



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2022

PIER LUIGI PORTALURI

***Bannkreise* giurisdizionali. Qualche appunto di metodo**

ABSTRACT - The *Bannkreise* that tempt the judge have many faces. For example, the one that tempts him to establish a direct relationship with society, i.e., not mediated by the law: to disregard the normative datum, or even violate it, with the motive – or pretext? – of satisfying real or presumed needs of the community. This attitude is, however, very risky, as the totalitarianisms of the last century have shown us. Something very, too similar seems to me to be seen, albeit in the radical diversity of the table of values, in today's post-modern hermeneutic meta-jurisprudences: according to which the law would be a text without its own objective meaning, and which instead the interpreter interrogates by placing himself within a 'fusion of horizons' in order to draw from it regulatory indications coherent with the vision of the concrete case that the individual body of application has. We are faced with a new kind of juridical absolutism, this time jurisprudential, which also aspires to obtain representative legitimacy. I believe it is preferable to turn the page: to end the time of 'unlimited' interpretation and instead adhere to a negative realism that focuses on the threshold beyond which dialogue with the text becomes pure and simple – albeit nobly justified – arbitrariness.

KEYWORDS - law - violation - judge - interpretation - negative realism

PIER LUIGI PORTALURI*

Bannkreise* giurisdizionali. Qualche appunto di metodo*

SOMMARIO: 1. *Teoresi e potere nel cammino oltre la legge*. - 2. *Abietti e nobili, di alcuni attacchi allo Stato di diritto e alla norma come pre-visione*. - 3. *Horizontverschmelzung* (dove ogni conformità diviene possibile?). - 4. *Il diritto positivo giurisprudenziale per la nuova sovranità magistratuale*. - 5. *Il cerchio delle malie e le cattive fusioni: il realismo negativo come antidoto minimo*.

1. *Teoresi e potere nel cammino oltre la legge*

Oggi è “la società”. Pochi decenni or sono si sarebbe detto sopra tutto “il popolo”.

La sostanza non cambia molto. L’idea che venga da lì il criterio primo e ultimo, la *ratio decidendi*; o che comunque essa debba essere accordata col sentire comune, è una costante di una parte non certo trascurabile del pensiero giuridico, sì da colorare molte linee di riflessione metagiurisprudenziale¹.

Bobbio ce lo ha insegnato poco dopo la fine del totalitarismo nazifascista – le cui ombre oscurano parte della scienza giuridica attuale, sebbene senza consapevolezza piena – parlando di «incaute raffigurazioni»: «ancor oggi, a dire il vero, si riaffaccia di tanto in tanto nell’opera stessa dei giuristi – soprattutto [...] di chi nello studio del diritto non può far tacere le proprie preoccupazioni moralistiche o politiche (e vi sono tempi, naturalmente, in cui non è tanto facile farle tacere) – l’immagine complessa e poco chiara di un giurista che si mette al di sopra delle regole e guarda alla loro origine sociale e al loro fondamento ideale, per indurne lo spirito generale connesso ai tempi e ai bisogni, e per valutarne la maggiore o minore adeguatezza agli ideali di giustizia»².

* Professore ordinario di Diritto amministrativo nell’Università del Salento.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Uso il lemma «metagiurisprudenza» nel noto senso datogli dal suo coniatore Giovanni Tarello, secondo cui si definisce tale ogni teoria che abbia per oggetto l’attività dottrinale e interpretativa dei giuristi (G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Roma-Bari, 1973, 61 ss., spec. 79).

² Per entrambi i passi v. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1050, 342 ss., spec. 353: è il saggio che Guastini definisce «seminale», poiché segna a suo parere la nascita, in Italia, della filosofia analitica del diritto (v. R. GUASTINI,

Ma come deve atteggiarsi questo rapporto fra il giurista e la collettività – senza scadere in una fumosa «ontologia socio-giuridica»³ –

Manifesto di una filosofia analitica del diritto, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 51 ss., spec. 51).

R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 119 ss.: si tratta di «una tensione tra fatto e istituzione, tra realtà e legalità, che è un dato permanente negli ordinamenti giuridici, che tuttavia trova un particolare stimolo alla riflessione ove la necessità imponga alle persone che debbono agire di adottare soluzioni non previste dalla legge, sottoponendo individui e istituzioni a conflitti tra diritti, o tra doveri, tutti astrattamente tutelati in legge, ma nel caso concreto richiedono una composizione del conflitto del giudice e ancor prima alla scienza giuridica, che debbono ciascuno per parte propria consentire di ricondurre l'ordinamento a sistema». Ciò impone di riconsiderare la natura vincolata dell'atto, di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90, quale ragione di non annullabilità dello stesso per violazione di legge, qualora esso sia l'esito di un potere necessitato. Questa lettura potrebbe avere cospicue ricadute sul tema dell'autotutela. Qualora l'Amministrazione rilevasse la necessità di autoannullare un atto per ragioni emergenziali, ciò imporrebbe di decidere in questo senso anche al di là dei limiti normativi. Si riaffaccia, insomma, l'immagine à la Radbruch del provvedimento «semplicemente insopportabile», la cui rimozione dall'ordinamento dovrebbe essere sempre consentita alla p.A. anche se *contra legem* (per esempio, pur se in violazione del termine annuale per il ritiro d'ufficio): cfr. C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa: nuovi paradigmi e modelli europei*, ESI, Napoli, 2018.

³ Traggo da P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1991, 367 ss., spec. 384. Costa usa il sintagma per connotare il metodo interpretativo del Maestro francese, fondato (anche) sull'idea «di un'intrinseca normatività dei fatti sociali, di un 'giusto' equilibrio immanente alle 'cose stesse' che, per Géný, influenza, deve influenzare potentemente l'attività (anche strettamente interpretativa) del giurista, offrendogli il quadro di riferimento sulla base del quale operare». Ma Costa ci avverte subito sui rischi del metodo di Géný: «[...] il presupposto dell'operare del giurista, la comprensione delle 'cose stesse' e della loro intrinseca normatività, è concepito come garante di un'interpretazione (tendenzialmente almeno) affidata non più all'opinabile valutazione di un soggetto, ma alla trasparenza della 'realtà'. Certo, la fondazione, in Géný, della possibilità di attingere la 'natura delle cose' nella loro ferma e sicura 'oggettività' appare problematica, anche solo a considerare il coacervo di *auctoritates* filosofiche invocate per rappresentarla. Il lettore si trova sbalzato dalle critiche (si direbbe, di tipo schiettamente empiristico) del 'realismo ingenuo' (di stampo medievale, ricorda Géný) caratteristico del concettualismo giuridico, responsabile di ipostatizzare inavvertitamente i propri concetti, ad un elogio (di tipo esplicitamente bergsonian) dell'intuizione e insieme della fluidità del reale, ad un esito sostanzialmente ontologico, dove i ricordi del 'realismo' aristotelico-tomista si incontrano con un'idea di 'fatto sociale' schiettamente positivista. La babele delle lingue non è trascurabile [...]» (384 s.) Donde poi il punto cruciale: «[...] quando si ipotizzava come fondamento dell'operare del giurista la percezione diretta della 'realtà', il problema specificamente ermeneutico sembrava non tanto risolto quanto aggirato» (385).

2/2022

quando non si tratti di produrre diritto politico, cioè proveniente da fonti rappresentative e quindi interne al circuito democratico?

Il tema in questo modo si restringe un minimo. Coinvolge “solo” il diritto dottrinale e – cruciale – quello giurisprudenziale. Possiamo adesso formularlo con un po’ più di precisione: quali strumenti metodologici usa il giurista (nella sua accezione alternativa⁴ di studioso o giudice⁵) nel “disporsi” verso la società?

Questione dai confini illimitati, come sanno tutti. Tagliamola allora così, domandandoci se il giurista possa trarre essenze, attingere sostanze normative⁶ *direttamente dal sentire sociale*: prescindendo cioè dalla mediazione del diritto politico-rappresentativo; o, persino, *trasgredendolo scientemente*.

Si tratta, è bene ricordarlo, di due ipotesi molto diverse di *Richterrecht*. Anzi sono – volendo schematizzare – almeno tre, in rapporto di alternatività fra loro: *praeter legem* (in assenza di una norma); *intra legem* (in presenza di una norma) *contra legem* (in violazione di una norma)⁷. Pur non potendosi affatto distinguere con nettezza le tre ipotesi⁸, un problema

⁴ La purezza di questa distinzione – e quindi della contrapposizione fra *Professorenrecht* e *Richterrecht* – è, in Italia, vistosamente diminuita. I giudici scrivono sempre più spesso *extra sententias*: cosa sia questa “dottrina togata”, e quale possa essere il suo posto nel sistema dei formanti, è vicenda ancora da indagare.

⁵ La postura del giudice rispetto al sentire sociale può generare mutamenti e adattamenti anche degli strumenti *processuali* di tutela nei confronti del potere amministrativo: C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2020, 347 ss.

⁶ Mi riferisco a M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, 371 ss., spec. 431 ss., il quale si muove nell’ambito di un’ontologia della legalità che non intende più dare rilievo alla «qualità delle sostanze normative», ma a quella «delle relazioni della rete del diritto», onde «costruire decisioni persuasive, capaci, cioè, di suscitare il consenso dei *partners* ragionevoli e leali rispetto al programma costituzionale»: dal principio di legalità a quello di lealtà, par di comprendere.

⁷ Cfr. G. ORRÙ, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1983, 127 ss.

⁸ G. ORRÙ, *Richterrecht*, cit., 126: «una volta ammesso che una certa concorrenza, un certo *overlapping* è previsto e inevitabile, occorre trovare criteri più determinati per stabilire quando e a che proposito il giudice, abbandonando il ruolo assegnatogli dalla Costituzione nel processo di attuazione del diritto, sconfini nel nucleo stesso (*Kernbereich*) della funzione riservata all’altro potere».

Sull’interpretazione *contra legem* è sempre bene intendersi. E sempre per quanto possibile. Una cosa, infatti, è usare quel sintagma – pur con tutto il suo carico insopprimibile di indeterminatezza (peraltro al pari degli altri due, come ho già detto) – nel senso forte ed “eversivo” recisamente rifiutato dalla *Freirechtsschule*. Pensiamo a H. KANTOROWICZ, *Die contra-legem Fabel*, in *Deutsche Richterzeitung*, 1911, cc. 258-263 (oggi nell’antologia a cura

di A. GÄNGEL, K.A. MOLLNAU, *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Texte zur Methodendebatte. 1900-1914*, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992, 234 ss., dalla quale cito). Ecco l'*incipit* del saggio: «Überall regt es sich jetzt in der Jurisprudenz. Jung und alt, Richter und Anwälte, Gelehrte und Verwaltungsjuristen sind von bestem Willen erfüllt und beginnen Hand anzulegen, um die allseitig als notwendig erkannte Reform unseres Rechtsleben ins Werk zu setzen und endlich das zum sicheren Besitz des ganzen Standes zu machen, was die Klarsten stets gehaut, die Tüchtigsten stets erstrebt haben. Doch ein häßlicher Mißklang stört wieder und wieder die Harmonie: Man behauptet, daß gerade die Schriften derer, die besonders eifrig an dieser Arbeit Anteil genommen, eine Art rechtsphilosophischen Anarchismus predigen; daß die *Freirechtler* – oder ihr (angeblich existierender) „radikaler Flügel“ – die unbedingte Verbindlichkeit des Gesetzes bestritten und dem Richter gestatten wollten – sei es grundsätzlich, sei es im Bedürfnisfalle –, *gegen das Gesetz zu entscheiden*. Aber diese Behauptung, die die ganze Reformarbeit allmählich zu vergiften droht und insbesondere manche Angehörige des deutschen Richterstandes, an dessen Gesetzestreue noch niemand zu zweifeln gewagt hat, mißtrauisch macht, ist eine *Fabel*. Es muß versucht werden, sie endlich aus der Welt zu schaffen» («La scienza del diritto si sta muovendo in tutti i settori. Giovani e meno giovani, giudici e avvocati, studiosi e giuristi dell'Amministrazione sono pieni della migliore volontà e cominciano a contribuire per realizzare quella trasformazione della nostra vita giuridica che è stata universalmente riconosciuta come necessaria e infine per garantire l'esercizio sicuro di tutto l'ambito della professione, ciò a cui i più brillanti hanno sempre aspirato e per cui i migliori hanno sempre lottato. Ma una discordia sgradevole incrina in continuazione questa armonia: si sostiene che gli scritti di coloro che hanno preso parte con particolare entusiasmo a questo lavoro predichino una sorta di anarchismo giusfilosofico; che i giuristi del diritto libero – o la loro (presunta) "ala radicale" – contestino la forza vincolante incondizionata della legge e vogliano consentire al giudice – sia in linea di principio, sia in caso di necessità – di *decidere contro la legge*. Ma questa affermazione, che minaccia di avvelenare l'intero lavoro di trasformazione e rende sospettosi soprattutto alcuni membri della magistratura tedesca, della cui fedeltà alla legge nessuno ha ancora osato dubitare, è una *favola*. Bisogna cercare di eliminarla definitivamente dal mondo»).

Kantorowicz insiste ancora, sempre nel 1911, contro la «dilagante favola» («weitverbreitete Fabel») secondo cui il movimento del diritto libero sarebbe un propugnatore dell'interpretazione "*contra legem*" (cfr. H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in AA.VV., *Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages vom 19.-22. Oktober 1910 in Frankfurt a. M.*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, 275 ss., 284 ss.). Richiamando *Die contra-legem Fabel*, parte all'attacco: «Erheblich früher würde unser Wissensdurst befriedigt werden, wenn eine völlig andere Auffassung von der Rechtswissenschaft sich durchsetzte, welche den realen Tatsachen des Lebens und unter diesen (neben den individualpsychologischen) den soziologischen eine weit größere Bedeutung für die Rechtswissenschaft beilegt. Diese realistische Auffassung ist die von der freirechtlichen Bewegung vertretene, die sich unter mannigfachen Namen und Gestalten unaufhaltsam durchzusetzen scheint und der auch ich mich zuzähle. Auch für die Darlegung dieser neueren Ansicht muß ich auf einige Minuten Ihr Gehör erbitten. Denn nicht nur, daß über die wahren Ziele dieser Bewegung selbst unter ihren eigenen Vertretern manche Unklarheit besteht, muß ich noch mit der



2/2022

Möglichkeit rechnen, daß auch in diesen Saal die weitverbreitete Fabel gedrungen sei: die Freirechtler wollten einen freien Richter, d. h. bestritten die Verbindlichkeit der Gesetze, wollten unseren Richtern ein judizieren *contra legem* gestatten, und das sei der Kern der erstrebten Neuerungen. Ungezählte Male ist schon von unserer Seite gegen diese Unterstellung protestiert oder ihr vorzubeugen versucht worden» («La nostra sete di conoscenza sarebbe soddisfatta molto prima se prevalesse una concezione completamente diversa della giurisprudenza, che attribuisca molta più importanza ai fatti reali della vita e tra questi (oltre a quelli psicologici individuali) a quelli sociologici. Questa concezione realistica è quella rappresentata dal movimento del diritto libero, che sembra affermarsi inesorabilmente sotto vari nomi e vesti, e al quale mi associo anch'io. Devo anche chiedervi di ascoltarmi per qualche minuto per spiegarvi questa nuova visione. Perché non solo c'è una certa ambiguità sui veri obiettivi di questo movimento, anche tra i suoi stessi rappresentanti, ma devo anche fare i conti con la possibilità che la favola diffusa sia penetrata anche in questa stanza: i *Freirechtler* vorrebbero un giudice libero, cioè contesterebbero la natura vincolante delle leggi, vorrebbero permettere ai nostri giudici di giudicare *contra legem*, e questo sarebbe il nocciolo delle innovazioni per cui si battono. Innumerevoli volte abbiamo protestato contro questa imposizione o cercato di impedirla»).

Anche la migliore letteratura secondaria italiana ha sentito l'esigenza di chiarire il punto. Lo fa, per esempio, la voce così autorevole di L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto libero*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. VI, Utet, Torino, 279 ss., spec. 280 ss. (il quale abbrevia la parola «giusliberismo» con «GL»: «[...] è dovere di giustizia precisare che il GL non ebbe al proprio centro né la "scandalosa" autorizzazione al giudice di decidere *contra legem*, né la rivendicazione di maggiore potere decisionale ai giudici con restrizione dell'intervento legale a pochi ambiti e principi: non vagheggiò insomma né la legge disattesa né la legge minima, non volle sostituire al Gesetzesstaat, allo Stato di diritto fondato sulla legge, un Richtersstaat fondato sulla magistratura [...]. Neppure meritò l'accusa forse più frequente: quella di avere sostenuto l'irrazionalismo, il decisionismo, la Gefühlsjurisprudenz». Ritengo insidiosa quell'accezione di interpretazione *contra legem* che riduce la fonte legislativa a mera proposta regolativa che l'organo dell'applicazione può – o addirittura *deve* – accantonare ove essa conduca a risultati dissonanti rispetto al quadro valoriale di cui il relativo titolare sia portatore.

Altra e ben diversa cosa, invece, costruire il *contra legem* come una sorta di versione appena più ardimentosa dell'*intra legem*: o forse neppure tale. Sentiamo per esempio, sempre a proposito di Kantorowicz e della mitezza che ne caratterizza l'approccio al testo di legge, F. MAZZARELLA, *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine ottocento e primo novecento*, in *Quaderni fiorentini*, n. 44, I, 2015, 381 ss., spec. 422 ss. (la traduzione dei passi riportati da Mazzarella è mia): «in poche, colorite pagine, egli riportava quei brani nei quali proprio i "Freirechtler" più 'sospetti' avevano inequivocabilmente affermato il principio della soggezione del giudice alla legge e condensava in poche, calibrate parole il vero messaggio del movimento: la "freie Rechtsfindung" aveva "ihre Stelle eben da, wo die bloße Auslegung an ihre Grenze gelangt ist" ("il suo posto proprio dove la stretta interpretazione ha raggiunto il suo limite"); il "freies Recht" "da, wo Lücken des Gesetzes auszufüllen sind" ("dove le lacune della legge devono essere riempite"). Lo stesso anno, Kantorowicz precisava che "wer die Anerkennung der subsidiären Geltung freien Rechts fordert, fordert noch lange keinen

vom Gesetze freien Richter" ("chi chiede il riconoscimento del ruolo sussidiario del diritto libero, non chiede certo un giudice libero dalla legge"). La "Freirechtsbewegung" valorizzava "die Bedeutung des Gerechtigkeitsgefühl" ("l'importanza del senso di giustizia") e "die Notwendigkeit seines Mitwirkens bei allen juristischen Operationen" ("la necessità del suo coinvolgimento in tutte le attività giuridiche"), purché fosse chiaro che non c'era alcun riferimento al "Gefühl" dell'uomo comune, ma solo a quello "des Berufsjuristen, das am Studium der dem positiven Rechte innewohnenden Wertungen geschult ist" («del giurista professionista che è preparato allo studio dei valori insiti nel diritto positivo»). Ogni allusione al "Wollen" del giudice, pertanto, avrebbe dovuto intendersi in senso lato, 'disinnescando' il "Mißverständnis" generato da chi aveva inteso scorgere "in dieser ‚voluntaristischen‘ Lehre eine Empfehlung der Willkürjustiz" ("in questa dottrina 'volontarista' una proposta di giustizia arbitraria"): il giudice non avrebbe mai dovuto decidere soggettivamente, ma "unter der Herrschaft des Gerechtigkeitsgeföhls" ("sotto la signoria del senso di giustizia") e "nach einem allgemeinen Prinzip" ("in base a un principio generale"). Questo era il "freies Recht": "alles Recht, das nicht förmliches Recht, d.h. Gesetz oder formuliertes Gewohnheitsrecht [ist]" ("tutto il diritto che non è diritto formale, cioè la legge o il diritto consuetudinario codificato"); il punto di partenza di una teoria, connessa alla sociologia, alla "Interessenjurisprudenz" e al "Modernismus", volta a spiegare come riempire gli innegabili "Lücken im förmlichen Rechte" ("vuoti nel diritto formale") alla luce di un criterio interpretativo ancorato al sentimento giuridico della comunità». E ancora, ricordando la figura pionieristica di Ernst Fuchs: «Anziché aprirsi alle mutevoli esigenze della società, alla ricerca di processi di evoluzione giuridica che la rendessero «modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäß-induktiv», la scienza giuridica rimaneva «historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv», ancora succube dei paragrafi, ancora vittima dell'antica metodologia «des mos Italicus: Praemitto, scindo, summo casumque figuro. Perlego, do causas, connoto, objicio». Tornano ancora una volta, come si può notare, l'insofferenza per il *Paragraph* e l'apertura al dialogo con le variegata e contraddittorie istanze sociali: dalle quali, però, possono diramare strade molto, molto diverse fra loro. E preoccupante non mi sembra certo quella di un Eugen Ehrlich, quando sostiene a ragione che «sarebbe tanto poco ragionevole pretendere di restringere in norme giuridiche l'intera varia complessità della vita, come voler racchiudere un fiume in uno stagno; si avrebbe così acqua morta, non viva corrente» (E. EHRLICH, *La Sociologia del Diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1922, 96 ss., spec. 99).

Un'ultima cosa, su cui non posso soffermarmi troppo. V'è qualcosa di ambiguo. Ho detto sopra della mitezza che connoterebbe l'approccio giusliberista. Ma Kantorowicz consente la traduzione italiana (ID., *La lotta per la scienza del diritto*, Milano-Palermo-Napoli, Remo Sandron, 1908) del suo celeberrimo *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (con l'altrettante pseudonimo di Gnaeus Flavius, Heidelberg, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906) a una condizione precisa: modificare, ora elidendo ora aggiungendo, l'edizione tedesca. Tra i vari, il punto più rimaneggiato è quello sul *contra legem*. Ecco l'interpolazione rispetto all'*Urtext*: «Ma deve il giudice, sempre, rigorosamente, invigilare che questa decisione *praeter legem* non degeneri, senza necessità, in decisione *contra legem*. La decisione contro la legge è sempre un male, perocché Codice ideale sarebbe quello che tutti i casi rettamente risolvesse – ma è un male, qualche volta, INEVITABILE!» (138). Difficile condividere, allora, l'autodifesa del giurista tedesco, secondo cui – l'abbiam visto – il *contra legem* che gli imputavano fosse solo una *Fabel*. Un libro incendiario, quindi,

2/2022

di creazionismo giudiziario si pone sopra tutto per l'ultima, con al suo interno gradi crescenti di delicatezza "eversiva" a danno del *Gewaltenteilungsprinzip* montesquiviano.

