



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza

Anno Accademico 2021/2022

LE FONTI DEL DIRITTO POSITIVO E LA GIURISPRUDENZA
DELLE CORTI: UN'ANALISI DELLA PROSPETTIVA
PROCESSUALE DEL DIRITTO DI ENRICO OPOCHER E DEI SUOI
ALLIEVI PATAVINI

Relatore:

Prof. Alberto Berardi

Laureando:

Cristiano Moretto

Matricola 1141625

INDICE

Introduzione	5
1) CAPITOLO I: La prospettiva processuale del diritto di Enrico Opocher	
1.1 La prospettiva processuale del diritto: uno sguardo al pensiero di Giuseppe Capograssi	9
1.2 La natura controversiale dell'esperienza in Opocher.....	11
1.3 Il diritto come valore.....	13
1.4 Il rapporto tra processo e verità: la fallacia della verificabilità.....	19
1.5 La procedura dialettica nella prospettiva processuale del diritto.	21
1.6 La dialettica del contraddittorio e il ruolo del fatto concreto nell'attività d'interpretazione giudiziale.....	23
1.7 Le teorie analitica ed ermeneutica dell'interpretazione.	29
1.8 La centralità del fatto concreto nell'attività d'interpretazione.	33
1.9 La giurisprudenza quale fonte del diritto	35
2) CAPITOLO II: Le geometrie legali	
2.1 La struttura del sapere geometrico	37
2.2 L'ipotesi dello stato di natura e la legge come comando del più forte: agli albori del diritto positivo	41
2.3 Kelsen e la dottrina pura del diritto.....	45
2.4 L'aporia della Norma Fondamentale	49
2.5 Virtualità e realtà dell'ordinamento nelle geometrie legali.....	53
2.6 Il ruolo del giurista delle geometrie legali e la necessaria svolta metodologica nell'approccio alle relazioni intersoggettive.	57

3) CAPITOLO III: La prospettiva processuale in Francesco Gentile. Il processo come luogo di ordinamento delle relazioni intersoggettive.....	61
3.1 La svolta metodologica introdotta da Francesco Gentile: il concetto di autonomia personale all'origine dell'ordinamento giuridico.....	61
3.2 L'essere dell'uomo è essere nella relazione: la dialettica tra relazione intersoggettiva e relazione intra-soggettiva	67
3.3 Il conflitto e la controversia: dalla volontà di dominio alla rappresentazione del <i>suum</i> di ciascuno.	73
3.4 Il ruolo del diritto positivo nella traduzione del conflitto in controversia	75
3.5 La trasformazione del conflitto in controversia: la giurisprudenza quale fonte del diritto naturale.	77
4) CAPITOLO IV: La giustizia politicizzata: un'analisi diacronica dell'operato delle nostre Corti	81
4.1 Il soggettivismo politico ieri e oggi: uno sguardo a <i>Intelligenza politica e ragion di stato</i> di Francesco Gentile.....	81
4.2 L'attualità delle riflessioni di Francesco Gentile: tra giurisdizione e legislazione	87
4.3 Le particolarità della giurisprudenza costituzionale: tra vocazione legislativa e vocazione giurisdizionale.....	101
4.4 La giurisdizione potente: una conferma.....	107
Conclusioni	113
Ringraziamenti	117
Bibliografia	119
Indice cronologico della giurisprudenza	121

Introduzione

Con questo elaborato si vuole riflettere in merito alle fonti del diritto dell'ordinamento giuridico italiano, leggendo il rapporto che sussiste tra giurisdizione e legislazione con gli occhiali della prospettiva processuale del diritto. Essa è un argomento peculiare caratterizzante il pensiero di Enrico Opocher, ma sarà tema di grande interesse anche per i suoi allievi patavini, Francesco Cavalla e Francesco Gentile in particolare. La prospettiva processuale del diritto si traduce *“in un modo particolare di interpretare il rapporto tra tre elementi [...] considerati costitutivi appunto dell'esperienza giuridica: norma, azione tipica, giudizio.”*¹ Si cercherà di comprendere la compatibilità di una teoria del diritto processualmente orientata, con un ordinamento, quale quello italiano, fondato sui principi costituzionali di separazione dei poteri e di sottoposizione del giudice alla legge. Ciò che mi ha spinto all'approfondimento di questo tema è – ed è un obiettivo che condivido con i principali autori che hanno sostenuto la prospettiva processuale del diritto – la ferma convinzione che la forza non sia l'unico criterio di disciplina dei rapporti intersoggettivi. Il rifiuto della forza come criterio di ordinamento delle relazioni intersoggettive sarà l'esito di un percorso, che ci porterà a contatto con le aporie del normativismo kelseniano, con le contraddizioni dello scetticismo e dell'individualismo, e con alcune problematiche riguardanti l'interpretazione giudiziale. Sarà necessario, inoltre, approcciare le questioni che sorgeranno, interne alla contrapposizione tra prospettiva processuale del diritto e normativismo, da un punto di vista metodologico, vagliando la possibilità di approcciarsi al fenomeno delle relazioni intersoggettive mediante l'uso del metodo scientifico. È necessario sin d'ora precisare che il presente studio è volto a confrontarsi con l'operato concreto delle Corti italiane, con l'obiettivo di riflettere in merito alla relazione esistente tra legislazione e giurisdizione, tra legge e sentenza. Un elemento costante che si ritroverà nelle pagine che seguono è l'attenzione per quel fenomeno, non nuovo come si potrà appurare in seguito, che vede la giurisprudenza quale fonte del diritto. Ne cercheremo di comprendere le caratteristiche, le motivazioni e le origini, analizzando gli apporti che a questo fenomeno possono essere conferiti dalla prospettiva processuale del diritto.

