltà, per esso e per altri.

Non è questo, comunque, il tema con cui è giusto concludere la Sezione degli Appunti dedicata alla teoria della scienza del diritto come giurisprudenza pratica.

a) E' invece bene concludere il saggio affermando che il momento è venuto che la giurisprudenza, elaborata in sede di dottrina ad opera della corporazione dei giuristi, superi definitivamente i residui abiti di rispetto nei confronti dello stile che ad essa hanno imposto la concezione tradizionale-popolare e quella positivista classica della scienza del diritto.

Da sempre, nella storia dell'Occidente, la dottrina giuridica, assieme alla giurisprudenza delle Corti, costituisce un "formante" fondamentale della vita e dello sviluppo del diritto. Essa è sempre stata una forza culturale che contribuisce, con le sue scelte ragionate tra valori etico-politici confliggenti, a orientare il cammino del diritto che di fatto si applica: una forza che compie, propone e impone scelte di *natura politica*. Questa funzione, che sempre le è appartenuta, è stata di molto potenziata nelle vicende dell'ultimo secolo dall'universale introduzione dell'istituto del controllo giudiziario di costituzionalità. Nel procedere all'interpretazione della Costituzione, preordinata a quel controllo, la libertà di giudizio e di scelta della dottrina ne è riuscita esaltata. Oggi nessun serio storico del diritto (e della politica) potrebbe negare l'efficacia profonda per l'intera vita politica di un popolo degli orientamenti, liberamente assunti, della dottrina al momento dominante, in materia di cruciali problemi costituzionali.

La dottrina costituzionale di alcuni paesi (per esempio, quella degli Stati Uniti) ha acquisito la piena consapevolezza del fatto e ne ha tratto in genere le conseguenze in termini di stile del ragionamento che nutre l'interpretazione della Costituzione. In Italia, invece, è prevalente ancora in dottrina il discorso che lascia credere che dal dato normativo, per via di deduzione logica e di accurato uso delle regole prescritte di interpretazione, con il condimento forse di alcuni concetti generali circa la natura dello stato e delle sue necessarie strutture, e senza alcun inserimento di discrezionali valutazioni politiche dell'interprete, si può ricavare l'unica versione giusta della Costituzione. Le dispute tra gli interpreti, circa qual sia questa versione giusta, si svolgono su uno sfondo che dà implicitamente per presupposto che essa sia una sorta di entità - una realtà a suo modo ontologica - preesistente alle indagini dei giuristi e da "scoprire" e "conoscere" per quello che essa è in sé. Le dispute si aggirano perciò soprattutto su questioni formalistiche relative all'interna coerenza delle rispettive interpretazioni e alla loro capacità di accomodare al proprio interno tutti i dettagli, presi alla lettera, del dato normativo.

Questo *tipo di discorso* mette in mostra l'*abilità dialettica dei giuristi* che lo conducono, *ma occulta i veri fattori che, nel fondo, al di sotto delle parole, ne determinano gli esiti*: gli "elementi ideali", cioè le *preferenze politiche*, che animano di fatto il pensiero dei disputanti.

L'*occultamento dei veri motivi* che indirizzano il discorso interpretativo produce vari danni. Avvia i giuristi a disperdersi in dispute formalistiche prive di utilità. Impedisce soprattutto di affrontare sul loro genuino terreno - quello dell'oggettivo merito politico - le questioni da cui dipende la buona o la cattiva scelta tra le varie possibili interpretazioni della Costituzione.

Lo stile del buon ragionamento giuridico costituzionale oggi vuole che esso metta chiaramente in prima fila le prospettive politiche dentro le quali vanno collocate le questioni costituzionali. Le varie prospettive vanno discusse saggiandone la rispettiva validità. Dalla scelta che il costituzionalista compie, egli può far discendere il giudizio circa la *preferibile soluzione* delle questioni costituzionali. La soluzione dovrà venir presentata *in termini probabilistici*. Il dogmatismo - che anche nel linguaggio che ci viene dalla tradizione ha lasciato la sua traccia: i principi del diritto si chiamano spesso ancora "dogmi" - va bandito dal discorso giuridico. Ma il probabilismo che caratterizza le meditate conclusioni interpretative del costituzionalista non vuol dire arbitrio. Ci sono diversi gradi di probabilità in rapporto alla vastità e profondità delle ricerche sui fatti poste alla base dei giudizi politici di valore e in rapporto alla validità dei massimi principi etico-politici a cui l'interprete si richiama applicandoli alla situazione.

Qualcuno potrà forse obiettare che questo stile di ragionamento costituzionale, che già si è fatto strada presso alcune culture straniere, non è adatto all'ambiente italiano, ove la Costituzione perderebbe la sua

autorità se non venisse presentata come un dogma sicuro. Ora, è vero che sciagurate circostanze della nostra storia costituzionale passata rendono più difficile mettere dinnanzi al pubblico i processi della vita costituzionale per quello che sono, conservando loro quella reputazione di positiva necessità cui hanno diritto. Ma chi vorrebbe il silenzio ha un'opinione troppo negativa dell'opinione pubblica italiana. E in ogni caso il silenzio e la perpetuazione dello stile vecchio vorrebbe dire *inganno*. E a questo non possono indursi studiosi che pretendono per sé la qualifica di *scienziati*.

b) L'argomento a favore di uno stile apertamente politico-problematico per la giurisprudenza pratica del nostro tempo vale per le interpretazioni costituzionali offerte da una dottrina prodotta, appunto, da giuristi indipendenti, muniti della sola autorità che discende dalla loro reputazione di "esperti del diritto". Il caso della giurisprudenza pratica, che coincide con le interpretazioni della Costituzione poste dalle Corti costituzionali a motivazione delle loro sentenze, è in parte diverso. Le sentenze sono atti di decisione che incidono immediatamente su rapporti concreti della vita sociale e prefigurano analoghi atti di decisione per il futuro. E' ragionevole che il momento autoritario/decisorio presente in esse non si accompagni ad un linguaggio problematico che metta in rilievo il carattere inevitabilmente discrezionale dell'atto compiuto. Non è opportuno che le pronunce delle Corti continuino a parlare il linguaggio dogmatico- legnoso del vecchio stile. Ma non si richiede neanche che esse contengano per disteso quelle lezioni di diritto, spiegate in tutta la problematicità della materia, che è giusto pretendere nel discorso dei giuristi-dottori.