Molteplici le ragioni di questa attrazione verso le presunte virtù normative del *Volksgeist*⁹, così forte da divenire talvolta non resistibile.

Forse è come con le Sirene. Dove non è certo qualche loro *cantiuncula* ad ammaliare l'Eroe¹⁰. Non ci ha mai creduto nessuno, principiando dal Greco. Le Figlie del Fiume si rivolgono direttamente a Ulisse, e con ben altro lo tentano. Gli promettono la gioia – dunque il *potere* – della conoscenza: di ciò che accade sulla terra tutto infatti si vantano di sapere¹¹. Quel richiamo può, deve essere ascoltato: ma mani e piedi ben immorsati all'albero – fragile sin quanto si vuole – della nave¹².

In somma, farsi *irretire* – come ammoniva Cicerone – dalla smania illusoria di conoscenza (e quindi di potere) attingendo sostanze normative dal dialogo diretto con la società è operazione metodologica assai rischiosa.

Ascoltare sì quelle voci, dunque, ma legati – fuor d'allegoria – al

come ritiene P. Femia (cfr. ID., *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI (per cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 33 ss., spec. 50)?

Il punto, peraltro, non sfuggì a Croce, che recensì con parole di inusitata durezza (cfr. *La Critica*, 1908, 199 ss.) «quel libriccino, che ha fatto molto parlar di sé da due anni che è stato pubblicato in tedesco, [e che] avrà forse importanza pratica e politica, ma non ne ha nessuna dottrinale» (199).

⁹ Ma se fosse davvero così – osserva tagliente R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 1374 ss., spec. 1375 – ne deriverebbe che «ogni popolo ha il diritto che si merita, in accordo con il suo peculiare *Volksgeist*: i tedeschi si sono meritati il nazismo e i russi il comunismo». In realtà – prosegue Guastini – «la tesi che il diritto nasca non dai legislatori, ma dai "costumi", dalla "coscienza sociale", dalle "dinamiche" della società, e simili – a meno di circoscrivere inopinatamente la nozione di diritto alle sole norme consuetudinarie – non solo è storicamente falsa, ma è anche simpaticamente reazionaria. Implica, tanto per dire, che il *Code Napoléon*, pur avendo fatto tabula rasa dei rapporti feudali, sia maturato proprio nei costumi della società feudale. E questo è il suo lato storicamente falso. Ma implica anche che nessuna riforma del diritto vigente sia mai possibile (o legittima) fino a che la necessità della riforma stessa non si sia manifestata nei costumi e/o nella coscienza sociale. E questo è il suo lato reazionario» (1375).

¹⁰ Cicero, *De Fin.*, V, 18: «Vidit Homerus probari fabulam non posse, si cantiunculis tantus irretitus uir teneretur; scientiam pollicentur, quam non erat mirum sapientiae cupido patria esse cariorum» («Omero vide che il mito non era attendibile, se un uomo così grande fosse stato irretito da canzoncine; [le Sirene] promettono la conoscenza, e non era strano che per uno bramoso di sapere esso fosse più caro della patria»).

¹¹ Hom., *Od.*, XII, 194: «ἴδμεν δ' ὄσσα γένηται ἐπιχθονὶ πολυβοτείρη».

¹² Hom., *Od.*, XII, 178: «οἱ δ' ἐν νηϊ μ' ἔδησαν ὁμοῦ χεῖρας τε πόδας τε».

diritto positivo¹³. Che non è, poi, sempre e solo un ascolto. Talvolta è un nascondimento, utile ad avallare assetti regolativi che trovano invece radici soltanto nei personalissimi e incontrollabili convincimenti di valore cari al *decisore giuridico*¹⁴.

Il baratro dove questo equivoco disinvolto e consapevole può sospingere lo abbiamo già sperimentato, senza però apprenderne praticamente nulla: il dodicennio nero tedesco. Un laboratorio giuridico tragicamente perfetto dove si teorizza e si mette in pratica il disprezzo del *Paragraph*, della disposizione scritta, dalla cui intollerabile *Sklaverei* le scuole di formazione naziste insegnano ad affrancarsi con gioia: «occorre uccidere il paragrafo, affinché il popolo viva», dice Hans Frank¹⁵, il criminale governatore della Polonia¹⁶.

Ecco il popolo/società, *da* cui e *per* cui il giuridico nella sua pienezza trova la sua stessa fonte, la sua ragion d'essere intera: «tutto ciò che è utile al popolo, è diritto; tutto ciò che lo danneggia, è contrario al diritto»¹⁷.

È evidente: la funzionalizzazione radicale e assoluta di ogni attività – privata¹⁸ o pubblica che sia – al bene della *Volksgemeinschaft*, del “tutto

¹³ È ciò che, in un arduo gioco d'equilibri a volte precari, deve fare anche il giudice amministrativo: non a caso, le ultime riforme del processo lo hanno sospinto verso un ruolo di erogatore di un servizio pubblico, così lasciandolo investito dalle correnti sociali e – soprattutto, pericolosamente – dai potentati economici.

¹⁴ Uso questo sintagma prendendo a modello quello di *decisione giuridica*, intesa come «l'atto con cui si pone una norma (generale o individuale) a conclusione di un ragionamento giuridico, cioè di un ragionamento che, oltre ad avere una norma quale conclusione, abbia anche almeno una norma giuridica tra le premesse»: così L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in E. DICIOTTI e V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, rist. riv. a cura di S. Zorzetto, Giappichelli, Torino, 2018, 81 ss., spec. 82.

¹⁵ H. FRANK, *Rechtsgrundlagen des nationalsozialistischen Führerstaates*, München, Eher, 1938, 9, cit. da J. CHAPOUTOT, *La loi du sang. Penser et agir en nazi*, Gallimard, Paris, 2014, trad. it. *La legge del sangue. Pensare e agire da nazisti*, Einaudi, Torino, 2016, 117.

¹⁶ Delicatamente ricordato come “il Macellaio”. Hans Frank ambiva a essere l'abile e accorto “chirurgo” di Polonia (almeno così pare che abbia detto a Curzio Malaparte in un incontro che forse l'Arcitaliano s'è inventato di sana pianta). Nazista della prima ora, dal 1939 al 1945 Governatore generale del territorio polacco occupato dai nazisti (il *Generalgouvernement für die besetzten polnischen Gebiete*: il *Frankreich*, come costui amava sfacciatamente dire), Frank finì i suoi giorni impiccato a Norimberga.

¹⁷ «Alles, was dem Volke nützt, ist Recht; alles, was ihm schadet, ist Unrecht». H. FRANK, *Rede gehalten auf der ersten Kundgebung der Berufsgruppe Verwaltungsbeamte im BNSDJ am. 14 September 1933 in Berlin*, Verlag von Reimar Hobbing, Berlin, 1933, 37.

¹⁸ L'utile del popolo precede sempre l'utile del singolo: *Gemeinnutz vor Eigennutz*, proclama il punto 24 del *25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei* (NSDAP).

vivente" (il *Lebensganzen*), genera un completo ribaltamento del *Rechtsstaat*, a cominciare dal ruolo della fonte normativa scritta, cioè del diritto *legislativo*. Dove – sia chiaro – l'aggettivo dev'essere inteso nel senso formale e per noi tradizionale: come quel *ius*, cioè, che promana ed è legittimato da un sistema democratico di produzione. Forse sarebbe più preciso definirlo diritto *politico-rappresentativo*, se non fosse che anche il formante giurisprudenziale oggi par talvolta rivendicare per sé i caratteri della legittimazione e rappresentatività popolare: della sovranità, forse¹⁹.

Ma dietro lo schermo metodologico del dialogo diretto e provvido con la società, e dunque della commendevole funzionalizzazione del giuridico alle esigenze immediate della stessa, potrebbe celarsi un'operazione di potere che passa attraverso la costruzione di una nuova figura di giurista o – meglio – di un nuovo ruolo preteso dagli *organi dell'applicazione giurisdizionale*.

Eppure, *mutatis mutandis*, tutto è già visto. Lasciamo la parola a Carl Schmitt, a quello Schmitt ancora – e ancora per poco – nelle vesti opportunistiche e ambiguisime del *Kronjurist*²⁰ nazista: «la finzione del vincolo normativistico del giudice a una legge è diventata oggi teoricamente e praticamente insostenibile per ambiti essenziali della vita giuridica pratica»²¹. E poche righe più avanti: «così tutta l'applicazione delle leggi sta fra Scilla e Cariddi. La via in avanti sembra condurre a un mare senza sponde e allontanarsi sempre più dal terreno fermo della sicurezza giuridica e dell'adesione alla legge, che pure è nello stesso tempo il terreno della indipendenza dei giudici; la via all'indietro, verso una formalistica superstizione della legge che è stata riconosciuta senza senso e storicamente da gran tempo superata, non è pur essa meritevole di considerazione»²².

Non esita nemmeno, nella stessa pagina, a invocare la figura sulfurea di Roland Freisler²³: «c'è qui solo una via: lo Stato nazionalsocialista l'ha

¹⁹ V., sia pur da posizioni schierate ideologicamente in senso conservatore e originalista, R.H. BORK, *Coercing virtue. The worldwide rule of judges*, Random House Canada, 2002 (trad. it., *Il giudice sovrano*, Liberilibri, Macerata, 2004).

²⁰ Ruolo che, com'è noto, però negherà sempre di aver avuto. Cfr. J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del regime*, il Mulino, Bologna, 1989, 258 ss., spec. 264 ss.

²¹ C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933, 43: «Die Fiktion der normativistischen Bindung des Richters an ein Gesetz ist heute für wesentliche Gebiete des praktischen Rechtslebens theoretisch und praktisch unhaltbar geworden».

²² C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, cit., 44.

²³ Figura che ritroveremo più avanti.

presa con grande sicurezza, e il segretario di Stato Freisler ha dato a essa il più chiaro motto distintivo ponendo l'esigenza: "Non riforma della giustizia, ma riforma dei giuristi". Se una amministrazione indipendente dalla giustizia deve continuare a esistere e tuttavia un'adesione meccanica e automatica del giudice a norme prestabilite non è possibile, allora tutto dipende appunto "dalla specie e dal tipo" dei nostri giudici e funzionari. Mai come oggi la questione "*quis iudicabit*" ha avuto un'importanza tanto decisiva per tutto».

Osservazione ben fondata, se appena un anno dopo l'esperimento costituzional-ricostruttivo di *Staat, Bewegung, Volk*, Schmitt vi ritorna in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*: «solo dopo questo breve riassunto della situazione attuale della scienza giuridica tedesca si può comprendere il significato profondo e decisivo del *nuovo concetto di giurista* introdotto dal movimento nazionalsocialista in Germania. Il raggruppamento corporativo dei giuristi tedeschi nel Fronte del diritto tedesco ha dato alla sua organizzazione un concetto di giurista che annulla e supera la precedente separazione positivista di diritto ed economia, diritto e società, diritto e politica» (corsivo originale)²⁴.

Il nuovo pensiero che Schmitt propugna sormonta di slancio il diritto positivo, e si articola tutto seguendo la direttrice che muove dal *Gemeinwohl* come *inventum* dal giurista-giudice per esser poi giudice per esser poi costruito mediante strutture discorsive comunque pericolose come le clausole generali. Ascoltiamolo ancora un po': «laddove concetti come "buona fede", "buon costume", ecc. non vengono riferiti alla società individualistica borghese dei traffici, ma all'interesse della totalità del popolo, muta in effetti l'intero diritto, senza che un'unica legge "positiva" abbia bisogno di venire mutata»²⁵.

Facile immaginare quale «*neue juristische Denkweise*» Schmitt stia esattamente teorizzando. È la via di pensiero, la mentalità, che esige «un diritto per valori, fatto di principi, meta-principi e petizioni di principio»: di qui, poi, si perviene di necessità al «"giudice-profeta" che custodisce, amministra e "bilancia" i "valori" di una società in forme non troppo diverse da quelle dell'antico diritto sacerdotale»²⁶.

²⁴ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934 (trad. it. *I tre tipi di scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2002), 54.

²⁵ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., 63 (ID., *Über die drei Arten*, cit., 59 ss.).

²⁶ A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 859 ss., spec. 876 ss.; e prosegue: «Che era poi, vale la pena di rammentarlo, un diritto in cui il compito del giudice, di fronte a un caso giudiziario, si

La demonizzazione – e quindi la distruzione – della dimensione giuridica costruita “per fattispecie” comporta una conseguenza necessitata: con le parole di Fraenkel, «law is applied in the light of the circumstances of the individual case»²⁷. La legge, dunque, è applicata (o meno...) in base alle *circostanze del caso singolo*²⁸, senza mai scadere nel vieto normativismo “ebraico” che invece si appella a una regola freddamente impersonale e astratta²⁹.

riduceva al privilegio di pronunciare una regola ricavata dall’interpretazione dei testi sacri, della cui verità era interprete unico e definitivo, innanzi tutto perché inappellabile. E che oggi non abbiamo difficoltà a descrivere come un privilegio di *status* a base magico-tradizionale».

²⁷ E. FRAENKEL, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, New York, 1941, 3, e poi ancora: «The political sphere in the Third Reich is governed neither by objective nor by subjective law, neither by legal guarantees nor jurisdictional qualifications. There are no legal rules governing the political sphere. It is regulated by arbitrary measures (*Maßnahmen*), in which the dominant officials exercise their discretionary prerogatives. Hence the expression ‘Prerogative State’ (*Maßnahmenstaat*)». Sui presupposti di teoria generale seguiti da Fraenkel, sopra tutto con riferimento critico alla *Freirechtslehre*, v. M. CUONO, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, spec. 19 e 78 ss., il quale coglie il paradosso insito nel dover considerare «la teoria del “diritto libero” il modello del sistema di potere nazista» (80).

²⁸ Subito un monito, però; e sottratto al divenire: «Il diritto vuole impadronirsi dell’evento, e farne un caso della propria applicazione. Non è il caso che fa l’applicazione [...], ma l’applicazione che fa il caso. L’evento diventa “caso” solo [...] entrando nella volontà normativa e ricevendo un predicato giuridico. Il quale è un predicato addizionale, che non nasce all’interno del fatto, ma dall’esterno viene voluto e assegnato. Gli antichi schemi del sillogismo e della sussunzione si rivelano come modi di fronteggiare l’imprevedibile, di sconfiggere il divenire». E poi: «Al diritto non basta il giudizio storiografico, onde qualcosa è accertato come accaduto, ma occorre un giudizio addizionale, che, risolvendo il fatto in caso, assegni un predicato giuridico e ne tragga le correlative conseguenze (cioè, sempre, un dover fare o non fare). Storico, sì, il giurista, ma orientato dall’interesse classificatorio, e dunque volto a cogliere soltanto i dati di fatto riconducibili entro uno schema normativo. Il giurista – per ripetere le parole dettate da Croce, il 1939, in recensione al saggio di Piero Calamandrei *Il giudice e lo storico* – “indaga solo quei fatti coi quali l’opera dei singoli s’ingrana nel meccanismo delle leggi”. Questo “ingranarsi” nel meccanismo del tipico, o generale o astratto, è allontanarsi dall’unicità dell’evento, dimenticarne il volto irripetibile, asciugarlo in modo che rientri nello schema normativo» (N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; i passi citati sono a 37 e a 38).

²⁹ «The proposition that there should be norms of general validity in order to protect the individual’s liberty from infringement by the political sovereign, the dictum that the individual can only be punished in accordance with law, the doctrine of equality before law – all these ideas are labelled and condemned as ‘Jewish’ normativism. The coldly impersonal and abstract norm which is rationally arrived at and rigidly fixed does not

In somma, siamo innanzi a una sinistra esperienza della giuridicità ricavata – *trovata*³⁰ – mediante *Generalklauseln* e *Fallrecht*, tramite cioè vaghi criteri orientativi del decidere e mistica del caso concreto.

Oggi, questo *Denkweise* è richiamato da un ermeneutico di primo piano come Giuseppe Zaccaria per opporlo al ricevutissimo concetto bettiano di fattispecie: «Nel linguaggio giuridico italiano il termine “fattispecie” fu coniato e utilizzato tra i primi da Emilio Betti, frutto di un calco del sintagma medievale *species facti*, per indicare ogni situazione di fatto che costituisca oggetto di una previsione e di una disciplina normativa, e che pertanto determini effetti giuridici. *Ma già pochi anni dopo, nel 1934, Carl Schmitt condannava e irrideva la logica della fattispecie, capace, soprattutto attraverso le clausole generali, di cambiare l'intero diritto senza che alcuna legge positiva abbia bisogno di essere modificata*»³¹. Dove a me pare invece che non sia la «logica della fattispecie» *in sé* a combinare disastri siffatti, ma l'atteggiamento di scarsa considerazione nei confronti del testo legislativo, massime se costruito – chiunque sia stato l'autore, il *Gesetzgeber* – mediante l'uso di concetti semanticamente aperti, e dunque disponibili al gioco perverso esaltato da Schmitt nel periodo nazistissimo.

Una tale dequotazione della fonte legislativa, insieme con la dichiarazione di morte del sillogismo sussuntivo-decisorio, s'incontra spesso in letteratura. È il sigillo che connota altre maliose Sirene, le teorie ermeneutiche dell'interpretazione, tutte dichiaratamente figlie di Heidegger e poi di Gadamer. Si discende in somma lungo il sentiero nebuloso dell'irrazionalismo soggettivista³²: in cammino da *Sein und Zeit*

guarantee the welfare of the community and hence is prejudicial to the triumph of 'justice.' Only the completely unrestricted power of action based on 'the circumstances of the case' guarantees the supremacy of the legal system, the aim of which is the protection of the central value of life, i.e., the protection of the community»: E. FRAENKEL, *The Dual State*, cit., 140.

³⁰ Cfr. W. MERK, *Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts*, Beyer & Söhne, Langensalza, 1935, 73 ss. (ripreso da J. CHAPOUTOT, *La legge*, cit., 39): «nella lingua delle nostre fonti giuridiche medievali, si dice che il diritto è trovato, che vi si attinge, che è mostrato; [...] la sua fonte non risiede nella volontà dei principî del momento, ma nel sentimento del giusto e nella coscienza giuridica della comunità».

³¹ G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 2019, 7 ss., spec. 7 (ho aggiunto il corsivo).

³² Con grande chiarezza si esprime Zaccaria (cui non a caso si deve la recezione di Gadamer nel dibattito giusteorico italiano): «da questa prospettiva, che propende, seguendo Capograssi e Opocher, a considerare il diritto *a parte subiecti*, nell'esperienza osservata ogni giorno nel momento dell'azione dell'uomo comune, ho cercato di collegarmi ad un ampio orizzonte di riferimento teorico nell'ambito del pensiero

giù sino a *Wahrheit und Methode*.

Il che vale anche per le declinazioni *moderate*, come a esempio per la «positività ermeneutica», centrale nel pensiero di Vincenzo Scalisi; secondo cui il fatto avrebbe in sé un significato di valore tale da consentire tutte le «correzioni ed integrazioni logicamente possibili del testo: che se poi il testo dovesse invece opporre una insuperabile resistenza, allora all'interprete non resterebbe che denunciare lo scarto riscontrato, ma sempre al fine della necessaria messa in campo degli opportuni rimedi volti a conseguire nel quadro dei principi e valori di sistema la disapplicazione della norma positiva scoperta palesemente ingiusta, anche se non necessariamente anche intollerabilmente ingiusta (secondo la [...] formula di Radbruch). Prende così forma e consistenza un nuovo e più avanzato modo di intendere la positività del diritto come "positività ermeneutica", positività cioè che trova il suo collaudo e referente fondamentale nell'attività ermeneutica, quale attività mediatrice che, interponendosi tra lo *ius in civitate positum* e i fatti della vita oggetto di applicazione pratica e in questo senso adoperandosi per dare adeguato risalto al dover essere praticato dai consociati come pure a quello sotteso dal singolo caso pratico, persistentemente modifica o adatta, sviluppa o riduce, nega o trasforma il testo legislativo [...]»³³.

V'è da chiedersi, tuttavia, quanto possa richiamarsi al positivismo (sebbene *in votis* temperato) un'impostazione che guarda al testo come a un'entità resistente, da debellare («negare», dice Scalisi) ove nella battaglia interpretativa esso non intenda arrendersi all'*intentio lectoris* (o *iudicis*).

Sia ascrivibile questa teoria – pur nella sua dichiarata *mixité* – al campo dei positivismi³⁴, o sia invece un «ferro ligneo»³⁵, essa resta

contemporaneo che, dall'ermeneutica gadameriana e ricoeuriana al *linguistic turn*, a Dworkin, da Hart a Raz a Finnis, tiene ferma la descrizione del diritto dal punto di vista pratico, ponendosi dal punto di vista dei cittadini, di coloro per i quali alla fin fine il diritto è prodotto e senza il cui apporto il diritto non vivrebbe» (G. ZACCARIA, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 135 ss., spec. 136).

³³ V. SCALISI, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto'*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 449 ss., spec. 477.

³⁴ Cosa che mi appare comunque implausibile, se accettiamo l'impostazione di Bobbio, secondo cui (mi avvalgo qui dell'ottima sintesi di A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Percorsi del positivismo giuridico. Hart, Kelsen, Ross, Scarpelli*, Giappichelli, Torino, 2022, 4 ss.): a) vi sono «tre modi d'intendere il positivismo giuridico: 1) come un modo di avvicinarsi allo studio del diritto (positivismo giuridico come *approach* al diritto); 2) come una determinata teoria o concezione del diritto (positivismo giuridico come teoria); 3) come una determinata ideologia della giustizia (positivismo giuridico come ideologia)»;

apprezzabile per la sua autenticità *programmatica* e *paradigmatica*: per essere cioè un ottimo³⁶ esempio teorico e di *approach* a un modello di relazione fra giudice ed enunciato dispositivo, dove il secondo ha – nella migliore delle ipotesi – una funzione esclusivamente servente (in quanto giustificatrice *ex post*) rispetto alla decisione caso per caso assunta. Più chiaramente: in una “atmosfera” concettuale e metodologica come questa, non si fa più questione di *interpretazione* della disposizione, ma di *accantonamento* latente³⁷, potenziale.

b) «il positivismo giuridico inteso come teoria si riallaccia alla visione statualistica del diritto [cui] si associano alcuni corollari [come] la supremazia della legge rispetto alle altre fonti del diritto». La primazia della legge, o comunque dell’enunciato testuale di fonte legale, non solo non è riconosciuta da Scalisi, ma anzi è considerata un avversario da piegare o, al peggio, ignorare.

R. GUASTINI, *Girovagando nella filosofia giuridica del Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, 235 ss., spec. 243 ss., aggiorna quell’impostazione: «A partire dallo stesso Bobbio, il positivismo giuridico è generalmente concepito nella letteratura contemporanea [...] piuttosto come un atteggiamento metodologico nei confronti del diritto. Le sue tesi fondamentali possono essere così riassunte. (i) Primo (tesi teorico-giuridica): il positivismo giuridico, in tutte le sue forme, nega l’esistenza del cosiddetto diritto naturale (comunque lo si concepisca), assumendo che il diritto, propriamente inteso, sia un artefatto umano. Secondo il positivismo giuridico, il cosiddetto “diritto naturale” è, propriamente parlando, non diritto, ma piuttosto una morale critica. [...] (ii) Secondo (tesi meta-scientifica): il nocciolo del positivismo giuridico, a partire da Jeremy Bentham e John Austin, è la distinzione tra giurisprudenza descrittiva e giurisprudenza critica, ossia tra il diritto come di fatto è e il diritto come dovrebbe essere (secondo un qualche criterio di valutazione). Descrivere il diritto esistente e, rispettivamente, valutarlo, sono due imprese intellettuali diverse e indipendenti. (iii) Terzo (tesi meta-etica): per conseguenza, non può esistere alcun obbligo “oggettivo”, morale o politico, di obbedire il diritto. La conoscenza delle norme giuridiche non implica alcun obbligo di obbedire ad esse: dalla conoscenza non si inferiscono obblighi, ossia norme, di sorta. Certo, l’obbedienza è ciò che i legislatori desiderano, ma (contrariamente all’opinione di Kelsen) nessuna forza vincolante, nessun obbligo di obbedire, è concettualmente implicito nella semplice esistenza o validità giuridica di una norma: validità e obbligatorietà sono cose distinte. L’obbedienza presuppone non solo la conoscenza, o (direbbe Hart) il “riconoscimento”, ma anche l’accettazione assiologica dei destinatari».

³⁵ Il sintagma è di M. FERRARIS, *L’ermeneutica*, Laterza, Roma-Bari, 1998, 29, che lo usa domandandosi «se tra ontologia ed ermeneutica sia realmente possibile quella convergenza, e anzi quella identità di fondo, che viene postulata dalla ontologia ermeneutica» (28).

³⁶ Anche se antipodale, *si licet*, rispetto a ciò che ritengo debba fare l’organo dell’applicazione.

³⁷ Di una ben diversa latenza, riferita questa volta al diritto che non ha ancora raggiunto lo stadio della positivizzazione, ma che non per questo è privo di precettività, ci parla la puntuale ricostruzione storica di P. FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento*, cit., 72 ss.

Si possano comunque considerare o meno in crisi la legge come fonte e la fattispecie³⁸ (alla fine è questione di vocabolario), non voglio certo negare la *difficoltà pratica, funzionale* che il giurista contemporaneo incontra nell'usare quei due attrezzi.

Le ragioni sono note, e ben esplicate dallo stesso Zaccaria: «da qualche tempo, nella comune esperienza dei giuristi e nelle stesse analisi della dottrina, la calcolabilità delle leggi non funziona più, a causa di una serie complessa di fattori, che vanno dall'elefantiasi legislativa all'esaurimento del diritto inteso come catalogo finito e precostituito di norme, allo sgretolamento della piramide gerarchica delle fonti, alla moltiplicazione di tipi differenti di regole e ai sempre più frequenti rapporti di osmosi tra diversi ordinamenti, all'affermarsi del sistema costituzionale con l'irruzione della centralità dei principi, e infine al deciso spostarsi del *focus* dell'esperienza giuridica dalla legislazione alla decisione giudiziale e al correlato trasferirsi dei criteri di decisione giudiziaria al di là e al di sopra della legge. Tutto ciò – e *in primis* la centralità delle norme costituzionali – indebolisce mortalmente il concetto di fattispecie»³⁹.

C'è molto di vero, purtroppo⁴⁰. E in queste parole risalta ciò che sembra essere l'accettazione di un modello complessivo nel quale – insieme con profili per così dire strutturali, come il progressivo diversificarsi e gerarchizzarsi *confuso* del concetto di legalità⁴¹ (unionale, costituzionale, ordinaria, regionale, *etc.*) – si considera quasi fisiologico che

³⁸ G. CORSO, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2019, 71 ss., spec. 74: «Io ritengo che nel diritto pubblico, e in particolare nel diritto amministrativo, le cose stiano diversamente: e [...] penso che anche nel diritto privato la fattispecie goda tuttora di buona salute. È in salute anche per effetto delle norme costituzionali che, secondo altra prospettiva, ne avrebbero determinato la crisi».

³⁹ G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie*, cit., 8.

⁴⁰ Sentiamo F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 419 ss., spec. 426: «Dobbiamo alla fine ammettere che con il tramonto della razionalità formale il sistema, almeno quello giuridico, ha intrapreso, e sta celermente proseguendo, la marcia di ritorno verso il mondo incantato dove niente è calcolabile e i lupi possono improvvisamente prendere il posto delle nonne? O ci stiamo forse muovendo verso un irrazionale post-moderno?».

⁴¹ Ce ne parla M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir.*, 391 ss., spec. 472: v'è una «[...] rottura dell'equilibrio fra legalità legale e legalità costituzionale. Si è visto che la vicenda storica del nostro ordinamento ha sovrapposto la seconda alla prima, senza – però – determinarne la sostituzione. Il destino della legalità legale è di essere modellata da quella costituzionale, non di esaurirsi in essa, mentre l'abbandono del testo legislativo determina esattamente questo effetto».

l'organo dell'applicazione annessa a sé aree sempre più estese di quella «terra dell'oltre»⁴² che – se “oltre” sta per *contra* – dovrebbe invece essergli interdetta. E che sia addirittura *costrretto*⁴³ a farlo per la friabilità dell'ancoraggio positivo⁴⁴. Se poi di vera *costrizione* si tratti; o invece di *vis ei gratissima*; o ancora, molto più sinceramente, di una *quaestio imperii* cruciale, ma ben dissimulata, non è certo cosa di poco conto. Con Francesco Palazzo, che ci parla dal versante tempestoso del diritto penale (dove si registrano talvolta immoderati sconfinamenti giurisprudenziali in quello amministrativo, a noi più vicino): «detto in parole povere, la contrapposizione tra *legalità in the books* e *legalità in action* esprime la chiara idea che a niente varrebbe disporre di leggi anche le più perfette, se poi giudici rissosi, narcisisti e irresponsabili, di quelle leggi facessero strame»⁴⁵.

2. Abietti e nobili, di alcuni attacchi allo Stato di diritto e alla norma come pre-visione

Temi non passeggeri; anzi eterni, dice Kelsen già nel marzo del '26 intervenendo alla prestigiosa *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*⁴⁶. Dove all'attacco frontale di Erich Kaufmann – che si rallegra corrivo nel *constatare* la fine del positivismo⁴⁷, ritenuto *ontologicamente* incapace di assorbire le tensioni di una società instabile⁴⁸ come quella weimariana –

⁴² G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie*, cit., 12; che prosegue: «cioè oltre la lettera della legge (con tutti i conseguenti problemi riguardo ai principi di legalità e di tassatività)».

⁴³ R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 113 ss., spec. c. 113.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, n. 3, 5 ss., spec. 5 (disponibile all'indirizzo https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/palazzo_3_16.pdf).

⁴⁶ I lavori della prima giornata avevano un tema centrale: «*Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*».

Gli atti furono pubblicati da De Gruyter & Co. (Berlin und Leipzig), 1927, come *Heft 3* delle *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*.

⁴⁷ «Mi rallegra del fatto che il positivismo in giurisprudenza possa ora considerarsi risolto» («Ich begrüße es, daß der Positivismus in der Rechtswissenschaft heute so weit als erledigt angesehen werden kann» – 3).

⁴⁸ «Il positivismo, per sua natura, cresce sulla base di condizioni stabili, o che si pensano tali, e dello stato d'animo di saturazione che ne deriva. Attraverso guerre, rivoluzioni, conflitti e trattati di pace abbiamo smesso di essere un popolo saturo» («Der Positivismus



2/2022

Kelsen risponde a denti stretti. E con argomenti di grande onestà intellettuale, questi sì *constatativi*: opponendogli una lezione esemplare di *realismo*.

Ecco i punti salienti, l'*Auszug* di quella replica tagliente e bellissima, dove sono scolpiti tutti i temi che ancora oggi animano il dibattito sulle fonti dell'ordinamento: «Kaufmann ha detto che il positivismo è finito. [...] Il positivismo non è finito e non sarà mai finito, così come non è finito e non sarà mai finito il diritto naturale. Questa opposizione è eterna. La storia del pensiero mostra solo che presto un punto di vista, presto l'altro, viene alla ribalta. Mi sembra addirittura che questa non sia solo un'opposizione nella storia intellettuale, ma che sia viva nel petto di ogni pensatore. Il diritto naturale è una metafisica giuridica. [...] Ma dove porta questo richiamo alla metafisica e al diritto naturale nel campo della giurisprudenza? Prima di tutto, a un soggettivismo radicale. [...] Questa strada, tuttavia, non porta alla metafisica, ma a molte metafisiche molto diverse tra loro, e quindi anche non alla legge naturale come ordine oggettivo e chiaramente determinato, ma a molte leggi naturali molto diverse tra loro e in opposizione. Ma se si cerca una via d'uscita da questo caos della metafisica soggettiva, si arriva necessariamente al terreno di una religione positiva. [...] Una religione "positiva", tuttavia, è una religione che si manifesta in fatti storici e che è stata stabilita da un Profeta, un Salvatore, *etc.* [...] Esiste un'ampia analogia tra la religione positiva, rivelata e il diritto *positivo*, cioè legificato, rivelato in atti storicamente situati. Quindi il ricorso dal diritto positivo al diritto naturale non significa affatto un "superamento del positivismo" («eine Überwindung des Positivismus»), ma solo la sostituzione di un positivismo all'altro. Al posto del diritto positivo, la religione positiva è riconosciuta come la massima autorità. In questo modo, però, la svolta verso il diritto naturale e la metafisica [...] acquista un significato politico. C'è una chiara tendenza a ridurre il valore dell'autorità del legislatore. [...] In ogni caso, non si può negare che i giuristi, che prima insegnavano il più stretto vincolo del giudice alla legge, oggi vorrebbero concedere ai giudici un'ampia libertà nei confronti della legge invocando il diritto naturale.

wächst seiner Natur nach auf dem Boden stabiler oder für stabil gehaltener Verhältnisse und der damit gegebenen Stimmung der Saturiertheit. Durch Krieg, Revolution, Zusammenbruch und Friedensvertrag haben wir aufgehört ein saturiertes Volk zu sein») (*ibidem*). Questo concetto è ripreso da G. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, 12: «il concetto di fattispecie è infatti proprio di società stabili e coese, dove è più agevole il calcolo del futuro, fatica invece a permanere o tramonta in società instabili, frammentate e conflittuali, come quelle odierne».

[...] La domanda che mira al diritto naturale è l'eterna questione di ciò che sta dietro al diritto positivo. E chi cerca la risposta non troverà, temo, la verità assoluta di una metafisica, né la giustizia assoluta di una legge naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi troverà la testa della Gorgone del potere che lo fissa»⁴⁹.

Le due teorie sono dunque eterne, come la loro contrapposizione nel vicendevole prevalere: sì che la dialettica fra positivismo e diritto naturale, a ben vedere, forse agita l'animo addirittura di ogni pensatore. Ma è inutile nascondere: il diritto naturale è una metafisica che, se applicata alla giurisprudenza, conduce solo a un soggettivismo incontrollabile di diritti naturali, di metafisiche molteplici, sempre in guerra fra loro per l'egemonia. Un dis/ordine con una sola cura, assai implausibile: una "religione positiva", tale perché anch'essa *posita*, stabilita cioè da chi abbia

⁴⁹ Ecco il testo originale dell'intervento fatto da Kelsen nel corso della *Aussprache über die vorhergehenden Berichte* (54 s.): «Herr Kaufmann sagte, daß der Positivismus erledigt sei. [...] Der Positivismus ist nicht erledigt und wird nie erledigt sein, so wenig wie das Naturrecht erledigt ist, dieses erledigt sein wird. Dieser Gegensatz ist ein ewiger. Die Geistesgeschichte zeigt nur, daß bald der eine, bald der andere Standpunkt in den Vordergrund tritt. Mir scheint sogar, daß es sich hier nicht nur um einen Gegensatz in der Geistesgeschichte, sondern um einen solchen handelt, der in jedes Denkers Brust lebendig wird. Naturrecht ist juristische Metaphysik. [...] Wohin führt aber dieser Ruf nach Metaphysik und Naturrecht auf dem Gebiete der Jurisprudenz? Zunächst zu einem radikalen Subjektivismus. [...] Dieser Weg führt aber nicht zu der Metaphysik, sondern zu vielen, voneinander sehr verschiedenen Metaphysiken, und daher auch nicht zu dem Naturrecht, als einer objektiven, eindeutig bestimmten Ordnung, sondern zu vielen, voneinander sehr verschiedenen, einander entgegengesetzter Naturrechten. Sucht man aber aus diesem Chaos subjektiver Metaphysiken einen Ausweg, so gelangt man notwendigerweise auf den Boden einer positiven Religion. [...] Eine „positive“ Religion ist aber eine in historischen Tatsachen manifestierte, durch einen Propheten, Heiland usw. g e o f f e n b a r t e Religion. [...] Zwischen positiver, geoffenbarter Religion und p o s i t i v e m, d. h. gesetztem, in historischen Akten geoffenbartem Recht besteht weitgehende Analogie. Und so bedeutet der Rekurs von dem positiven Recht an das Naturrecht keineswegs eine „Überwindung des Positivismus“, sondern nur die Ersetzung des einen Positivismus durch den andern. An Stelle des positiven Rechts wird die positive Religion als höchste Autorität anerkannt. Damit gewinnt aber die Wendung zum Naturrecht und zur Metaphysik [...] eine politische Bedeutung. Es zeigt sich die deutliche Tendenz, den Wert der Autorität des positiven Gesetzgebers herabzusetzen. [...] Jedenfalls ist nicht zu verkennen, daß Juristen, die ehemals die strikteste Bindung des Richters an das Gesetz lehrten, heute den Richtern mit Berufung auf Naturrecht weitgehende Freiheit gegenüber dem Gesetze zuerkennen möchten. [...] Die Frage, die auf das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen».

comunque il potere di (im)porla, mostrandosi come profeta, uomo forte mandato dalla Provvidenza⁵⁰; o, in modo più sottile, come mediatore di conflitti culturali, indispensabile in una società liquida e complessa⁵¹. Un politico, in breve. Latore di un positivismo che non *supera* affatto, ma semplicemente *sostituisce* quello tradizionale e “liberale”, fondato sulla legge. Tutto questo, però, ha una conseguenza evidente, *politica*: sminuire il ruolo del legislatore e quindi svincolare il giudice dall’osservanza del diritto positivo orientandolo verso una metafisica «naturale» e soggettiva dei valori.

Due costruzioni, insomma, e una sola domanda: cosa vi si nasconde dietro. Nessuna verità metafisica, nessuna giustizia assoluta. In entrambi i casi vi è solo la Gorgone del potere. Non più e non tanto quello rappresentativo-politico, cioè – con termini attuali – interno al circuito democratico; bensì un altro, che produce una nuova e diversa dimensione del giuridico: un *diritto positivo giurisprudenziale*⁵², il quale, a sua volta, è solo un sintagma di sintesi, una finzione. Anzi, all’eredità liberal-ottocentesca di un ordinamento legicentrico⁵³, compatto,

⁵⁰ Si noti: Kelsen lancia questo *caveat* quando mancano ancora sette anni alla tragica *Machtergreifung*.

⁵¹ Utilizzando (com’è ovvio) le categorie di Gadamer, G. ZACCARIA, *Per un manifesto*, cit., 141: «La precomprensione può essere poi esplicita e corretta per il tramite di un dialogo e di una dialettica di domanda-risposta con altre persone o con altri gruppi culturali: ed è precisamente su questo piano che operano l’incontro, il confronto, lo stesso scontro tra specifici e diversi orizzonti culturali; un incontro-scontro il cui esito è agevolato dalla funzione normativa assegnata all’interprete: è alla sua prestazione ermeneutica ed argomentativa che spetta decidere se questa o quella interpretazione, tra le diverse possibili, siano legittime e coerenti con le pratiche sociali consolidate. L’obiettivo della comprensione della differenza, dell’apertura nei riguardi delle altre determinatezze culturali, diviene in quest’ambito la base irrinunciabile su cui articolare la possibilità di diverse soluzioni interpretative e la loro possibilità di correzione e di cambiamento».

⁵² Da noi lo intuì Giannini nel 1963: «dobbiamo accettare come diritto positivo vigente quello posto dalla giurisprudenza» (ID., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 525 ss., spec. 535 ss.).

Esplicito G. ORRÙ, *Richterrecht*, cit., 59: «[...] la necessaria ed insopprimibile creatività del giudice nel processo della *Rechtsgewinnung* tende a limitare o almeno a condizionare la libertà residua, tende cioè a consolidarsi in una altrettanta necessaria autorità e a *produrre*, di conseguenza, nuovo diritto positivo, da collocare accanto al diritto legale e al diritto consuetudinario» (ho aggiunto il corsivo).

⁵³ Legicentrismo descritto bene da M. BARBERIS, *Leoni, o dei difetti della legislazione*, in *Ragione pratica*, 1998, 137 ss., spec. 141: «[...] nei sistemi giuridici continentali o di *civil law*, formati a partire dalla (riscoperta medievale della) compilazione giustiniana, poi passati attraverso le grandi codificazioni sette-ottocentesche, il modello comunicativo legislativo appare tanto diffuso e radicato da far dubitare persino che possa parlarsene

autocompletantesi e dunque in sé concluso – espressione (di una *species*) di assolutismo giuridico – si va sostituendo una molteplicità frammentata e conflittuale di diritti positivi giurisprudenziali, ognuno dei quali non solo ambisce a prevalere sugli altri, ma anche a escludere gli altri formanti in favore di un'altra *species* di assolutismo, questa volta *giurisdizionale* ⁽⁵⁴⁾.

L'ambito forse più attraversato da queste tensioni, quello penalistico, esprime vedute che hanno portata generale. Mi avvalgo allora di Massimo Donini⁵⁵: «Noi abbiamo nel nostro DNA un deposito di dottrine, categorie, principi organizzati in sistema che costituiscono il *know-how* del sapere penalistico che il legislatore e il magistrato devono rispettare. Però, da qualche tempo, una parte della stessa giurisprudenza ritiene di essere la costruttrice di quella grammatica, di quel *know-how*: una e trina, essa concretizza le norme al di là del dettato legislativo al quale dà spesso un contributo importante in sede di commissioni ministeriali, le applica in sede giudicante e ne definisce lo statuto conoscitivo, spiegandole al popolo e agli addetti ai lavori. [...] Questo è il problema del tempo presente: l'unificazione dei poteri in quello giudiziario. Il controllore-esecutore co-definisce le regole a ogni livello, le spiega e argomenta. Al vertice, poi, il "giudice delle leggi". E in concorrenza con esso, altre Corti che interpretano fonti para-costituzionali o sovra-costituzionali. Pare perciò evidente che la giurisprudenza-fonte debba ormai essere salvata dal suo indiscutibile successo, che riempie il vuoto della crisi e dell'inadeguatezza del potere legislativo, ma rappresenta non solo per il penalista un "problema costituzionale"».

Il tema non è nuovo. Anzi sembra segnare una sorta di saldatura col già visto metodo – chiamiamolo così – dell'emungimento sociale: quello, si ricorderà, per cui la norma deriva dalla disposizione dapprima immersa

come di *modello*, in quanto tale alternativo rispetto ad altri. Come si è detto, una comunicazione giuridica che non passi per la legislazione, qui e oggi, sembra quasi inconcepibile; a due secoli dalla codificazione e a quasi un secolo dall'inizio della decodificazione (l'espansione della legislazione speciale a scapito di quella generale rappresentata dal codice), il modello legislativo non sembra neppure più un oggetto di scelta, ma qualcosa di molto simile al destino».

⁵⁴ Lo stesso G. ORRÙ, *Richterrecht*, cit., 34, considera tuttavia l'«assolutismo giudiziale» un rischio da evitare (come, all'opposto, l'«assolutismo legalistico») attraverso «la enucleazione di un rapporto dialettico, di attiva circolarità tra legge e prassi giudiziaria, nella quale i termini si arricchiscono a vicenda».

⁵⁵ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2016, 13 ss., spec. 15 (disponibile all'indirizzo https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/donini_3_16.pdf).

nel sentire popolare e poi filtrata dall'immane comunità interpretativa⁵⁶, cui si attribuiscono capacità di armonizzazione ordinamentale ascrivibili solo ai cori più consonanti⁵⁷.

⁵⁶ Questo sintagma è un vero e proprio luogo comune che autoidentifica l'approccio tipicamente ermeneutico del diritto come linguaggio, cioè come «prassi sociale» e come «forma di vita legata a contesti storici di esercizio ed a comunità interpretanti» (traggo il testo fra virgolette da F. VIOLA, *Diritto ed ermeneutica: itinerari recenti*, in *Hermeneutica*, 2004, 188). E, ancora, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 65: «la vita di una comunità giuridica consiste in un'incessante ed instancabile prassi interpretativa. Se vogliamo, infatti, conoscere il sistema giuridico, dobbiamo prendere le mosse dal modo in cui i consociati usano le regole comuni e, con ciò stesso, le accettano e le riconoscono. La comunità giuridica è, dunque, una *comunità interpretativa*». E ancora: «il carattere della comunanza non può che risiedere nella condivisione dell'idea che il disaccordo non è un mero scontro di pretese contrapposte e incommunicabili, ma è un conflitto in cui qualcuno ha ragione e qualcun altro ha torto. C'è comunità interpretativa quando il disaccordo accetta la forma del discorso» (68).

Una ricerca molto ampia e informata sull'argomento si deve a E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000. L'A. lo ammette in modo esplicito: «riconoscere un ruolo alla comunità dell'interpretazione giuridica nella vita stessa del diritto implica uno spostamento del *luogo* dell'autorità dall'esterno della comunità dei giuristi al suo interno, attraverso una sorte di superamento del modello illuministico, strutturato dal principio della separazione dei poteri. Qui l'autorità promana esclusivamente dal potere legislativo ed il potere giurisdizionale si esprimerebbe come semplice applicazione meccanica di quello» (17).

Secondo T. GAZZOLO, *Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi*, in *Diacronia*, 2022, 140, invero, «una prospettiva ermeneutica, in diritto, si definisce anzitutto per l'impossibilità di *trascendere* il linguaggio [essendo] impossibile, infatti, parlare *del* diritto, "su" di esso, come se fosse un linguaggio-oggetto in quanto tale separato, *de jure*, dal linguaggio della scienza giuridica, dell'interprete. In fondo, per la semplice ragione che, proprio perché il diritto è linguaggio, esso non esiste "in sé", prima di essere *detto*, prima del discorso che lo dice e attraverso cui esso si dice. Il che vuol dire: il diritto non può essere l'"oggetto" di un enunciato linguistico che pretenda di *descriverlo* – come se esso esistesse *prima e indipendentemente* da tale enunciato, dal linguaggio che lo esprime. Ogni descrizione, poiché avviene *entro* lo stesso linguaggio che ha ad oggetto, implica l'impossibilità di "trascendere", di porsi *al di fuori* di ciò su cui verte: è, certamente, un discorso *su* un altro discorso, ma questo "su" non è meta-linguistico, ma intra-linguistico: è traduzione, è "dialogo", diremmo. Il che implica che il problema – per l'ermeneutica – non sia quello di assicurare la costruzione di una *gerarchia* dei linguaggi, quanto di definire e muoversi all'interno di un *orizzonte comune* tra testo e interpretazione, l'"oggetto" e la sua descrizione».

⁵⁷ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 66, paragonano infatti la comunità interpretativa a un'orchestra: «qui uomini si radunano per dar luogo a un'interpretazione musicale, che è un'attività interpretativa. Ma anche qui dopo la *performance* l'orchestra si scioglie e quindi la dimensione comunitaria resta latente».

Ma ironizza A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei*

Lo descrive con sincerità Luigi Rovelli: «la “norma” – il significato che costituirà la regola del caso concreto – è il risultato di un procedimento di verifica che contribuisce ad assegnare a un determinato complesso di enunciati normativi quei significati, compresi fra quelli desumibili da quei testi, più conformi ai principi che governano il sistema giuridico ed alla stessa accettabilità sociale. Anche in tal modo, e in coerenza con il modificarsi del sistema normativo, la giurisprudenza, come luogo istituzionale di emersione e di sintesi fra le diverse opzioni interpretative proposte ne diventa in qualche misura anche luogo di “positivizzazione”»⁵⁸.

Posizioni, insomma, che rifiutano recisamente la concezione separazionista, il *Trennungdenken*. La parola chiave è invece *Verschmelzung*, fusione. Morale e diritto coincidono, senza quasi alcun bisogno di una *preregolazione scritta*: è l’astrattezza, come la generalità della norma, che rischiano qui di andare in frantumi.

V’è una conseguenza immediata in questa unità tanto proclamata, quanto fittizia. È molto importante: alla *Durchdringung*, alla *permeazione* del diritto da parte di valori sovrappositivi perché espressi dalla società, corrisponde subito una *Ausdehnung*, cioè un’*estensione* dell’area in cui si esercita il potere di controllo giurisdizionale relativo all’agire sociale.

Il diritto sorge in somma dal *Volk*, dalla società. E lì *sta*. Un giacimento di normatività giuridico-morale che deve essere semplicemente estratto, o – se si preferisce – *trovato*. E così incontriamo – inatteso – il mite uomo delle fiabe, quello di Biancaneve, di Hänsel e Gretel: Jacob Grimm⁵⁹. Un «non-giurista»⁶⁰, che guarda al diritto da un’angolazione nuova per l’epoca, ripresa poi dai *Dichterjuristen*, i poeti giuristi. Nella visione di Grimm, linguaggio, storia, poesia e diritto hanno un’origine comune, che affonda le proprie radici nell’*idem sentire*, nell’afflato *corale* e identitario del *Volk*⁶¹. Poesia e diritto, addirittura, sono

contratti, Giappichelli, Torino, 2015, 75: «La comunità dell’interpretazione non è che il nome collettivo di giuristi che si segnalano per le loro continue diatribe».

⁵⁸ L. ROVELLI, *Certezza del diritto: dalla legge all’interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars interpretandi*, 2019, 135 ss., spec. 139.

⁵⁹ Il celeberrimo autore, insieme col fratello Wilhelm, delle *Fiabe del focolare* (*Kinder- und Hausmärchen*), riprese dalla tradizione orale folklorica.

⁶⁰ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Giuffrè, Milano, 1980, 88.

⁶¹ E. CONTE, «Storicità del diritto». *Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale*, in *Storica*, 2002, 135 ss., spec. 147: «i primi germanisti delinearono gli istituti tipici della tradizione tedesca escludendo dal novero delle loro fonti le opere di dottrina: si fondarono piuttosto su documenti della prassi e su testi legislativi di origine germanica.

cresciuti nella stessa culla⁶²: «si può quindi con piena giustificazione collocare l'origine o la tradizione della legge come dell'*epos* in un insieme indistinto di sostanze celesti e terrene»⁶³.

Ma è sempre il tema della fusione, della *Verschmelzung*, a stagliarsi: «la poesia contiene quindi il diritto come il diritto la poesia. Almeno per i nostri antenati, una visione diversa sarebbe stata loro estranea, persino incomprensibile. La scienza di oggi è abituata a dividere tutto in particolari minuscoli, ma loro non separavano nulla («sie aber trennten nichts»), bensì fruivano d'ogni cosa con criteri di compiuta sufficienza; tutto era a loro disposizione per le finalità più dirette e vitali, e proprio per questo tutto era bene comune e di loro proprietà. Un *Lied* non apparteneva a nessun cantante: chi lo cantava sapeva solo cantarlo in modo più completo e più fedele. Così come la percezione della legge non promanava dal giudice, al quale non era permesso di cercarne una nuova. I cantanti si prendevano cura del patrimonio di quei *Lieder*, i giudici svolgevano l'ufficio e il servizio della giurisdizione. Indubbiamente, quindi, la poesia e la legge del tempo antico devono essere accettate come probanti e valide l'una nei confronti dell'altra, ed entrambe come strettamente legate agli usi e ai costumi del popolo»⁶⁴. Ecco perché «in generale, tutto il diritto,

Jacob Grimm fornì loro le testimonianze della prassi medievale tedesca nei *Deutsche Rechtsaltertümer*.

⁶² J. GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815, 25 ss., spec. 26, §. 2. *Beider ursprung gemeinschaftlich* (ripubblicato in ID., *Kleinere Schriften*, parte VI, Berlin, Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, Harrwitz und Gossman, 1882, 152 ss.: il passo qui è a 153; ho rispettato l'ortografia originale e citerò le pagine rispettivamente da entrambi i *loci*): «Dasz recht und poesie miteinander aus einem bette aufgestanden waren, hält nicht schwer zu glauben» («Non è difficile credere che il diritto e la poesia siano cresciuti insieme dallo stesso letto»).

⁶³ J. GRIMM, *Von der Poesie*, cit., 28 e 154: «man darf also mit vollem fug das herkommen oder die gewohnheit des gesetzes wie des epos in eine unausscheidliche mischung himmlischer und irdischer stoffe stellen» («si può quindi con piena giustificazione collocare l'origine o la tradizione della legge come dell'epica in un insieme indistinto di sostanze celesti e terrene»).

⁶⁴ J. GRIMM, *Von der Poesie*, cit., 29 ss. e 154 ss.: «die poesie wird folglich das recht enthalten wie das gesetz die poesie in sich schlieszen. unseren vorfahren wenigstens würde eine andere ansicht fremd, ja unverständlich gewesen sein. die heutige Wissenschaft pflegt alles haarklein zu spalten, sondern genossen alles aus einem vollkommen zureichenden grund; alles war ihnen nur für die geradeste, lebendigste anwendung vorhanden, eben deshalb auch alles gemeines gut und eigenthum jedermanns. keinem dichter gehörte das lied; wer es sang wuste es bloz fertiger und treuer zu singen; eben so wenig gieng das ansehen des gesetzes aus von dem richter, der kein neues finden durfte; sondern die sänger verwalteten das gut der lieder, die urtheiler

come i proverbi, vive di vita propria nel luogo dove è nato e, di norma, non viene mutuato dall'esterno»⁶⁵.

Ci narra Grimm l'analogia strettissima che – come la poesia al diritto – lega il poeta al giudice: «i giudici si chiamano *finder*, trovatori, perché trovano il verdetto, così come i poeti *finder* (*trobadores*, *trouveurs*); a entrambi vien dato il nome: *schaffer*, *schöffen*, *scof* (vedi il greco ποιηταί) perché essi *schaffen*, creano, cioè determinano, ordinano»⁶⁶.

Qualcosa o Qualcuno li ispira. Ed essi se ne lasciano possedere, rivelando ai semplici i contenuti di quella epifania. C'è forse del platonismo⁶⁷ in questo, magari involontario, magari inavvertito. Di sicuro il *Rechtsprophetentum* (come dice Max Weber⁶⁸), quel profetismo giuridico scarsamente disponibile a porsi in termini di calcolabilità, prevedibilità, *etc.*, della decisione⁶⁹. Il «problema Weber», lo si è chiamato⁷⁰.

Ma torniamo alle cose più terrene. Gli interessi superiori della comunità prediligono un ordinamento non fondato su fonti scritte e codificate, bensì alimentato da una rete di valori, principi, clausole generali⁷¹: nel cui ordito il giurista/giudice – pienamente immerso nelle correnti piene di vita della comunità – trova (*invenit*) o addirittura crea

verweseten amt und dienst der rechte. unbedenklich also müssen die poesie und das recht der alten zeit als für einander beweisend und gültig angenommen werden und beide als mit sitten und festen des volks eng zusammenhängend».

⁶⁵ J. GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, cit., 30 e 155: «insgemein ist alles recht, gleich der sage, an seinem ort selbstgewachsen und in der regel unentliehen [...]».

⁶⁶ J. GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, cit., 31 e 155, §. 3. *Beweis aus der sprache*.

⁶⁷ Plat., *Ione*, 534e: «[...] οί δὲ ποιηταί οὐδὲν ἄλλ' ἢ ἐρμηνῆς εἰσιν τῶν θεῶν, κατεχόμενοι ἐξ ὅτου ἅν ἕκαστος κατέχηται» («[...] mentre i poeti null'altro sono che interpreti degli dei, posseduti ognuno da quel dio da cui è posseduto»).

⁶⁸ M. WEBER, *Gesamtausgabe*, I (*Schriften und Reden*), 22 (*Wirtschaft und Gesellschaft*), 3 (*Recht*), hrsg. v. W. Gephart u. S. Hermes, 2010, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2010, 463.

Mai – ammonisce N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss., spec. 40 – sovrapporre alle norme (anche se di rango costituzionale), «alla loro oggettiva positività, l'intuizionismo dei valori o ciò che Max Weber chiama "profetismo giuridico"».

Ma anche Ronald Dworkin, non certo un positivista assatanato, avverte (ID., *Law's empire*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1986, 407: «The courts are the capitals of law's empire, and judges are its princes, but not its seers and prophets» («I tribunali sono le capitali dell'impero del diritto e i giudici sono i suoi principi, ma non i suoi veggenti e profeti»).

⁶⁹ Evidente il riferimento a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁷⁰ F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato?*, cit. 420. Ma v., prima, W. HENNIS, *Max Webers Fragestellung. Studien zur Biographie des Werks*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987 (trad. it. *Il problema Max Weber*, Laterza, Roma-Bari, 1991).

⁷¹ Come oggi, circa la clausola di meritevolezza di tutela, su cui tornerò brevemente.

(*schafft*) la regola del caso concreto. Un *Fallrecht*⁷² nel quale fatto, moralità (lì, nazista) e giuridicità si sovrappongono continuamente, entrambe guardando al *Gemeinwohl* nella *duplice* funzione di *ratio decidendi* e di criterio di accettabilità sociale⁷³: perseguita tuttavia col filtro di una percezione del dover essere inevitabilmente soggettiva, se non proprio arbitraria⁷⁴.

Sorprendente ciò che mi appare un rovesciamento della lettura storica. Invece di riconoscerne la *derivazione* – più o meno diretta, sebbene inconsapevole – da quegli annottamenti della ragione, il modello che sto descrivendo vien proposto come una salvifica *reazione*. Benedetti, per esempio: «Furono le tragiche esperienze del secondo conflitto mondiale a risvegliare i giuristi dal loro sonno dogmatico. Anche i più fasciati di positivismo giuridico, non più in adorazione della legge positiva (*dura lex sed lex*), finiscono con l'affermare, dopo sofferto ripensamento metodologico, che *il fatto accompagnato e sorretto dal consenso sociale fa diritto*»⁷⁵.

Non si vuol vedere, cioè, che in realtà l'organo dell'applicazione

⁷² Secondo il principio molto diffuso per cui «ogni caso ha il suo metodo» («Jeder Fall hat seine Methode»): cfr. P. FABBIO, *Sul ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1261 ss., spec. 1272.

⁷³ G. ZACCARIA, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., 139 ss.: «Il diritto è assunto come parte di una pratica sociale e in questo senso la presenza, all'interno dei concetti giuridici e del ragionamento giudiziale, di riferimenti di valore risulta plausibile e accettabile [...]. Laddove i valori etico-politici risultano rilevanti e parte essenziale dei concetti giuridici, il giudice non può non considerarli, data la sua funzione di tramite tra la norma e il caso concreto, nonché tra il fine del diritto come pratica sociale e i valori condivisi dalla comunità di riferimento. *Il contatto con i valori può divenire rilevante, all'interno del percorso intellettuale del giudice, nella fase della precomprensione e ritorna nella fase del controllo della razionalità della decisione raggiunta dopo l'applicazione del circolo ermeneutico e la costruzione delle premesse del sillogismo giudiziale. Fra i controlli di razionalità è previsto, infatti, il controllo di giustezza, ovvero il controllo destinato a verificare la compatibilità della sentenza con i criteri di giustizia materiale diffusi entro la comunità di riferimento del giudice*» (ho aggiunto il corsivo). E ancora: «La vera novità del diritto contemporaneo è la collocazione al suo centro, al posto della regola, del caso, che fa divenire quest'ultimo l'autentica ragion d'essere del fenomeno giuridico» (G. ZACCARIA, *op. cit.*, 143).

⁷⁴ G. ZACCARIA, *Per un manifesto*, cit., 140: «L'argine nei confronti dell'arbitrarietà è rappresentato dal riferimento a parametri intersoggettivi. Con ciò, naturalmente, l'ermeneutica non intende esaurito il compito di indagine teorica sul rapporto tra giudizi di valore e interpretazione giuridica, che proprio da questo riferimento all'intersoggettività deve prendere le mosse, per offrire elementi di misurazione dell'accettabilità della decisione del giudice».

⁷⁵ G. BENEDETTI, «Ritorno al diritto» ed ermeneutica dell'effettività, in *Persona e mercato*, 2017, 10.

tendeva ad affrancarsi «dal giogo della legalità, dalla sudditanza al legislativo», e «la “crisi” è risolta, appagata nel ritorno violento dei “valori”, soddisfatta da una statualità che invoca segni materialissimi»⁷⁶.

Eppure il monito era arrivato per tempo. Da Philipp Heck. Era il 1914: «oggi si è tentati di paragonare la legge, in un'interpretazione oggettiva, a un aerostato (*Freiballon*) che, abbandonato, è libero da ogni intenzione di raggiungere una meta e segue il vento»⁷⁷; e questo – precisa, anticipando le tesi di Hart sulla *penumbra* – nonostante che in ogni testo un nucleo certo di significato («sicherer Bedeutungskern») è circondato da un ambito semantico («Bedeutungshof») che gradualmente si dissolve⁷⁸.

Tutto inutile.

Ancora nel 1941, quando ormai i nazisti avevano mostrato la loro vera faccia, un giurista pur capace di autocritica come Forsthoff resta incredibilmente pieno di scetticismo per l'idea di un “legislatore re Mida”, e irride alla possibilità di razionalizzare l'ordinamento attraverso la normazione. Occorre – egli dice – concepire il giuridico eticamente, cioè irrazionalmente, donde il suo dubbio che l'oro del diritto non derivi affatto dalla regolazione positiva⁷⁹. La norma in sé – prosegue – non porta a nessuna decisione razionale: raramente potrà essere una norma a indicare a un buon giudice la strada della sentenza eticamente corretta⁸⁰.

Ottant'anni dopo. Siamo in Italia. Valori assolutamente *opposti*, ovviamente. Ma *stesso* metodo, addirittura *stessa* allegoria. Paolo Grossi: «All'isolamento torreggiante del potere legislativo, grazie al principio di legalità si accompagnava, ben oltre l'indubbio èsito garantistico, la gigantizzazione di quel potere. Il principio di legalità era, infatti, sorretto da una sola finalità: la *creazione* da parte dello Stato di un diritto *legislativo*

⁷⁶ B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, Milano, 1987, 292 ss.

⁷⁷ P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1914, 1 ss., spec. 62, nt. 87.

⁷⁸ *Op. cit.*, 173: «Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben».

⁷⁹ E. FORSTHOFF, *Grenzen des Rechts*, Gräfe und Unzer, Königsberg, 1941, 12: «Aber davon abgesehen muß uns die Einsicht in die Rationalisierung durch Normierung gegenüber dem Midas Gesetzgeber mit Skepsis erfüllen, den sofern wir das Recht ethisch, d.h. irrational begreifen, muß es uns erscheinen zweifelhaft, ob aus der Normierung notwendig das Gold des Rechtes hervorgeht».

⁸⁰ *Op. cit.*, *Grenzen des Rechts*, cit., 14: «Eine Norm kann nichts entscheiden, sondern nur zur Entscheidung anleiten oder hinführen. Die Entscheidung entzieht sich gemeinhin der rationalen Auflösung. [...] Ein guter Richter wird nur in den seltensten Fällen den Weg zu der als ethisch richtig erkannten Entscheidung durch eine Norm verstellen sehen».

espressione della sua volontà, né letto né *inventato* altrove. Con un ulteriore ed essenziale punto fermo: al di là di questo v'era solo il vasto territorio della irrilevanza giuridica, una complessa realtà socio-economica trasformabile in diritto unicamente mediante un atto di volontà dello Stato, un novello re Mida, l'unico capace di mutare in oro (ossia in leggi) l'incomposta fattualità pullulante nel basso della società»⁸¹.

Il manifesto è chiaro, nella limpida onestà intellettuale del Maestro: «Credo che sia giunta l'ora di una indispensabile revisione dei due pilastri che la cultura politico-giuridica del Settecento ha, nell'Occidente continentale europeo, offerto allo Stato ottocentesco, troppo ottimisticamente chiamato 'Stato di diritto' (*Rechtsstaat*): la separazione dei poteri e il principio di legalità»⁸². E ancora: «il vocabolo/concetto 'legalità' sa di passato, di passato remoto; è un fossile lontano, che rinvia a un momento in cui il diritto fu ridotto a un solo produttore, lo Stato, e a una sola manifestazione/fonte, la legge»⁸³.

La tensione fra regola e caso tende a essere risolta – almeno sin dove possibile – non mediante lo scorrere irrefutabile e rasserenante dei sillogismi, ma acuendo la sensibilità del giudice nel cogliere, nel percepire una relazione *immediata* – cioè disponibile a scavalcare il testo normativo – fra valori, principî e situazione concreta di vita. Ecco perché Guastini – nel definire la teoria ermeneutica dell'interpretazione – la vede dominata da una «“ossessione del caso concreto”, nel senso che [il suo] orizzonte [...] è circoscritto ai problemi di applicazione, di soluzione di casi concreti, e dunque all'interpretazione giudiziale»⁸⁴.

Lo ha infatti “ammesso” chiaramente Francesco Viola: «Il caso e non la regola, il caso al posto della regola torna ad essere al centro del diritto e la sua stessa ragion d'essere. La giustizia politica – come ha ribadito John Rawls – è la giustizia delle istituzioni e non dei singoli atti politici. Da questo punto di vista una società è giusta quando ha istituzioni giuste. Basta questo per renderla “giusta” dal punto di vista strettamente politico. La giustizia giuridica non è quella delle istituzioni e delle procedure, ma è quella del loro risultato, cioè è la giustizia del caso concreto. Non bastano regole e procedure di per sé giuste o corrette se esse non rispondono alle richieste di giustizia che provengono dai casi concreti, dai singoli

⁸¹ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 9.

⁸² *Op. cit.*, 3.

⁸³ *Op. cit.*, 16.

⁸⁴ R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 233 ss., spec. 234.

individui e dalle particolari formazioni sociali. Pertanto nel diritto, a differenza della politica (almeno se intesa nei termini rawlsiani), il processo di applicazione delle regole e delle procedure fa parte dell'essere stesso del diritto. *La fine del primato della legge è il tramonto dell'identificazione della giustizia giuridica con quella politica e della stretta subordinazione del diritto alla politica*⁸⁵. Onde poi la condivisibile replica, ancora, di Guastini: «la tesi normativa che il giudice debba ricercare la giustizia del caso concreto, debba insomma decidere secondo equità, si risolve nell'idea che le norme giuridiche (tutte, almeno tendenzialmente) siano “defettibili”, derogabili, ossia soggette ad eccezioni implicite, non identificabili in astratto, cioè in sede di interpretazione testuale, ma identificabili solo in sede di applicazione a casi concreti»⁸⁶.

Certo, v'è un problema enorme: la dequotazione dell'ancoraggio legislativo cagiona significative perdite di garanzie per il cittadino. È vero: la preferenza accordata a un modello – diciamo così – post-legislativo si accompagna «con una fermissima precisazione: rendere effettive le garanzie che la vecchia ‘legalità’ pretendeva di assicurare al cittadino, profittando dei nuovi strumenti di comprensione dell'universo giuridico alla luce di una consapevolezza epistemologica più affinata»⁸⁷. Ma – mi permetto di osservare – quale sia e sopra tutto come si attinga questa «consapevolezza epistemologica più affinata» non è mai specificato.

Così come altri – nel riconoscere che l'approccio ermeneutico «non significa che l'interprete sia liberato dal vincolo della regola, perché l'argomentazione e la ragionevolezza hanno i loro controlli interni che non bisogna sottovalutare»⁸⁸ – non chiarisce in cosa consistano e quale affidabilità assicurino siffatti «controlli interni».

⁸⁵ F. VIOLA, *La legalità del caso*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, ESI, Napoli, 2007, 315 ss., spec. 315. E ancora (317): «[...] la relazione tra il caso singolo e la fattispecie astratta non deve essere considerata nella fase applicativa come prioritaria, ma come parassitaria della prioritaria relazione tra le ragioni della regola e le richieste di giustizia che provengono dal caso e che a loro volta devono essere trasformate o tradotte esse pure in “ragioni”. [...] L'interpretazione costituzionale in quanto paradigma generale evidenzia, dunque, la rilevanza di due aspetti (ripeto: già presenti, ma troppo trascurati dalla dottrina tradizionale): il ruolo dei principi, che è un altro modo per indicare le “ragioni normative”, e quello del caso concreto o del fatto. Questi due aspetti sono tra loro strettamente collegati, tant'è che congiurano insieme per detronizzare la legge e posticipare la regola» (ho aggiunto il corsivo).

⁸⁶ R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione*, cit., 236.

⁸⁷ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 20.

⁸⁸ F. VIOLA, *La legalità del caso*, cit., 317.

Forse non è possibile neppure farlo. Sintagmi come «consapevolezza epistemologica più affinata» e «controlli interni» si risolvono infatti in un rinvio – vertiginoso per *indecidibilità* – all’eterno nostro problema, evocato nella sua assolutezza: in cosa consista il *Verstehen*, il comprendere; o – se vogliamo scomodare Hilary Putnam – quale sia «the Meaning of “Meaning”»⁸⁹.

3. *Horizontverschmelzung* (dove ogni conformità diviene possibile?)

Torno, per un solo attimo, a Schmitt. Il suo fu solo un pericoloso ascoltare canti e parole iridescenti di Sirene irresistibili, soltanto un’avventura intellettuale⁹⁰, effimera e insincera? *Mélodie passagère?*

Non mi pare. Forse si dovrebbe riconoscere, invece, un atteggiamento generale del pensiero giuridico che, come punto di fuga, rilegge la collocazione del giurista-giudice all’interno del sistema ordinamentale, onde pervenire a un’autolegittimazione della prassi sapienziale, la quale – in quanto profondamente inserita nella *scientia iuris* – trova in sé stessa la ragione fondativa per ergersi a custode prezioso dei valori emunti dalla società: e ciò, *anche se la loro protezione dovesse significare l’effrazione consapevole del diritto politico-rappresentativo*. Per dirla con Emanuele Conte, che si riferisce ai Glossatori e ai Commentatori, questa lettura distorta finirebbe col farli divenire una sorta di implausibili «violentatori a fin di bene», cioè con «l’attitudine a piegare il testo a significati che esso non aveva mai avuto»⁹¹.

Schmitt s’affida al suo razionalismo lirico, venato dall’elegia dello sconfitto: «il vero diritto non è posto, ma si dispiega lungo un’evoluzione spontanea»⁹². Il senso profondo di questo divenire risiede, ancora una volta, nel rifiuto del formalismo positivista. Espresso con lo splendore delle sue immagini: «La *Rechtswissenschaft* europea non deve morire di una morte comune con i miti della legge e del legislatore»⁹³, poiché è

⁸⁹ H. PUTNAM, *The Meaning of “Meaning”*, in H. PUTNAM, *Mind, Language and Reality, Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, 215 ss. (trad. it. *Il significato di “significato”*, in *Mente, linguaggio e realtà*, Adelphi, Milano, 1987, 239 ss.).

⁹⁰ Come dirà quel pomeriggio del 21 aprile 1947 nel secondo dei tre interrogatori subiti in carcere («Ich bin ein intellektueller Abenteurer»).

⁹¹ E. CONTE, «Storicità del diritto», cit., 145.

⁹² C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Internationaler Universitäts-Verlag, Tübingen, 1950, 23.

⁹³ *Op. cit.*, 31.

preferibile una pluralità di linguaggi rispetto al simulacro di un'armonia di pensiero, rispetto cioè a una «babylonische Einheit»⁹⁴.

In sintesi: *nel* diritto, anche se *contro* la legge. Con un riferimento costante, che è l'immersione nel sentire sociale onde trarne i valori che lo animano e che alimentano radici, tronco e rami dell'ordinamento. La preminenza dello *ius* sulla *lex*, nel quale quest'ultima è ricompresa, richiede come presupposto legittimante la solidità del legame fra il giurista-giudice e la società: solo a questa condizione egli può e anzi deve assumere una postura costituzionale, quale vero depositario e percettore delle correnti profonde che solcano la società, strutturandole e razionalizzandole in funzione del bene comune attraverso la decisione. Costui insomma deve appartenere alla *rechtschöpferische*⁹⁵ *Gemeinschaft*, alla

⁹⁴ L'epifonema – alto e dolente – con cui si chiude *Die Lage*, cit. (31).

⁹⁵ Per “recuperare a sistema”, nel quadro della divisione dei poteri, il diritto che i giudici creano *praeter legem* – lo dice bene G. ORRÙ, *Richterrecht*, cit., 127 – «si potrebbe anche supporre (o, più tecnicamente, “presupporre” o “fingere”) che il legislatore ha ommesso di regolare una materia ancora fluida e problematica per non cristallizzarla prematuramente in forme generali definitive, e ha quindi tacitamente sollecitato il giudice ad andare in avanscoperta».

Più stabile, e talvolta inevitabile, è questa sorta di delega implicita al *Richterrecht* in caso di ricorso del legislatore a clausole generali. Senza minimamente volermi addentrare nella galassia del tema, mi limito qui a richiamare, a proposito di un *Ventilbegriff* per eccellenza come la clausola di meritevolezza, le osservazioni di V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e meritevolezza: alcune questioni*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2022, 15. Velluzzi prende criticamente a esempio Cass. n. 10506/17, secondo cui la clausola *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione. Sentiamo l'A.: «La prima considerazione, forse banale, è che per la meritevolezza, come per le altre clausole generali, bisogna argomentare sia la scelta dello standard, sia la determinazione del contenuto dello standard. La seconda considerazione, anch'essa probabilmente superflua, è che entrambi i passaggi ora ricordati vanno compiuti guardando agli interessi meritevoli secondo l'ordinamento giuridico, e da ciò segue che, in chiave sistematica, la scelta del criterio e la determinazione del suo contenuto vanno sostenute con argomenti in grado di farne apprezzare la “tenuta” teleologica, la coerenza logica, la coesione all'interno della trama testuale in cui l'art. 1322, comma 2, c.c. si inserisce, la relazione con eventuali costruzioni dogmatiche e la capacità di queste costruzioni di porsi come elementi di adeguata lettura della meritevolezza nel sistema giuridico. Questi oneri argomentativi talvolta non vengono assolti, o sono assolti male, si pensi, per esempio alla sentenza in cui i giudici di

legittimità hanno considerato immeritevole di tutela una clausola contrattuale in quanto diretta a realizzare esiti contrari “alla coscienza civile, all’economia, al buon costume, all’ordine pubblico”. Qui, come si è avuto modo di rilevare, “la non meritevolezza del contratto dipende, secondo i giudici, dalla contrarietà del contratto alla coscienza civile, all’economia, al buon costume, all’ordine pubblico. L’indicazione (alternativa o cumulativa?) di questi criteri non consente di intraprendere la strada della concretizzazione della clausola generale di meritevolezza, bensì sostituisce alla clausola generale formule generiche, molto vaghe o addirittura altre clausole generali ... i giudici non motivano adeguatamente, non sviluppano i passaggi necessari per determinare e giustificare il significato della clausola generale”».

Contra legem, invece, mi appare il *ductus* argomentativo di TAR Bari, 14 gennaio 2022, n. 65. Il giudice amministrativo ha escluso che vi sia violazione dell’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/16, che impone un onere motivazionale rafforzato per giustificare l’affidamento *in house* (in quanto eccezionale rispetto all’acquisizione tramite gara dei servizi disponibili sul mercato), qualora nel caso concreto l’adeguatezza e la congruità della scelta internalizzante siano dimostrate dalla buona gestione del servizio. Questo il ragionamento offerto al fine di giustificare la “disapplicazione” dell’art. 192 cit.: «A tal riguardo, non ignora il Collegio che l’obbligo di motivazione assurge a principio fondamentale volto a soddisfare esigenze diverse, di trasparenza e democraticità, così pure di legalità e buona amministrazione, rappresentando una garanzia di controllo giurisdizionale effettivo sull’esercizio del potere amministrativo che, nell’ambito dell’attività discrezionale, si traduce nel vaglio di ragionevolezza e correttezza della scelta della PA, seppure nei noti limiti dettati dal principio di separazione dei poteri. A tali principi la Sezione non intende derogare, ponendosi con essi in continuità. Ciò nondimeno, nel caso di specie, *l’onere motivazionale*, nel senso della doverosa redazione ed espressione discorsiva delle ragioni sottese alla scelta dell’affidamento diretto, *risulta superato dalla prova dei fatti*, messi in risalto dalle evidenze processuali: il funzionamento della società affidataria, dimostratasi un operatore virtuoso nel settore, convince della correttezza della scelta operata, che, dunque, va esente da vizi di legittimità, sicché deve ritenersi raggiunto il fine ultimo dell’onere motivazionale, che, per sua natura, costituisce lo strumento tipico per l’analisi funzionale del provvedimento» (ho aggiunto il corsivo). In altre parole, la previsione legislativa (l’art. 192, comma 2, cit.) è dichiaratamente disattesa (superata, per usare il più elusivo *modus dicendi* del TAR) a fronte della valutazione *soggettiva* di un mero *fatto*: la dialettica fra legittimità ed effettività (da intendersi come *Faktizität?*) si sposta tutta a favore di quest’ultima.

Contra legem, anche, mi sembra quel «diritto vivente» – così espressamente qualificato dall’ordinanza di rimessione di cui dirò subito – che, *pur nell’assoluto silenzio di quella norma sul punto*, ha interpretato l’art. 32 del codice antimafia nel senso di ravvisarvi la base per disporre la retrocessione alle stazioni appaltanti degli utili conseguiti dall’impresa colpita da interdittiva. Si tratta, in particolare, dell’interpretazione offerta anzi tutto da Cons. Stato, parere n. 706/2018, reso nell’adunanza della Commissione speciale dell’11 maggio 2018, come recepito dalle quinte Linee Guida ANAC «per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d’appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell’art. 32 del decreto legge 90/2014»; vi hanno fatto seguito Cons. Stato, III, 16 gennaio 2019, n. 392 e Tribunale Napoli, III, 19 ottobre 2020. In questo caso, tuttavia, lo stesso giudice amministrativo ha

comunità *creatrix* del diritto. Lo ripeto: considero qui come vera e propria ipotesi di *Schöpfung* solo la creazione di norme, cioè di diritto positivo giurisprudenziale, che si collochino (non *intra* o *praeter*, ma) *contra legem*.

Se è così, da questa impostazione antilegalista riceviamo una indicazione di metodo non meno chiara, che ambigua: non inseguire mai il vincolo ingannevole che ci deriva dalle lettere «storcibili» di «mille paragrafi di legge»⁹⁶, ma cercarne uno molto più affidabile, vivo e profondo: che non può che «essere in noi stessi», cioè – ovviamente – nel cuore pulsante della società⁹⁷.

Con le parole di Luigi Mengoni, che rimanda a Gadamer: «Punto di partenza dell'interpretazione non è il testo [...], bensì un fatto della vita o una situazione problematici, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in

“reagito” a questa lettura, valorizzando giustamente la necessità (per quanto ovvia) di rispettare il principio di legalità: «il punto di equilibrio in caso di esercizio del potere di interdittiva (in cui si confrontano – come detto – contrapposti interessi di massimo rilievo come la prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese per tutelare l'economia legale e, di contro, la tutela dell'iniziativa economica privata prevista dall'art. 41 Cost.) va individuato nel rigoroso rispetto del principio di legalità che, ad avviso del Collegio, non ammette ricostruzioni che non siano direttamente ricavabili dal dettato legislativo: ma nel caso di specie, l'art. 32, commi 7 e 10, del decreto legge n. 90 del 2014 nulla dispone in ordine al profilo della retrocessione degli utili derivanti dalla prosecuzione di contratti, ritenuti dall'autorità amministrativa di particolare interesse pubblico». Di qui la rimessione della questione alla Consulta per sospetta violazione degli artt. 3, 23, 41 e 42 Cost. (TAR Lazio, I-ter, 25 luglio 2022, n. 10619 – reg. ord. n. 113/22, in G.u. 19 ottobre 2022, n. 42).

Da non confondere con quelle sin qui considerate, infine, è la metagiurisprudenza che concerne l'analisi non degli esiti decisori, ma dei *processi* mediante i quali si positivizzano le masse di *Richterrecht*, cioè – per dirla con Esser – dei *Positivierungsvorgänge*. Puntuale H.P. SCHNEIDER, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht: Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann Verlag, 1969, 43, nt. 18, ricordato sempre da ORRÛ, *Richterrecht*, cit., 13, nt. 6: «Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung lassen sich im Richterrecht nicht voneinander trennen, weil jeder Veränderung des geltenden Rechts zugleich ein schöpferisches Moment innewohnt und umgekehrt jede abweichende richterliche Entscheidung an überlieferte Formen und Normen anknüpfen muß, also niemals freie, sondern stets gebundene Rechtsschöpfung bleibt» («Nel diritto giurisprudenziale, lo sviluppo del diritto e la creazione del diritto non possono essere separati l'uno dall'altro, perché ogni cambiamento nella legge applicabile è allo stesso tempo un momento creativo e, viceversa, ogni decisione giurisprudenziale innovativa deve essere legata alle forme e alle norme tradizionali, cioè non rimane mai una creazione libera ma sempre vincolata del diritto»).

⁹⁶ C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, cit., 46.

⁹⁷ *Ibidem*.

proposito, viene interrogato»⁹⁸. E poi: «[...] i referenti dell'interpretazione non si esauriscono nella dimensione linguistica del testo, e soprattutto [...] il testo fornisce un significato, e non semplicemente un senso (cioè una dimensione semantica e non semplicemente semiologica), *soltanto se è fatto reagire con un caso concreto*»⁹⁹.

Uno scarto insidioso, insomma, dal principio di *legalità* a quello – poco o punto provvisto di confini e cancelli¹⁰⁰, dunque nebuloso – di *giuridicità*¹⁰¹. Dalla *lex* al νόμος, che tutta la contiene in sé, quando addirittura non le si contrapponga, e vittoriosamente: perché in questo caso il giudice “attraversato”, immerso cioè nella vita degli uomini, *naturaliter* saprà – sentirà – a quale norma obbedire, quale norma applicare. Che non sarà per forza quella *posita*, poiché essa è stabilita all'interno e nei limiti d'una mera contingenza, occasionale e per questo sempre revocabile.

Il rapporto diretto con la società istituisce, e così legittima, una impermeabile autoreferenzialità che si erge in diretto – anche se solo eventuale – antagonismo conflittuale con la norma positiva, rispetto alla quale l'interpretazione può essere *contra legem*. Non più, dunque, una *Auslegung*, una *deduzione* di senso e significato da un enunciato verbale; ma, in direzione vettorialmente opposta, una *Einlegung*, una inoculazione nel testo di elementi che gli sono non solo estranei, ma addirittura incompatibili perché violativi dei «diritti del testo»¹⁰²: attività consentita –

⁹⁸ L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 10.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'. Intorno a regole, principî norme*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.

¹⁰¹ Cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole* (Annuario AIPDA 2014), Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 26: «È che il pluralismo giuridico [...] detronizzando la legge ha eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità di conio moderno, frantumandolo e togliendogli pregnanza; a tal punto da rendere la sua intestazione lessicale unicamente una reliquia storica. [...] Se le fonti si sono pluralizzate, addirittura de-tipicizzate, è consequenziale che il nostro principio si sia necessariamente trasformato in una sorta di principio di giuridicità, riferendosi ormai al variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica».

¹⁰² U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, 13 ss.: «dire che un testo è potenzialmente senza fine non significa che ogni atto di interpretazione possa avere un lieto fine. Persino il decostruzionista più radicale accetta l'idea che ci siano interpretazioni che sono clamorosamente inaccettabili. Questo significa che il testo interpretato impone delle restrizioni ai suoi interpreti. I limiti dell'interpretazione coincidono con i diritti del testo (il che non vuol dire che coincidano con i diritti del suo

si dice – purché lo slittamento semantico sia voluto e condiviso dalla *Rechtspraxis*, dalla prassi sì giuridica, ma sopra tutto *giudiziale*. Se non già il giudice *uti singulus*, certamente può il *Richtertum*, coeso nel suo complesso e socialmente consonante con la fattualità del concreto, decidere se e quando porsi *al di sopra* della legge, rivendicando così l'esercizio di un potere che esibisce oramai tratti vistosi di sovranità: il *ius positum* è sormontato di slancio, mentre torreggia il diritto del *Gemeinwohl* come *inventum* dal giurista-giudice.

Siamo in somma di fronte a un "situazionismo" giurisdizionale, in cui la logica della fattispecie, oramai in crisi, si discioglie quasi senza serbar tracce nella specificità, nella irripetibilità della vicenda singola, la quale reclama un *respondere* che non può più fondare sul diritto positivo classicamente inteso, quello proveniente dal *Gesetzgeber*. Onde la ricerca di una regola decisoria "altra", *posita* non in senso tradizionale, cioè *ex lege*, ma *ope iudicis*; come pure «la possibilità di sollevare il diritto contro la legge, e, per attuare l'uno, disapplicare l'altra»¹⁰³.

Un creazionismo inteso *in senso forte*, come «potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e *perfino contro la legge*»¹⁰⁴. Un diritto che scaturisce da un «moto ascensionale», come dice Grossi¹⁰⁵ nel descrivere adesivamente il percorso che dopo la prima guerra mondiale conduce gli strati sociali sino ad allora esclusi dalla rappresentanza politica verso la conquista, mediante il suffragio universale, della macchina legislativa. Un cammino che comporta anche, più in generale, la consapevolezza progressiva di una «grave fattualità», da «conoscere e riconoscere» in funzione di «invenzione» del diritto: fattualità che è il «primo contrassegno del secolo e del diritto pos-moderni»¹⁰⁶ e che si erge ora «contro il vecchio criterio della validità, cioè della corrispondenza a un modello autorevole a proiezione generale e da obbedire rigidamente»¹⁰⁷.

Ancora Giuseppe Benedetti: «In genere si può dire che la postmodernità vuol significare rottura radicale col moderno: ciò significa congedo dal modello fondazionistico, dalla legittimazione assoluta secondo le categorie dell'unità e della totalità con unico orizzonte di senso,

autore)».

¹⁰³ N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'. Intorno a regole, principi, norme*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 28.

¹⁰⁴ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, 22.

¹⁰⁵ P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1 ss., spec. 4.

¹⁰⁶ G. BENEDETTI, *"Ritorno al diritto"*, cit., 5.

¹⁰⁷ P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, cit., 3.

2/2022

cui si contrappone la frantumazione che esalta la pluralità e il diverso. Il vero non è più inteso come *adaequatio* alla cosa, ma, secondo il pensiero che si muove su etica politica diritto, come *apertura degli orizzonti entro i quali ogni conformità diventa possibile*¹⁰⁸.

Queste parole finali di Benedetti, di improvvisa bellezza, possono essere un paradigma dello spirito ermeneutico: «ogni conformità diventa possibile» esprime perfettamente il senso dell’aver smarrito il “già dato”, il λόγος; sostituito dalla discorsività dimessa del domandare reciproco, della intersoggettività che può ri-trovarsi nella provvisorietà fragile e solo fattuale del διάλογος. Ma in questa notte dello Spirito, pur romantica fra ombre e nebbie, s’annerano anche le poche costellazioni, più o meno inventate, che guidavano l’interprete lungo una navigazione meno incerta.

Ho appena nominato Grossi. Nuovamente. Desidero subito chiarire un punto, *si minima licet*. La distanza fra le sue tesi e l’impostazione seguita in questo mio scritto è netta ed evidente. Ciò non toglie, tuttavia, anzi conferma che la sua figura si staglia come assolutamente centrale. Il dialogo – non solo virtuale¹⁰⁹ – con le sue posizioni non è mai stato neutro. Di lui mi permetto anzi di dire ciò che lui stesso disse di Betti, introducendo il *Quaderno* dedicato nel 1978 al filosofo e giurista camerte: «non è infatti uno dei tanti probi ed innocui giureconsulti, di cui è ammirevolmente gremito il Novecento italiano. [...] Perciò il suo discorso è, prima di tutto, metodologico, e il problema del metodo sotteso ad ogni sua pagina; perciò le sue riflessioni, sempre taglienti e sempre munite di una loro incrollabile convinzione, non han potuto che accendere polemiche, avviare dibattiti, avvivare insomma la morta gora della consueta esegesi stagnante dei giuristi»¹¹⁰.

Di nuovo al punto. Sia pur collocato nel rassicurante contesto pluralistico odierno¹¹¹, immerso in atmosfere piene di segni di valore alti e

¹⁰⁸ G. BENEDETTI, “Ritorno al diritto”, cit., 5.

¹⁰⁹ Avendolo io privatamente riconosciuto come guida preziosa, e «protagonista» di un mio scritto, il Maestro ritenne infatti che in ciò fossi stato inautentico, se non addirittura «ironico». Avrei molto desiderato dichiarare innanzi alla sua così alta persona, invece, il debito intellettuale insolubile che a lui – *en la distancia* – mi lega: e come κτήμα ἐς αἰεὶ. Lo faccio a fronte bassa qui, *in memoriam*.

¹¹⁰ P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in AA.VV., *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 7, Giuffrè, Milano, 1978, 2.

¹¹¹ G. ZACCARIA, *Per un manifesto*, cit., 140: «[...] se il diritto è chiamato a costruire modelli di convivenza capaci di tenere costantemente conto delle varie forme di pluralismo, l’approccio ermeneutico costituisce un ottimo punto di riferimento proprio nella misura in cui comprende il diritto come pratica sociale interpretativa».

nobili, questo metodo euristico della giuridicità conserva timbri che, paradossalmente, evocano un passato oscuro¹¹²: la *Faszination durch die Fakten*, segno e cifra di una «epifania realistica» che registra «l'intima coerenza [...] con un modello costituzionale fortunatamente consegnato alle pagine della storia»¹¹³.

In questa visione l'ordinamento sale "dal basso": per cui – prosegue il grande, compianto Maestro – la salda percezione del «vincolo simbiotico fra diritto e valori radicali di una comunità» e la provvida riscoperta del «diritto come *invenzione*»¹¹⁴ conducono a due conseguenze. La prima: di non parlare, «come da taluno si fa stracciandosi le vesti, di creazionismo dei giudici (e, più generalmente, dei giuristi teorici e pratici), di giuristi che, creando *ex nihilo*, rompono in tal modo l'unità dell'ordinamento dando vita – se non al caos – almeno a una corrosiva incertezza». La seconda: di guardare invece con timore a «quella gerarchia delle fonti in cui abbiamo tanto creduto e che avvertiamo ormai come un ingabbiamento soffocante». Insomma – egli conclude – «il 'diritto giurisprudenziale' deve essere colto quale insostituibile presenza nell'odierno cammino *oltre la legalità*»¹¹⁵, esaltando così «la creatività dell'atto giudiziale, intessuto di sapere intuitivo e di libertà, che il rigido principio della divisione dei poteri – sposato indissolubilmente al dogma

¹¹² Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia*, 2020, 70 ss.

¹¹³ B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., 306.

¹¹⁴ V'è però un'altra accezione del concetto, molto più "innocua", anche se – a mio avviso – connotata comunque da qualche incertezza delimitativa. Ce la offre Donini, e sarebbe «la produzione giurisprudenziale che risulti di prevalente significato conoscitivo della legge, avendo una specifica funzione di concretizzazione giuridica, che individualizza ciò che la legge astratta e il Parlamento mai potrebbero fare. Si potrebbe a volte anche parlare, come per la dottrina, di "invenzione" e di "scoperta": di categorie e istituti che hanno un valore obiettivo-conoscitivo in sé, ma servono anche a realizzare scopi predeterminati dalla legge stessa, anche se non predeterminati negli strumenti operativi e concettuali che pur necessitano [...]. Può dunque esistere un diritto innovativo con funzione solo conoscitiva, perché il progresso nella conoscenza della legge, e nel suo adattamento a un sistema in fieri, produce innovazione giuridica, senza creare nuove regole di tipo politico-legislativo: nuove regole sì, eventualmente, ma subordinate alla legge anche in termini cognitivi. Sono quindi "norme" che costituiscono il risultato dell'interpretazione della disposizione legislativa in funzione soprattutto conoscitiva. Diciamo che si tratta di diritto-concretizzazione, e diritto-invenzione dentro a una cornice preesistente» (M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 18).

¹¹⁵ Tutti i brani sono tratti da P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, cit., *passim*: nell'ultimo ho aggiunto il corsivo.

della legalità – aveva preteso di ridurre al silenzio...»¹¹⁶.

D'altra parte, per Grossi – e sembra tornare qui l'insidiosa fungibilità semantica e funzionale di Schmitt fra *Jurist* e *Richter* – dev'esser questo il compito del giurista *in generale*: «che non deve essere soltanto esegeta della legge come voleva la vulgata borghese del cosiddetto Stato di diritto, ma che è soprattutto interprete, o, come a me sembra più puntuale, "inventore" (intendendo con questo vocabolo colui che cerca e reperisce un diritto già idealmente scritto nel sostrato valoriale dell'esperienza)»¹¹⁷.

C'è da chiedersi, tuttavia, quanto questo sgorgare normativo dal basso, pur elegantissimo, non sia privo di venature non meno ottative, che pericolose. A differenza dell'ordine giuridico medievale, le cui dinamiche proprio il Maestro ha indagato¹¹⁸, la «pos-modernità» evoca infatti scenari regolativi di linea vettoriale in tutto o in molta parte opposta. Dove i processi reali registrano il prevalere di normazioni sempre più discendenti *ex alto*, concepite al di fuori dei centri decisionali democraticamente legittimati.

Non solo. Il favore di Grossi verso una «carnalità» del diritto si espone a una critica che muove dalle sue stesse premesse, cioè dal rifiuto

¹¹⁶ P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1986, 589 ss., spec. 590.

¹¹⁷ P. GROSSI, *Giuseppe Morbidelli: mio studente, mio collega, mio caro amico*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Costituzione e pubblica Amministrazione. Un itinerario di Giuseppe Morbidelli*, Il Mulino, Bologna, 2020, 13 ss., spec. 15.

¹¹⁸ Ovvio il riferimento a P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995 (citerò tuttavia dalla seconda edizione della *Nuova edizione* del 2006). A conferma del legame strettissimo fra il giurista, lo storico e il teorico generale della società, nel capolavoro grossiano A. ASCHERI, *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 965 ss., ravvisa anche «un programma politico-culturale che percorre gli snodi fondamentali del libro» (967). Questa osservazione critica ha per noi un rilievo particolare, poiché consente di cogliere le basi sopra tutto *spirituali* che fecondano e vivificano il pensiero del Maestro, quando a esempio egli scrive: «La divisione dei poteri è un principio tutto moderno; è infatti la civiltà moderna secolarizzata che, priva di appigli religiosi, alla disperata ricerca di garanzie formali, lo assume a fondamento stabile della propria vita politico-giuridica. È un principio totalmente ignoto ai medievali, che, in una visione integrale delle dimensioni civile e religiosa, erano appagati da garanzie più sostanziali, cioè che sostanzialmente vincolavano e indirizzavano gli investiti di poteri». Per cui – prosegue Grossi – si deve «pretendere il recupero del diritto alla natura stessa della società civile, dimensione insopprimibile della socialità e frutto spontaneo della comunità che si autoordina». Insomma – egli conclude – «è la società stessa che, senza filtri politici, autoordinandosi, diventa diritto, provoca il miracolo del diritto» (i passi sono tutti riportati da Ascheri e sono rispettivamente a 131, nt. 7; a 21; a 234 dell'*Ordine* cit.).

di una signoria della produzione normativa riservata solo al legislatore, ritenuto oramai disconnesso dal fluire delle istanze sociali e quindi incapace di coglierne le esigenze.

L'appello alla società come luogo dove *invenire* la cifra autentica della giuridicità, e quindi – per essa – dell'autentica normatività, si rivela oggi poco praticabile¹¹⁹.

Ci si ritrova infatti davanti a un bivio surreale, à la Escher: illusorie entrambe le strade.

Non v'è, anzitutto, una "fonte sociale" da cui poter attingere istanze e valori normativi: ve n'è tante, spesso in lotta rabbiosa fra loro.

Né conviene crearne una immaginaria, sognata forse, dalla quale cercar vanamente d'estrarre istanze regolative.

Abbiamo già visto i rischi di un modello che sfrutta la giuridicizzazione del *Volk* e della *Gemeinschaft* per puri scopi di potere *oligarchico*.

Non solo. L'ermeneutica contesta al positivismo l'*artificialità* – intesa qui come distanza dalla vita vera – del fenomeno normativo. Ma questa critica tornerebbe indietro: è proprio il metodo ermeneutico a emungere percezioni ordinanti da immagini di una società solo illusoriamente disegnata come organica, ma in realtà – appunto – sempre più frammentata e non coesa.

Infine, noto un paradosso, che coi suoi uncini a me pare il più aguzzo e s'infigge fra le radici dell'*hermeneutische Weltanschauung*. Trascurare il nudo fatto (e con esso la qualificazione sussuntiva¹²⁰ che ne dà la norma),

¹¹⁹ Così G. ZAGREBELSKY, *Alla fine del mandato di Giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2018, 543 ss., spec. 550 ss.: «vediamo frantumazioni e solitudini di individui in competizione tra loro che stanno sempre solo provvisoriamente gli uni accanto agli altri, ma sempre meno vivono insieme condividendo valori, interessi, progetti comuni. [...] In queste nostre, chiamiamole "post-società", dove stanno i "fatti normativi", le consuetudini che la visione del diritto come "invenzione" valorizza come fonte ultima che legittima il diritto formale?» (551).

¹²⁰ Ne approfitto per richiamare l'analisi puntualissima del concetto di sussunzione offerta da R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, cit., 1378 ss.: «L'analisi logica rivela che nel nostro linguaggio esistono (oltre i connettivi logici e i quantificatori) due tipi di termini e sintagmi: da un lato, i nomi propri e, con essi, le descrizioni definite ("Hans Kelsen", "la Suprema Corte", "l'assassinio di Lincoln", "il contratto fra Tim e Tom", etc.), che si riferiscono a soggetti, fenomeni, azioni, eventi individuali; dall'altro, i predicati ("giurista", "giudice", "omicidio", "contratto", etc.), che denotano non entità individuali, ma classi. Ebbene, "sussumere" significa ascrivere un individuo (in senso logico) ad una classe, ossia, banalmente, usare un concetto: "Mio zio è un tram" include l'individuo mio

privilegiando invece l'interpretazione decisoria che sale da una percezione soggettiva di nebulose vicende esistenziali, conduce *indifferentemente* a esiti opposti: alla mitezza esicastica di chi in tal modo trascende il reale; ma anche all'arbitrio soggiogante di chi alla cosa oppone il valore.

Ce l'ha spiegato bene l'arguzia di Maurizio Ferraris: «L'assunto di fondo è che il mondo qual è, fatto di oggetti solidi e duri, spesso anche ruvidi, spigolosi e sgradevoli, dovrebbe fluidificarsi, prendere un aspetto più tenero e meno aggressivo, in cui prevalgano l'arte, la solidarietà, la libertà. In effetti, in questa versione militante dell'ermeneutica [...] c'era un ideale potente anzitutto sotto il profilo politico. Quello di porre fine a ogni conflitto, sostituendolo con una negoziazione. In proposito, circolava una considerazione di Odo Marquard secondo cui l'introduzione dell'ermeneutica aveva posto fine alle guerre di religione in Germania, perché la gente aveva incominciato a lavorare sui testi lasciando da parte le armi. A ripensarci, Marquard era più ottimista di Pangloss e di Candide messi assieme. Un filosofo nato e cresciuto all'epoca della guerra dei trent'anni, Pascal, ha scritto qualcosa di molto diverso: «È giusto che ciò che è giusto sia seguito, ed è necessario che ciò che ha più forza sia seguito. La giustizia, senza la forza, è impotente; la forza, senza la giustizia, è tirannica. La giustizia senza forza è conculcata, perché cattivi ce n'è sempre; la forza senza la giustizia è riprovata. Bisognerebbe, dunque, riunire giustizia e forza, e far che ciò che è giusto fosse anche forte; oppure che ciò che è forte fosse anche giusto». Non credo proprio che pensasse all'ermeneutica, soprattutto nella sua versione nichilistica e pseudoradicale, di fuga della realtà e di rifugio nel mondo beato delle interpretazioni. Figuriamoci se in quei secoli di ferro una tranquilla e rispettabilissima teoria dell'interpretazione avrebbe potuto fermare qualcosa, mandando tutti a casa a leggere e a litigare per corrispondenza»¹²¹.

Come dire: sirenico e irenico...

Ecco perché Irti critica con fermezza la – gadameriana e dunque amatissima fra gli ermeneutici – «mistica fusione di orizzonti»¹²² fra società e interprete-decisore-organo dell'applicazione.

Sono, in fondo, le stesse osservazioni di Ferraris, ormai immune dalle

zio nella classe dei tram, ossia applica il concetto di tram a mio zio, o ancora, se si vuole, usa il concetto di tram per qualificare mio zio. Questo e non altro è la sussunzione».

¹²¹ M. FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano, 2008, 7.

¹²² N. IRTI, *Sulla "positività ermeneutica"* (per Vincenzo Scalisi), *Riv. dir. civ.*, 923 ss., spec. 927.

cromie chelanti del sogno ermeneutico¹²³; pronto invece – addirittura – a confrontarsi con la realtà bigia di una qualunque aula d’udienza: «Banalmente, se si trasferiscono in un tribunale le linee guida dell’ermeneutica nichilistica, si ottengono risultati che fanno pensare e preoccupare. Il dialogo, il consenso, l’accordo, la fusione di orizzonti sono l’ideale verso cui deve tendere l’interpretazione. Bene, ma questo, in tribunale, si chiama “patteggiamento”, ed è il risultato a cui può giungere un colpevole messo alle strette, o le parti stremate da una battaglia legale che sembra non finire più; un ripiego, talvolta inevitabile, ma certo non un ideale»¹²⁴. Non solo. Ferraris viene poi dalle nostre parti, denunciando un’oggettiva comunanza metodologica – per carità, involontaria – con le concettuologie del dodicennio nero: «Oppure, trasponiamo in tribunale un principio fondamentale del nichilismo ermeneutico, il primato della solidarietà sulla oggettività, e la necessità di un atteggiamento ironico nei confronti della verità, cioè di una adesione distanziata, mai piena e incondizionata, nei confronti delle proprie affermazioni. Bene, il primato della solidarietà, dell’unità popolare, rispetto alla oggettività dei fatti, era stato teorizzato anche da Roland Freisler, il presidente del tribunale del popolo hitleriano tra il 1942 e il 1945»¹²⁵.

4. *Il diritto positivo giurisprudenziale per la nuova sovranità magistratuale*

Di *Verschmelzung*, cioè di fusione, abbiamo già sentito parlare prima, in opposizione al più liberale *Trennungsdanken*, alla separazione fra morale e diritto. E la fusione di orizzonti (*Horizontverschmelzung*) è un notissimo filosofema di Gadamer¹²⁶, molto presente nelle linee di successione a vario titolo discepolari: «*Vielmehr ist Verstehen immer der Vorgang der Verschmelzung solcher vermeintlich für sich seiender Horizonte*»¹²⁷.

¹²³ «E come si fa a capire, a questo punto, la differenza fra trasformare il mondo o semplicemente pensare di trasformarlo, credere di trasformarlo, sognare di trasformarlo?» (ancora M. FERRARIS, *Storia dell’ermeneutica*, Bompiani, Milano, 2008, 12).

¹²⁴ M. FERRARIS, *Storia dell’ermeneutica*, cit., 12.

¹²⁵ *Op. cit.*, 12.

¹²⁶ Come sottolinea nel suo saggio così ammaliante J. GRONDIN, *La fusion des horizons. La version gadamérienne de l’adæquatio rei et intellectus?*, in *Archives de Philosophie*, 2005, 401 ss., spec. 401: «Peu de formules sont en tout cas aussi emblématiques de sa pensée».

¹²⁷ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 311: «*la comprensione, invece, è sempre il processo di fusione di questi orizzonti che si ritengono indipendenti tra loro*». Il corsivo nel testo tedesco – si noti – è originale.



2/2022

Ecco il passo, di ardua bellezza: Gadamer 290: «In Wahrheit ist der Horizont der Gegenwart in steter Bildung begriffen, sofern wir alle unsere Vorurteile ständig erproben müssen. Zu solcher Erprobung gehört nicht zuletzt die Begegnung mit der Vergangenheit und das Verstehen der Überlieferung, aus der wir kommen. Der Horizont der Gegenwart bildet sich also gar nicht ohne die Vergangenheit. Es gibt so wenig einen Gegenwartshorizont für sich, wie es historische Horizonte gibt, die man zu gewinnen hätte. Vielmehr ist Verstehen immer der Vorgang der Verschmelzung solcher vermeintlich für sich seiender Horizonte. Wir kennen die Kraft solcher Verschmelzung vor allem aus älteren Zeiten und ihrem naiven Verhalten zu sich selbst und zu ihrer Herkunft. Im Walten der Tradition findet ständig solche Verschmelzung statt. Denn dort wächst Altes und Neues immer wieder zu lebendiger Geltung zusammen, ohne daß sich überhaupt das eine oder andere ausdrücklich voneinander abheben. Wenn es nun diese voneinander abgehobenen Horizonte gar nicht gibt, warum reden wir dann überhaupt von "Horizontverschmelzung" und nicht einfach von der Bildung des einen Horizontes, der seine Grenze in die Tiefe der Überlieferung zurückschiebt? Die Frage stellen heißt, sich die Besonderheit der Situation eingestehen, in der Verstehen zur wissenschaftlichen Aufgabe wird, und daß es gilt, diese Situation als hermeneutische Situation erst einmal auszuarbeiten. Jede Begegnung mit der Überlieferung, die mit historischem Bewußtsein vollzogen wird, erfährt an sich das Spannungsverhältnis zwischen Text und Gegenwart» («In realtà, l'orizzonte del presente è in continua formazione, nella misura in cui tutti noi dobbiamo costantemente mettere alla prova i nostri preconcetti. Tale verifica include non da ultimo l'incontro con il passato e la comprensione della tradizione da cui proveniamo. L'orizzonte del presente, quindi, non si forma affatto senza il passato. Non esiste un orizzonte presente in sé, così come non esistono orizzonti storici da conquistare. Piuttosto, la comprensione è sempre il processo di fusione di questi orizzonti apparentemente separati. Conosciamo il potere di questa fusione soprattutto dai tempi antichi e dal loro atteggiamento ingenuo verso se stessi e le proprie origini. Questa fusione avviene costantemente nel funzionamento della tradizione. Perché lì il vecchio e il nuovo crescono sempre di più in una validità vivente, senza che l'uno o l'altro siano espressamente separati dall'altro. Se questi orizzonti separati l'uno dall'altro non esistono, perché si parla di "fusione di orizzonti" e non semplicemente della formazione di un orizzonte che spinge il suo confine nella profondità della tradizione? Porre la questione significa ammettere la specificità della situazione in cui la comprensione diventa un compito scientifico, e che questa situazione deve essere prima elaborata come situazione ermeneutica. Ogni incontro con la tradizione che si svolge con coscienza storica sperimenta la tensione tra testo e presente»).

Nota Grondin (*op. cit.*, 402) che «la formula compare per la prima volta alla fine del capitolo sulla *Wirkungsgeschichte* e in un contesto polemico: intende rispondere a chi, come Dilthey, sostiene che il compito della comprensione sarebbe quello di togliere l'orizzonte dal presente per "trasportarsi" (*sich versetzen*) nell'orizzonte del passato. No, risponde Gadamer, la comprensione dev'essere intesa piuttosto come una "fusione (*Verschmelzung*) di orizzonti", tra passato e presente. L'assonanza di *Versetzen* (trasportare) e *Verschmelzen* (fondere) aiuta, naturalmente, a comprendere ciò che la fusione degli orizzonti cerca di contrastare» («La formule apparaît d'abord à la fin du chapitre sur le travail de l'histoire (*Wirkungsgeschichte*) et dans un contexte polémique: elle veut répondre à ceux qui, comme Dilthey, prétendent que la tâche de la

Come – non troppo implicitamente – in Francesco Viola, per esempio, che non esita a teorizzare addirittura la *normatività* di ogni individuo, in quanto portatore di una *specificità*, di una diversità irriducibile rispetto a quella di tutti gli altri: tale dunque da reclamare il superamento della *generalità*, non più requisito ontologico – appunto – della norma: «La costituzionalizzazione del diritto, nella misura in cui ha introdotto in esso il principio personalistico che è la radice del pluralismo, lo rende sempre meno generalizzabile. Le persone sono per definizione incomparabili e richiedono l'eguaglianza nella diversità. Ma è estremamente difficile trattare in modo eguale persone diverse. *I casi concreti sono diventati normativi, perché le persone singole sono diventate normative*»¹²⁸.

Non stupisca la replica un po' spazientita di Irti: «l'interprete [...] s'immagina di intuire o captare 'valori' e altri criterî di giudizio sovra-linguistici e sovra-positivi. E, forte di questo possesso, si mette dinanzi alle situazioni di vita, e prende posizione, e così decide controversie»¹²⁹. Onde un appello, più recente e forse chiaro quanto ai destinatari: «Ai giovani ignari, ed a logori 'maestri', vaghi di modernismo e post-modernismo, va rammentato essere sempre il giudizio, kantianamente, "la facoltà di sussumere sotto regole, cioè di distinguere se qualche cosa sia o no sotto una regola data (*casus datae legis*)". Il caso non è 'qualche cosa', in sé e per sé considerato, ma il 'qualche cosa' 'sussunto' sotto una regola, che può prenderlo e abbracciarlo soltanto se lo ha già dentro di sé come immagine

compréhension serait de sortir l'horizon du présent afin de se «transposer» (*sich versetzen*) dans l'horizon du passé. Non, réplique Gadamer, la compréhension est plutôt à comprendre comme une «fusion (*Verschmelzung*) d'horizons », entre le passé et le présent. L'assonance du *Versetzen* (se transporter) et du *Verschmelzen* (se fusionner) aide, bien sûr, à comprendre à quoi la fusion des horizons cherche à s'opposer». Ne deriva – prosegue Grondin – che «la comprensione comporta una "fusione" di orizzonti, quello dell'interprete e quello dell'oggetto, in cui non si può sempre distinguere ciò che appartiene all'uno o all'altro» («La compréhension met ainsi en œuvre une "fusion" d'horizons, ceux de l'interprète et de son objet, où on ne peut pas toujours distinguer ce qui relève de l'un ou de l'autre» (op. cit., 403).

Nella nostra ermeneutica "regionale", v. G. ZACCARIA, *Per un manifesto*, cit., 141: «il recupero della legittimità della tradizione diviene allora inscindibile – sul piano della razionalità della conoscenza – dalla ricerca di un orizzonte comune, o meglio di quella "fusione di orizzonti" che implica necessariamente un processo di avvicinamento tra orizzonti che originariamente si ritengono tra loro indipendenti e talvolta incomunicanti».

¹²⁸ F. VIOLA, *La legalità del caso*, cit., 320 (il corsivo è mio).

¹²⁹ N. IRTI, *I cancelli*, cit., 59.

e figura (appunto *facti species*). E dunque l'alternativa – come prima si accennava – è che la fattispecie sia: o pre-disposta, una volta per sempre, alla stessa norma (secondo il principio di divisione dei poteri) o invece posta dallo stesso giudicante, che, di volta in volta, la trae dal testo di legge. Nell'un modo, posizione e applicazione di fattispecie sono separate; nell'altro, si identificano nella singola pronuncia del giudice»¹³⁰.

Come *allora*, direi. Nessuna, proprio nessuna, aria di famiglia, non mi stancherò di ripeterlo a usura. Valori diversissimi, anzi; opposti.

Ma le Sirene mi sembrano ancora una volta le stesse, le radici sembrano suggerire da quello stesso *humus* di nostalgico comunitarismo medievale anti-individualista (o presunto tale)¹³¹ ripercorso per esempio dal buon Grimm, da cui il dodicennio nero ebbe però subito a tralignare. Non esita ad affermarlo Karl Larenz: l'organo dell'applicazione deve semplicemente «estrarre dalla comunità quest'ordine immanente che le è peculiare»¹³². Puntuale il commento di Agostino Carrino: «Legal positivism [...] is so concerned to safeguard the bindingness of law that it fails to recognize the judge's responsibility toward the people's community, and [...] Larenz insists that if the judge no longer has a commitment to the community, the blame lies with the legal-positivist emphasis on the binding nature of law, intended to safeguard the certainty of law, a desideratum in turn understood by him as an expression of economic liberalism»¹³³.

¹³⁰ N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, 147 ss., spec. 149.

¹³¹ E. CONTE, «Storicità del diritto», cit., 154 ss.: «Eppure in questo diritto imposto dalla natura, dalla mentalità primitiva, dall'ombra della foresta che si stende sull'uomo armato soltanto di piccoli aratri, sembrano ripresentarsi quegli elementi che agli storici del diritto dell'Ottocento e del primo Novecento erano sembrati tipici del mondo germanico, e si erano posti in alternativa agli elementi "romani". Così, ad esempio, la predominanza dell'assemblea sul sovrano, e la svalutazione della volontà del legislatore di fronte alla forza interna di norme che si impongono per generale accettazione. [...] Rivela l'influsso di certa storiografia germanica, poi, il riecheggiare di formule tedesche degli anni Trenta, come il richiamo a "sangue e terra" come fatti normativi che segnerebbero la mentalità "protomedievale". Così, ancora, la prevalenza della comunità e la svalutazione dell'individuo».

¹³² K. LARENZ, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Junker & Dünhaupt, Berlin, 1938, 28.

¹³³ A. CARRINO, *Nazi Philosophy of Law and of the State*, in E. PATTARO (per cura di), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Volume 12, E. PATTARO, C. ROVERSI (per cura di), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Tome 1, *Language Areas*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2016, 269 ss., spec. 274 (Il positivismo giuridico [...] è così preoccupato di salvaguardare la vincolatività del diritto da non

È cosa imprudente – come si è spesso tentati di fare in tempi tranquilli – spiegare tutte le vele del diritto giurisprudenziale senza

riconoscere la responsabilità del giudice nei confronti della comunità, e [...] Larenz insiste sul fatto che se il giudice non ha più un impegno nei confronti della comunità, la colpa è dell'enfasi giuridico-positivista sulla vincolatività del diritto, volta a salvaguardare la certezza del diritto, un desideratum a sua volta inteso da lui come espressione del liberalismo economico». E ancora (275 – il corsivo è mio): «Law thus turns out to be something complex, and in the new National Socialist conception it discovers in the judge someone entrusted with applying not “the law” but the community’s common will, which of course ultimately resolves itself into the will of the Führer. In this way Larenz drives to extremes certain earlier trends in German legal philosophy, so much so as to distort their import. Indeed, these movements had good reasons to exist in the 1920s, yet the shape Larenz gave them in his Nazi period just turned them into inconceivable theses for any sensible legal-philosophical mode of reasoning, so much so that, on closer inspection, they turn out to be the mirror image of the normative stance. In Kelsen, for example, we have the unity of the normative order; in Larenz, the unity of the community; likewise, both hold that the judge makes law; and both view this judge-made law as an individual norm, but for Kelsen this norm serves the unity and coherence of the legal system, whereas for Larenz it serves the will and interests of the community, specifically through “the continuity of the people’s life” (ibid., 26; my translation), and so through the historical tradition of a given community marked by racial homogeneity. *In this community lies “the real”, wherein the is and the ought do not come apart but rather share a space and indeed meld into each other, in that this communitarian reality, this effectively real community, is at the same time a reality, a being, and a norm. The community is the unity that internally differentiates but does so remaining loyal to itself as a unity of is and ought, fact and value*» («Il diritto si rivela così qualcosa di complesso, e nella nuova concezione nazionalsocialista scopre nel giudice qualcuno incaricato di applicare non “la legge”, ma la volontà comune della comunità, che ovviamente si risolve in ultima analisi nella volontà del Führer. In questo modo Larenz estremizza alcune tendenze precedenti della filosofia giuridica tedesca, tanto da distorcerne la portata. In effetti, questi movimenti avevano buone ragioni di esistere negli anni Venti, ma la forma che Larenz ha dato loro nel periodo nazista li ha trasformati in tesi inconcepibili per qualsiasi modalità di ragionamento giuridico-filosofico sensato, tanto che, a un esame più attento, risultano essere l'immagine speculare della posizione normativa. In Kelsen, ad esempio, abbiamo l'unità dell'ordine normativo; in Larenz, l'unità della comunità; allo stesso modo, entrambi ritengono che il giudice crei diritto; ed entrambi considerano questo diritto creato dal giudice come una norma individuale, ma per Kelsen questa norma è funzionale all'unità e alla coerenza del sistema giuridico, mentre per Larenz è funzionale alla volontà e agli interessi della comunità, in particolare attraverso “la continuità della vita del popolo” (ibid., 26; traduzione mia), e quindi attraverso la tradizione storica di una data comunità segnata dall'omogeneità razziale. In questa comunità si trova “il reale”, in cui l'essere e il dover essere non si separano, ma condividono uno spazio e si fondono l'uno nell'altro, in quanto questa realtà comunitaria, questa comunità effettivamente reale, è allo stesso tempo una realtà, un essere e una norma. La comunità è l'unità che si differenzia internamente, ma lo fa rimanendo fedele a se stessa in quanto unità di essere e di dover essere, di fatto e di valore»).

orientarsi con le costellazioni legislative (per quanto distanti e offuscate queste ci appaiano): al girare o al salire improvviso del vento l'ammaina diviene manovra pericolosa o proprio impossibile. Già nel 1908 – come abbiamo visto – stroncatore feroce del giusliberismo, di quel Kantorowicz che ne fu giovane alfiere, nel 1926 Croce infatti ribadirà: «Nei tempi di pace e calma accade che leggermente si parli delle norme giuridiche, e se ne abbozzi perfino la satira, e si affaccino utopie di una vita senza diritto o di giudici senza legami di leggi, come si può vedere nell'ora dimenticato libercolo di Gnæus Flavius [...], che levò tanto grido or son vent'anni. Ma il perturbamento delle norme giuridiche, le derogazioni, i provvedimenti equitativi e arbitrarii, e simili fatti, ridestano *e contrario* la perdita sensibilità giuridica»¹³⁴.

Ne discende un incremento del potere discrezionale del giudice: il quale diviene una valvola di ingresso o un filtro di barriera per l'acquisizione al processo di bisogni superiori e primaziali percepiti nella collettività, e ai quali soltanto – *più che al diritto positivo* – deve ispirarsi la pronuncia.

Restando ferme – lo ripeto – le enormi differenze di contesto, possiamo, oggi come ieri, ritenere imperante il modello del *Weltanschauungsstaat*, per cui nessuna norma scritta può prevalere sulla visione del mondo, sulla tavola di valori professata (o profetata) dall'organo dell'applicazione?

La costruzione assiologica dell'ordinamento comporta una conseguenza necessitata, che fa deragliare ancor di più dal sistema a diritto legislativo: lo scontro per affermare i valori – *quali che essi siano* – che ne costituiscono l'ossatura. Il che imprime una torsione innaturale al diritto giurisprudenziale, che diviene appunto, a sua volta, un *diritto di lotta, combattuta con le armi delle norme interpretate*: «lotta ermeneutica contro fenomeni che non si ritengono adeguatamente tutelati dalla legge»¹³⁵, accesa sino al punto di poter sfociare nell'illecito interpretativo

¹³⁴ B. CROCE, *recensione* a M. RICCA-BARBERIS, *Sul diritto della guerra e del dopoguerra*, Bocca, Torino, 1926, in *La Critica*, 1926, 378 ss., spec. 379.

¹³⁵ È questa la condivisibile preoccupazione, espressa in ambito penalistico, da M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 23.

Paradossale: come ci ricorda R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of law*, cit., 37 ss., la riduzione in senso formale «ha cancellato le origini autentiche della teoria del *Rechtsstaat* e la funzione polemica che essa ha assolto ai suoi esordi. La lettura formale ha appiattito il sistema dello Stato di diritto imbalsamando la “parola di lotta” in un insieme di regole che riguardano, non tutto il diritto, ma solo il rapporto tra la legge e il potere esecutivo e la giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione»

giurisprudenziale.

Ancora una volta nulla di nuovo, direi. Come nel *Reich*, la figura del giudice può trovarsi a essere – ribadisco: *mutatis mutandis* – un terminale militante di molte aspettative. Nel dodicennio aveva dismesso i panni del pacioso uomo di lettere lontano dalla realtà, per divenire un guerriero del popolo ben piantato nel mezzo della vita che combatte per l'affermazione del suo credo ideologico, immancabilmente ritenuto benefico per la società.

La contesa, la battaglia sul metodo diventa allora decisiva. Sino a divenire forse più importante della stessa tavola di valori cui deve applicarsi: la questione assume rango metacostituzionale a fronte di un *Richtertum* cetualità interpretante «ormai orba delle sue categorie tradizionali e proiettata al governo del caso concreto»¹³⁶.

Ovviamente imprevedibili nei loro sviluppi, le traiettorie percorse dalla teoria dell'interpretazione continueranno a conservare profili di indeterminatezza, la cui compensazione *interna* sarà ancora rimessa al singolo organo dell'applicazione.

Non credo quindi d'esser contraddittorio sostenendo, comunque, la necessità di fuggire modelli *decisori* che fondino su tecniche di interpretazione assiologico-ermeneutiche. Per usare le parole di Luigi Mengoni, che rappresentano molto bene il metodo qui da me avvertito: «l'interprete non può accedere al significato della legge se non elabora il suo orizzonte ermeneutico assumendo i punti di vista valorativi che il modello positivistic della sussunzione vorrebbe escludere siccome pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore e non suscettibili di analisi scientifica. Se non include i punti di vista extrasistemati tra i referenti della sua riflessione, egli non è in grado di intendere il problema in funzione del quale il testo deve essere interpellato e al quale devono commisurarsi, affinché sia assicurata l'oggettività del risultato interpretativo, le anticipazioni di senso e i progetti di soluzione che si

(37). Infatti – chiarisce Bin – «prima che il liberalismo economico volgesse la teoria dello Stato di diritto contro lo Stato, i teorici del *Rechtsstaat* avevano esaltato la funzione dello Stato e del suo diritto come garanzia di eguaglianza degli individui e protezione dei diritti e della proprietà dal potere economico e cetuale esercitato da altri individui. Lo Stato di diritto veniva invocato come baluardo della sicurezza dei cittadini, perché non lo Stato, ma la società, il popolo, la prepotenza dei privati costituivano la minaccia per gli individui» (38). In somma, al diritto legislativo si è sostituito – come strumento di lotta, sebbene per finalità assai diverse, se non opposte – il diritto giurisprudenziale.

¹³⁶ Così R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 113 ss., spec. c. 115.

formano nella sua precomprensione»¹³⁷.

Conosciamo abbastanza bene le conseguenze di questo modello: la proliferazione di molteplici diritti positivi giurisprudenziali. Ascoltiamo di nuovo la riflessione di Palazzo: «L'individualismo e la riottosità dei magistrati rischierebbe così di alimentare un fenomeno definibile come polverizzazione giurisprudenziale [...]: distinzioni e suddistinzioni tipologiche sarebbero lo strumento necessario per aggirare un vincolo eventualmente sentito come eccessivo. Il pregiudizio per la certezza sarebbe in agguato»¹³⁸, scadendo in tal modo anche il concetto stesso di diritto, come ci ha ricordato Bobbio¹³⁹.

Né serve evocare vaghezze concettuali come l'età della complessità per farne derivare l'ineluttabilità di un diritto sfuggente. Mi avvalgo adesso di Vito Velluzzi: «l'età dell'incertezza deve porsi in cerca della certezza del diritto; quest'ultima e la giustificazione delle decisioni giudiziali si legano, infatti, proprio nell'evitare la cattiva retorica dei diritti fondamentali e dello Stato costituzionale¹⁴⁰, una cattiva retorica che innalza molto il rischio di enfatizzare la soluzione giusta secondo i desideri dell'interprete di turno occultata dall'etichetta dei diritti e dei principi costituzionali»¹⁴¹.

Pure mi rendo conto che queste parole possono restare un auspicio fra i tanti consimili. E che la scienza giuridica rischia di «perdere d'identità, [...] a maggior ragione in vista dell'inclinazione della giurisprudenza a farsi dottrina. Più che un'alleanza, allora, un assorbimento. O peggio». A poco o a nulla serve sostenere, come fanno gli ermeneutici, che «quando viene meno il primato della legislazione è

¹³⁷ L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, cit., 18.

¹³⁸ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 11.

¹³⁹ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss., spec. 147. E così L. GIANFORMAGGIO, *Certeza*, cit., 84: «[...] il diritto per questo c'è: per esser certo; cosa che evidentemente non potrà mai compiutamente essere, ma a cui altrettanto evidentemente ogni operatore giuridico non potrà non tendere (così come ogni scienziato non potrà non tendere alla – inattuabile – compiuta conoscenza della realtà che è oggetto del suo studio)».

¹⁴⁰ Chiarissimo R. GUASTINI, *Legalità*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, 137 ss., spec. 140: «[...] laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno *Stato di diritto* (senza ulteriori specificazioni); laddove il principio di legalità si estende anche al potere legislativo, abbiamo a che fare con uno *Stato costituzionale di diritto*».

¹⁴¹ V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale: note (convergenti) sulle riflessioni di Fabio Ciaramelli*, in *Etica & Politica*, 2022, 373 ss., spec. 377.

necessario che riacquisti forza il ruolo della dottrina se si vuole evitare il governo assoluto della giurisdizione»¹⁴²: dove il problema è nell'accettazione rassegnata, se non addirittura auspicata, della premessa.

In realtà, si delinea un'«endiadi in odore di *reductio ad unum*», tale da far ritenere che «l'esaltazione della creatività del giudice miri [...] a comprimere ulteriormente la pattuglia dei signori del diritto. O, comunque, a imporre e rendere esplicita una nuova gerarchia, indifferente alla mancanza di legittimazione democratica (a creare diritto) del nuovo protagonista assoluto»¹⁴³. Aggiungo: legittimazione che oramai il *Richtertum* ritiene invece esistente, perché proveniente «formalmente, dal fatto che il giudice è deputato secondo le leggi della Repubblica a decidere “in nome del popolo”, come direttamente prevede l'art. 101, primo comma, Cost.»; anzi, con la maliziosa osservazione «che un'analogia previsione per la Corte costituzionale [è] contenuta in una legge di rango inferiore: la n. 87 del 1953, art. 18, terzo comma»¹⁴⁴.

Ecco perché mi sembra paradossalmente ottimista, se non proprio superata dalla schiacciante preponderanza attuale del diritto giurisprudenziale, la posizione di Guastini: per lui, «molto di ciò che consideriamo diritto vigente è *Juristenrecht*, diritto creato appunto dai giuristi, [...] perché è precisamente la dottrina che fornisce ai giudici gli strumenti sia concettuali, sia “metodologici” (alludo ai cosiddetti metodi di interpretazione) necessari alle loro argomentazioni: dopo tutto, i giudici si formano nelle Facoltà di giurisprudenza, e la dottrina determina la loro stessa *forma mentis*»¹⁴⁵. Ma sarei felicissimo di sbagliarmi.

5. Il cerchio delle malie e le cattive fusioni: il realismo negativo come

¹⁴² F. VIOLA, *La legalità del caso*, cit., 327.

¹⁴³ Tutti i brani sono di R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore*, cit., c. 117. Ancor più esplicito G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno*, Roma Tre-Press, Roma, 2018, 29 ss., spec. 38: «C'era una volta il primato della legge, specchio di un ordinamento di *civil law* impostato su rigide gerarchie. Questo primato non c'è più – a detta di molti – ed egemone è l'idea che, *rovesciati i tradizionali termini del rapporto tra legislazione e giurisdizione*, il diritto scritto delinea i tratti di un ordinamento (morente o morto) non più coerente con quello “vivente” (o vivo)» (ho aggiunto il corsivo); onde l'immagine di «un giudice insofferente al ruolo che il diritto “morente” gli assegna e non più disposto ad attendere che il miracolo della guarigione si compia» (39 ss.).

¹⁴⁴ Come sottolinea proprio un esponente della dottrina togata: A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 4/2016.

¹⁴⁵ R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione*, cit., 235 ss.

antidoto minimo

Nessuno, com'è ovvio, sa bene come andarono *esattamente* le cose. Troppo esteso, nello spazio e nel tempo, il campo osservato. Troppo sparse, a quanto pare, le fonti. Ma l'Evo di mezzo continua a chiamare molte nostre menti e, sopra tutto, le nostre visioni del mondo. Molte immagini che proiettiamo sul presente trovano lì le scaturigini prime. È come se il rapporto fra uomo e natura, fra individuo e comunità/società, fra *χάος* e *ordo*, che il singolo pensatore ritenga di poter ascrivere a quel periodo, condizioni e modelli – quasi *per saltum* – la sua concezione della contemporaneità, moderna o post-moderna che la si voglia definire¹⁴⁶.

Ed è qui che il Filosofo di Magonza può esserci d'aiuto, con le sue arcate lunghe di pensiero, con il suo danzare leggero lungo il confine fra le immagini (anche *interiori*) e la realtà, l'insondabile «là fuori». Mi chiedo, con lui, se quel mondo ferino e ferrigno non sia *anche* – per la *radità* del suo tempo, per la sua *vuotezza*¹⁴⁷ – il luogo *mentale* perfetto per accogliere mite, venendone così riempito, desideri e rappresentazioni, valori e ideologie.

Cimento innocuo; provvido, anzi, se si risolve in una *Auslegung* assiologicamente commendevole, ancorché – è inevitabile – indirizzata e attraversata da una visione specifica.

Quale – sottratto al divenire¹⁴⁸ – il nobile e senza tempo

¹⁴⁶ Un errore metodologico da cui Paolo Grossi ci mette in guardia: «Il 'modello', come strumento comparativo caricato di intrinseca assolutezza e tale da annullare o almeno attenuare la effettività della comparazione instaurata, è un arnese inadatto sia per lo storico che per il comparatista, perché implica sempre uno scarso rispetto sia per il passato, sia per il presente, sia per il futuro» (P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 31, Giuffrè, Milano, 2002, 39 ss., spec. 40).

¹⁴⁷ P. GROSSI, *Unità giuridica europea*, cit., 48: «il crollo della civiltà giuridica precedente costrinse quella prassi a lavorare su due vuoti – un vuoto politico e un vuoto culturale – riscoprendo forze e valori che non traevano autorità da modelli già sperimentati».

¹⁴⁸ Ma senza trascurare che proprio nel periodo storico a cavallo fra XIX e XX secolo – centrale in questo scritto – «il pluralismo dei gruppi sociali [...] si staglia abbastanza minaccioso dietro l'individuo liberale», alla cui normatività «si contrappone la fatticità degli altri»: così M. LA TORRE, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006, 10; e poi: «si è spesso contrapposto il nuovo secolo al vecchio mettendo in sordina la continuità fortissima tra di loro: molta della "giovinezza" del secolo ventesimo affonda invero le sue radici nel romantico diciannovesimo. È quest'ultimo che forgia le armi culturali e ideologiche che si faranno macchine d'acciaio e ordigni di fuoco nel secolo successivo. [...] L'Ottocento è tutt'altro che un'epoca serena. In essa invece si gonfia una zona tumefatta, un bubbone che scoppierà nel Novecento, spargendovi liquami velenosi» (9).

comunitarismo, cristiano e pluralista, di Grossi. Muovendo dal suo affresco¹⁴⁹ sul «primitivismo protomedievale»¹⁵⁰, anti-individualista già solo per ragioni di sopravvivenza materiale, il Maestro intaglia segni di rara bellezza quando delinea il rapporto uomo-natura come fondato su di un salvifico *reicentrismo*: «nella solitudine che gli derivava dalla assenza d'una solida organizzazione politica e d'una efficace protezione, nella contemplazione del disordine, l'uomo protomedievale non potè non sentirsi interamente condizionato dalla natura delle cose; soltanto nel suo inserimento in esse si sentì sicuro, misticamente legato ad esse da un vincolo di vita e di morte»¹⁵¹.

Da qui discende il primitivismo *giuridico*, «in cui è alle cose, alla loro forza primordiale, che spetta il ruolo primario di protagonista dell'ordinamento»¹⁵². Di qui, ancora, un'alternativa: «il singolo, o è attratto dalla cosa fino a divenire quasi una pertinenza di questa, o è attratto dal gruppo intermedio, che solo può dargli protezione e possibilità di sviluppo»¹⁵³.

Siamo al punto centrale della riflessione, «a uno degli atteggiamenti più tipizzanti della coscienza medievale»¹⁵⁴. Sul proliferare dei protettivi corpi intermedi si staglia presto il protagonismo della Chiesa romana, «avvezza a pensare la salvezza del singolo solo in seno alla comunità sacra e a diffidare di ogni solitudine individuale. Sarà un atteggiamento costante, che dal tempo di fondazione si travaserà intatto nel medioevo sapienziale e intatto vi perdurerà; costante perché collegato a profonde convinzioni antropologiche e perciò radicato nell'intimo dell'esperienza e di esso espressivissimo»¹⁵⁵. Questo rapporto *unus homo-communitas*, che si declina come tra *imperfectum* e *perfectum*¹⁵⁶, trova la sua riassorbita

¹⁴⁹ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 69 ss.: vi s'incontrano solo pochi esseri umani, impauriti e decimati da carestie e pestilenze, quando non già dalla fame; vivono nella foresta da cui escono, quali «folla di formiche», per coltivare terre abbandonate dotati solo di aratri rudimentali. Foresta che dà vita, ma che è anche insidia mortale: «come ricetta ideale del banditismo, è origine di insicurezza e disordine sociale; come massiccio accumulo di materiale vegetale, è uno sbarramento naturale e spesso un ostacolo non minimo a una spedita viabilità, a uno scambio frequente di relazioni umane» (70).

¹⁵⁰ *Ivi*, 67.

¹⁵¹ *Ivi*, 70.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ivi*, 73.

¹⁵⁴ *Ivi*, 75.

¹⁵⁵ *Ivi*, 76.

¹⁵⁶ *Ivi*, 79.

pienezza – come detto – nella visione suprema dell'*ordo*, «secreto, essenziale»: un *πλήρωμα*, appunto, cui appartiene «anche la natura della società e consequenzialmente la sua ossatura più riposta, il diritto»¹⁵⁷. Ma – Grossi lancia il suo tipico *caveat* – «il diritto, quello vero e non la violenza legale del principe tiranno»¹⁵⁸.

Il comunitarismo antilegalista e antistatuale del Maestro è espresso con limpidezza, conducendo all'ulteriore, anzi all'*ultima* conseguenza: «siamo a una visione del mondo socio-giuridico, che è esattamente opposta a quello che, dal Trecento in poi, si sedimenterà – lentamente ma progressivamente – come moderna, tutta incentrata sulle singole individualità, tesa a liberarle il più possibile dalla umiliazione dei rapporti. *Si capisce come, in questo nuovo mondo protomoderno, si venga consapevolmente a coniare l'idea di diritto soggettivo*»¹⁵⁹.

Ci parla di epoche remote, aurorali. Eppure mi pare chiaro che fra le righe di queste pagine sommitali il Maestro ci sta donando una vera e propria – gadameriana, anch'essa – *Selbstdarstellung*¹⁶⁰: che termina – lo abbiamo appena visto – in modo per noi molto significativo, cioè con una presa di distanza, sebbene detta in sordina, della situazione soggettiva *personale* per eccellenza, il diritto soggettivo.

Mondi lontanissimi. Di più. Opposti per valori. Ma condividono radici e riferimenti storici; come pure una teoria della società¹⁶¹ e del giudice che vi agisce; una *Methodenlehre* non molto dissimile; sino alla svalutazione dei processi di soggettivazione del diritto oggettivo.

Come porsi dinanzi a questa *concordia* oraziana, fortunatamente affatto *discors*?

La rispettiva «storia degli effetti» per un verso ha mostrato i cumuli di macerie che hanno seppellito le tragedie del dodicennio nero, con le loro perniciose *Rechtswege*.

Per altro verso ha prodotto un modello *sapienziale* cui non può

¹⁵⁷ *Ivi*, 84 (entrambi i passi).

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ivi*, 85 (ho aggiunto il corsivo).

¹⁶⁰ H.-G. GADAMER, *Selbstdarstellung*, in *Gesammelte Werke*, Band 2, *Hermeneutik II, Wahrheit und Methode. Ergänzungen, Register*. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Aufl., 1993, 479 ss.

¹⁶¹ P. GROSSI, *Unità giuridica europea*, cit., 52: «la prima voce netta, che viene da una esperienza come quella medievale caratterizzata da un diritto senza Stato, è sicuramente che la giuridicità è connessa alla società. Allo Stato sono speculari le branche giuridiche strettamente legate all'esercizio della sovranità (un esempio: il diritto amministrativo; un altro: il diritto penale)».

prestarsi adesione nella misura in cui – al nocciolo – essa dequota conquiste di civiltà come la separazione dei poteri e il principio di legalità; ovvero sminuisce traguardi sì irraggiungibili nella loro compiutezza, ma da perseguire comunque, come la certezza del diritto.

È forse il metodo ciò che più rapprossima quelle *Wirkungsgeschichten* sul crinale ermeneutico¹⁶² che unisce Messkirch con Magonza, l'Ultimo Sciamano¹⁶³ con l'Allievo Fedelissimo.

Non posso certo esprimermi sullo strumentario che ci ha offerto Gadamer, né sui suoi *loci* più celebri. Non ne ho competenza. Ma mi sarà consentito ricordare alcuni suoi passi. Un paio soltanto.

Traggo il primo dalla *Selbstdarstellung*, che ho già ricordato: «Molti hanno visto e vedono in questa filosofia ermeneutica un rifiuto della razionalità metodologica. Molti altri, soprattutto da quando l'ermeneutica è diventata una parola di moda e qualsiasi "interpretazione" vuole chiamarsi ermeneutica, abusano della parola e del motivo per cui avevo preso la parola, così da vedere in essa una nuova dottrina del metodo con la quale di fatto *legittimare un'ambiguità metodologica o una copertura ideologica*»¹⁶⁴.

L'altro passo, pur caro a Luigi Mengoni¹⁶⁵, splendido nella sua concisione: «La questione è anche come si possa sfuggire *all'incantesimo dei propri preconcezioni*»¹⁶⁶.

¹⁶² P. GROSSI, *Unità giuridica europea*, cit., 54: «scienza e prassi applicativa hanno goduto di una duplice e giustificatissima rivalutazione: teorica, con la notevole riflessione ermeneutica, che ha ridicolizzato il giudice bocca della legge o il maestro di diritto quale esegeta [...]».

¹⁶³ A. GNOLI, F. VOLPI, *L'ultimo sciamano. Conversazioni su Heidegger*, Bompiani, Milano, 7, i quali attribuiscono la paternità dell'appellativo a Karl Löwith.

¹⁶⁴ H.-G. GADAMER, *Selbstdarstellung*, cit., 494 ss. «Denn viele sahen und sehen in dieser hermeneutischen Philosophie eine Absage an methodische Rationalität. Viele andere, insbesondere seit Hermeneutik ein Modewort geworden ist und eine jegliche >Interpretation< sich Hermeneutik nennen möchte, mißbrauchen das Wort und die Sache, für die ich das Wort ergriffen hatte, umgekehrt derart, daß sie darin eine neue Methodenlehre sehen, mit der sie in Wahrheit *methodische Unklarheit oder ideologische Bemäntelung legitimieren*» (ho aggiunto il corsivo qui e nel testo).

¹⁶⁵ L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica*, cit., 19, che però verte con «rompere il "cerchio delle proprie private presupposizioni"», che mi appare meno evocativo.

¹⁶⁶ H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 273: «Hier fragt es sich genauso, wie man *aus dem Bannkreis seiner eigenen Vormeinungen überhaupt herausfinden soll*» (anche qui ho aggiunto il corsivo). Nella sua traduzione (il passo è a 557) Vattimo verte così: «uscire dal cerchio delle proprie presupposizioni». Strano: Mengoni e Vattimo ignorano dunque – entrambi – «Bann»: che a me pare invece la parte della parola più densa di significato evocativo.

Bann, dice Gadamer: cioè (anche) «incantesimo»; da cui *Bann-kreis*, «cerchio magico», «avvolgente malìa»¹⁶⁷.

Gadamer è molto attento nel metterci in guardia da quest'altra Sirena, così tentatrice: «Nel processo di comprensione avviene una vera e propria fusione di orizzonti per cui l'orizzonte storico, col formarsi, genera allo stesso tempo il suo superamento. Chiamiamo l'esecuzione *controllata*¹⁶⁸ di tale fusione la *vigilanza* (*Wachheit*)¹⁶⁹ sulla consapevolezza

¹⁶⁷ Pierangelo Buongiorno mi segnala una coincidenza, abbastanza singolare. *Bannkreis* compare in una delle poesie più verticali, assolute di Paul Celan, *Und mit dem Buch aus Tarissa*: «[...] streunend/im Bannkreis erreichter/Ziele und Stelen und Wiegen» («[...] errando/nel cerchio magico/di mete e steli e culle raggiunte»). Impossibile descriverla: è il vedere ontologico del Poeta (e dell'Europa) fra costellazioni celesti che si specchiano su, e sono esse stesse, luoghi della vita di Celan e della tragedia a mezzo del secolo. Celan: l'uomo, pur sradicato dalla sua terra e i cui genitori erano stati inghiottiti dai campi concentrazionari, che il 26 luglio 1967 accetta di incontrare il Maestro di Gadamer. Heidegger però non gli dirà la tanto attesa Parola di Pentimento per la sua lontana compromissione nazista. Celan scrive allora *Todtnauberg*, l'elegia di quell'incontro così dolente e inutile.

¹⁶⁸ J. GRONDIN, *La fusion des horizons*, cit., 410: «Mais le second moment de l'analyse de Gadamer est qu'il y a aussi lieu de contrôler cette fusion. Il parle expressément d'un exercice « contrôlé » de la fusion des horizons. Il y a là un problème épineux, si ce n'est une aporie: peut-on vraiment contrôler un événement? L'événement reste-t-il un événement s'il est le résultat de contrôle? Où doit tomber l'accent, sur l'idée d'événement ou celle d'un contrôle? Il ne faut pas être un spécialiste patenté de Gadamer pour reconnaître que l'idée de « contrôlé » n'est pas la plus gadamérienne du monde. Elle a partie liée avec l'idée de méthode que Gadamer considère avec une certaine distance (non pas, il faut toujours le rappeler, parce qu'il a quelque chose contre la méthode, ce qui serait étrange, mais parce qu'il est d'avis qu'elle ne rend pas entièrement justice à la réalité de la compréhension). Il n'empêche: lorsqu'il parle d'une fusion « contrôlée », il paraît donner dans une conception un peu positiviste du comprendre, selon laquelle la fusion des horizons est une « mauvaise chose ». Il se confirme par là que la « mauvaise » fusion des horizons ne disparaît pas totalement chez Gadamer» («Ma il secondo momento dell'analisi di Gadamer è che c'è anche la necessità di controllare questa fusione. Parla espressamente di un esercizio "controllato" di fusione di orizzonti. C'è un problema spinoso, se non un'apologia, qui: si può davvero controllare un evento? L'evento rimane un evento se è il risultato di un controllo? Dove porre l'accento, sull'idea di evento o su quella di controllo? Non occorre essere esperti di Gadamer per riconoscere che l'idea di "controllo" non è la più gadameriana del mondo. È legato all'idea di metodo, che Gadamer considera con una certa distanza (non, va sempre ricordato, perché abbia qualcosa contro il metodo, il che sarebbe strano, ma perché ritiene che non renda pienamente giustizia alla realtà della comprensione). Tuttavia, quando parla di una fusione "controllata", sembra adottare una visione un po' positivista della comprensione, secondo la quale la fusione degli orizzonti è una "cosa negativa". Questo conferma che la "cattiva" fusione degli orizzonti non scompare completamente in Gadamer»).

¹⁶⁹ Come il controllo, anche la vigilanza sull'interpretazione è cruciale nel pensiero del

della storia degli effetti. Sebbene questo compito sia stato oscurato dal positivismo storico-estetico sulla scia dell'ermeneutica romantica, esso è in realtà il problema centrale dell'ermeneutica in generale. È il problema dell'*applicazione*, che è insito in ogni comprensione»¹⁷⁰.

Si deve vigilare per evitare una cattiva fusione, dunque una cattiva

filosofo, che non trova tuttavia una centratura lessicale, pur restando comunque – ermeneuticamente, appunto – nell'impreciso. Ascoltiamo il commento di J. GRONDIN, *La fusion des horizons*, cit., 412: «È interessante notare che Gadamer ha modificato in qualche modo il testo sulla fusione degli orizzonti nell'ultima edizione di *Verità e metodo*, apparsa nelle *Opere complete* nel 1986. Laddove il testo diceva che l'esercizio controllato della fusione degli orizzonti era il "compito" (*Aufgabe*) della coscienza del lavoro della storia, il testo del 1986 dirà prima che questa fusione controllata sarà la *Wachheit*, la "vigilanza" della coscienza del lavoro della storia. Come comprendere questo passaggio dal compito alla vigilanza, dall'*Aufgabe* alla *Wachheit*? Si tratta di una questione delicata, ma Gadamer avrà senza dubbio voluto attenuare il carattere un po' positivista del suo testo iniziale, che aveva suscitato tante polemiche. Va notato, tuttavia, che non ha toccato la prima parte della frase, che parlava di un esercizio "controllato" della fusione degli orizzonti. Questo esercizio controllato ha ancora senso, ma non richiede tanto un "compito" quanto una "vigilanza". Questo perché non è mai certo che riesca perfettamente, perché c'è sempre una quota di rischio, e di auto-rischio, in qualsiasi intesa. Per quante precauzioni si possano prendere, nessuno sarà mai al sicuro dalla "cattiva fusione degli orizzonti", che conferma così la sua discreta persistenza nel pensiero di Gadamer» («Il est intéressant de remarquer que Gadamer a quelque peu modifié le texte consacré à la fusion des horizons dans la dernière édition de *Vérité et méthode*, celle qui a paru dans les *Ceuvres complètes* en 1986. Là où le texte disait que l'exercice contrôlé de la fusion des horizons était la «tâche» (*Aufgabe*) de la conscience du travail de l'histoire, le texte de 1986 dira plutôt que cette fusion contrôlée sera la *Wachheit*, la «vigilance» de la conscience du travail de l'histoire. Comment comprendre ce passage de la tâche à la vigilance, de l'*Aufgabe* à la *Wachheit*? Question délicate, mais Gadamer aura sans doute voulu atténuer le caractère un peu positiviste de son texte initial, qui avait suscité autant de controverses. Il faut noter cependant qu'il n'a pas touché à la première partie de la phrase qui parlait d'un exercice «contrôlé» de la fusion d'horizons. Cet exercice contrôlé reste tout à fait sensé, mais il appelle moins une «tâche» qu'une «vigilance». C'est qu'elle n'est jamais sûre de réussir parfaitement, car il y a toujours une part de risque, et de risque de soi, en toute compréhension. On a beau prendre toutes les précautions que l'on voudra, nul ne sera jamais à l'abri de la «mauvaise fusion des horizons», laquelle confirme ainsi sa discrète persistance au sein de la pensée de Gadamer»).

¹⁷⁰ H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 312 (trad. it. 635): «Im Vollzug des Verstehens geschieht eine wirkliche Horizontverschmelzung, die mit dem Entwurf des historischen Horizontes zugleich dessen Aufhebung vollbringt. Wir bezeichnen den kontrollierten Vollzug solcher Verschmelzung als die Wachheit des wirkungsgeschichtlichen Bewußtseins. Während von dem ästhetisch-historischen Positivismus im Gefolge der romantischen Hermeneutik diese Aufgabe verdeckt worden war, liegt hier in Wahrheit das zentrale Problem der Hermeneutik überhaupt. Es ist das Problem der *Anwendung*, die in allem Verstehen gelegen ist».

2/2022

interpretazione-applicazione. Qui ha qualcosa d'importante da dirci Jean Grondin: «Da questa idea si possono dedurre due cose. In primo luogo, scopriamo che in una "fusione", le cose (o le tradizioni) fuse si metamorfosano per fare spazio a qualcos'altro. Tutti sanno che questa idea di metamorfosi (*Verwandlung*) non è estranea alla nozione gadameriana di comprensione. La fusione degli orizzonti di Gadamer sarà anche l'occasione di una "nuova nascita", che metterà in evidenza il carattere unico, "avvenimentale" della comprensione, e la trasformazione che essa implica. In secondo luogo, si può sottolineare che l'idea di fusione presuppone anche un certo calore e una certa luce. Possiamo quindi dire che c'è "fusione" quando c'è una fiammata, quando si accende una luce. In metallurgia, non c'è fusione senza scintille, senza fiamme. Lo stesso vale probabilmente per la comprensione, da sempre associata all'idea di luce. Quando si capisce, si accende una luce, anche se solo per un momento. Così, si potrebbe dire, nel fuoco della comprensione, colui che comprende arriva a "fondersi" con ciò che comprende. La luce a volte è così intensa da accecarci. L'elettricista che "fonde" due metalli deve indossare un casco per proteggersi. La fusione non è mai priva di rischi»¹⁷¹. Il motivo è evidente: «se interpreto il passato a partire dal presente, posso quindi soccombere a quella che si può definire una cattiva "fusione di orizzonti", nel senso che non sento quello che il testo o l'altro mi sta dicendo, ma solo quello che voglio sentire»¹⁷².

¹⁷¹ J. GRONDIN, *La fusion des horizons*, cit., 405: «Deux choses sont à retenir de cette idée. On découvre, premièrement, que dans une «fusion», les choses (ou les traditions) fusionnées se métamorphosent pour faire place à autre chose. Chacun sait que cette idée de métamorphose (*Verwandlung*) n'est pas étrangère à la notion gadamérienne de compréhension. La fusion d'horizons chez Gadamer sera aussi l'occasion d'une «nouvelle naissance», qui viendra mettre en évidence le caractère unique, «événementiel», du comprendre, et de la transformation qu'il implique. Deuxièmement, on peut souligner que l'idée de fusion présuppose aussi une certaine chaleur et une certaine lumière. On peut ainsi dire qu'il y a «fusion» lorsqu'il y a un brasier, lorsqu'une lumière s'allume. En métallurgie, il n'y a pas de fusion sans étincelles, sans flammèches. Sans doute est-ce aussi vrai de la compréhension, depuis toujours associée à l'idée de lumière. Lorsque l'on comprend, une lumière s'allume, même si ce n'est que pour un instant. C'est ainsi, pourrait-on dire, que dans le feu de la compréhension, celui qui comprend en vient à se «fusionner» avec ce qu'il comprend. La lumière peut être si vive parfois qu'elle en vient à nous aveugler. L'électricien qui «fusionne» deux métaux doit d'ailleurs porter un casque pour se protéger. La fusion ne va jamais sans risques».

¹⁷² J. GRONDIN, *La fusion des horizons*, cit., 406: («Si j'interprète le passé à partir du présent, je peux donc succomber à ce que l'on peut appeler une mauvaise «fusion des horizons» au sens où je n'entends pas ce que le texte ou l'autre me dit, mais seulement ce que je veux entendre»).

Ignoro, purtroppo, se i criteri per distinguere una buona da una cattiva fusione siano stati individuati, e con la precisione necessaria.

Nel frattempo si può contemplare con poco rammarico l'archiviazione della stagione filosofica post-moderna¹⁷³ (con i suoi derivati, anche giusteurici), consapevoli tuttavia dell'importanza del lascito ricevuto: «il nuovo realismo non è affatto una filosofia antiermeneutica, come i suoi avversari spesso sostengono. I realisti sanno bene che un pezzo importantissimo nel mondo, e cioè la sfera sociale, non può darsi senza interpretazione, e che l'interpretazione può essere ricerca della verità e non immaginazione al potere»¹⁷⁴.

Continuo però a ritenere sommessamente, rasserenato proprio da Gadamer, che possono esserci interpretazioni *certamente* «cattive», tali perché *rifiutate* dal testo oggetto da interpretare¹⁷⁵. Rubo da Eco, mentore di un realismo *negativo*: «non sapremo mai definitivamente se una interpretazione è giusta ma sappiamo con certezza quando non tiene»¹⁷⁶.

Forse è da queste piccole conquiste che si deve ripartire.

¹⁷³ M. DE CARO, M. FERRARIS (per cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012. Anche in piena stagione post-moderna c'erano sparute voci realiste; ma – dicono argutamente i curatori – gli ermeneutici si spiegavano la singolare cosa poiché quei dissidenti erano concentrati in Australia, ovvero «un continente tanto "isolato ed evolutivamente marginale", che vi potevano ancora prosperare "realisti e marsupiali". [...] solo vent'anni fa il realismo era considerato in esotismo, al pari di canguri e di koala» (M. DE CARO, M. FERRARIS, *Nuovo realismo e vecchia realtà*, in M. DE CARO, M. FERRARIS (per cura di), *Bentornata realtà*, cit., V).

¹⁷⁴ M. DE CARO, M. FERRARIS, *Nuovo realismo*, cit., VII.

¹⁷⁵ Osservazione che, naturalmente, vale anche per l'interpretazione nel dominio del diritto amministrativo. Lo nota, per esempio, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, vol. I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012, 255, secondo cui l'interpretazione «non configura un'operazione libera né incontrollabilmente arbitraria, in quanto resta [...] circoscritta dal testo inteso come limite invalicabile [...] che separa le interpretazioni ammissibili, per quanto numerose e più o meno plausibili, dal novero delle interpretazioni inammissibili». Ancora Monteduro (248): «l'interpretazione teorica (in generale e, dunque, anche in relazione al provvedimento amministrativo) [ha] un *duplice ruolo*: in primo luogo, quello di *selezionare i significati possibili* (escludendo dalla cornice i significati di impossibile ascrizione a un dato testo); in secondo luogo, quello di consentire all'interprete, *tra i significati possibili, di orientarsi verso i significati preferibili*» (corsivi nell'originale).

¹⁷⁶ U. ECO, *Di un realismo negativo*, in M. DE CARO, M. FERRARIS (per cura di), *Bentornata realtà*, cit., 91 ss., spec. 110. Splendido l'esempio che Eco fa: puoi interpretare in mille e mille modi *Finnegans Wake*, ma non puoi sostenere che Joyce parli di una ben nota contessa russa che si uccide sotto un treno.