Nel primo capitolo si introdurrà la prospettiva processuale del diritto di Enrico Opocher, così come proposta e analizzata da Francesco Cavalla. Si mostrerà la fecondità del

¹ F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova, 1991, p. 2.

concetto di valore – all'interno dell'esperienza giuridica così come concepita da Opocher – il quale attribuisce alla prospettiva processuale del diritto caratteri peculiari. Inoltre, ci si soffermerà sui limiti della prospettiva processuale del diritto opocheriana, nel tentativo, seguendo fedelmente l'insegnamento di Francesco Cavalla, di superarli.

Nel secondo capitolo ci si soffermerà sulle teorie del diritto che possono ricondursi al concetto di normativismo: si studieranno quegli autori che vedono nella norma, nel comando del più forte, gli intrinseci e originari caratteri della giuridicità, l'elemento primo e originario che identifica il diritto. Particolare attenzione sarà dedicata alla scelta, da parte di alcuni autori, in particolare Thomas Hobbes e Hans Kelsen, di sottoporre il fenomeno delle relazioni intersoggettive al vaglio del sapere *geometrico*, servendosi del metodo ipotetico-deduttivo. Si vedrà quale sia il ruolo e la funzione attribuite alla legislazione e alla giurisdizione da questi autori, soffermandosi sui limiti e sulle potenzialità di una teoria del diritto costruita mediante il metodo scientifico. In questo capitolo si proporrà una lettura critica delle costruzioni teoriche di questi autori: sarà dedicata maggior attenzione alla dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, evidenziandone le radici, le potenzialità, il fine e le eventuali contraddizioni.

Nel terzo capitolo saranno presentati i lineamenti della teoria processuale del diritto, così come declinata da Francesco Gentile, il quale anzitutto indicherà la via per una svolta di carattere metodologico. Ci si soffermerà sul concetto di ordinamento, scoprendo la necessità di confrontarsi con il concetto gentiliano di autonomia personale, il quale ci permetterà di apportare un importante sviluppo alla prospettiva processuale del diritto presentata da Opocher. Sarà, inoltre, approfondito il ruolo del diritto positivo all'interno di una teoria del diritto processualmente orientata, unitamente al ruolo del giudice, comportando una diversa lettura anche del fenomeno della giurisprudenza quale fonte del diritto.

Nel quarto capitolo sarà necessario confrontarsi con l'operato delle nostre Corti, verificando gli aspetti critici e le considerazioni che si potranno spendere in merito all'opera dell'odierna giurisprudenza, al netto delle riflessioni svolte in merito alla prospettiva processuale del diritto. Ci soffermeremo sulle criticità dell'atteggiamento della giurisprudenza contemporanea, ricercandone la distanza rispetto al ruolo ad essa assegnato, sia dagli esponenti del normativismo, sia dagli autori che propongono una

teoria del diritto processualmente orientata. Ci serviremo di un approccio diacronico, vagliando l'attualità delle riflessioni di Francesco Gentile in merito alla giurisprudenza operante negli anni '70 del secolo scorso. Infine, la breve analisi di alcune sentenze delle nostre Corti di merito e di legittimità permetterà uno studio più accurato dei tratti caratterizzanti l'odierna giurisprudenza, verificandone l'eventuale vocazione creativa.

Il presente studio si prefigge di studiare l'essenza della giurisdizione nel nostro ordinamento, enucleando i caratteri problematici e gli aspetti positivi che segnano l'operato giurisprudenziale delle nostre Corti. La vocazione creativa della giurisprudenza, sempre più accusata di essere una fonte del diritto – in un ordinamento fondato sui principi di separazione dei poteri e di sottoposizione del giudice alla legge com'è il nostro – è un fenomeno che non può essere più trascurato, e la prospettiva processuale del diritto può essere la chiave di lettura, per mezzo della quale diviene possibile concepire la giurisprudenza quale fonte del diritto, senza porsi in antitesi con i principi costituzionali cui si ispira il nostro ordinamento giuridico.

CAPITOLO I: LA PROSPETTIVA PROCESSUALE DEL DIRITTO

La prospettiva processuale del diritto: uno sguardo al pensiero di Capograssi

I tre elementi, ancorché variamente configurati, considerati costitutivi dell'esperienza giuridica sono: norma, azione e giudizio. La differente definizione di ognuno degli elementi, singolarmente e in rapporto con gli altri due, comporta altrettanto differenti configurazioni del fenomeno che è l'esperienza giuridica. In questa sede, cercherò di riflettere su quella concezione dell'esperienza giuridica, la quale conferisce primaria importanza all'elemento del giudizio. Prendo le mosse dalle parole di Francesco Cavalla:

Dunque, il fenomeno che possiede intrinseci ed originari i caratteri della giuridicità – e conferisce quindi giuridicità a tutti gli altri fenomeni che vi si connettono strutturalmente – è il giudizio: non la norma, non un tipo di azioni².

Cavalla con queste parole introduce la prospettiva processuale del diritto di Enrico Opocher, per anni Professore ordinario nella cattedra di Filosofia del diritto dell'Università di Padova. È la prospettiva processuale del diritto assunta da quest'ultimo che ora mi accingo ad approfondire.

Senza dubbio, il filosofo trevigiano trovò feconda ispirazione in Giuseppe Capograssi, suo maestro, il pensiero del quale fornisce diversi spunti per lo sviluppo della prospettiva processuale in Opocher. In Capograssi il processo “*dal punto di vista cronologico, è l'ultimo di una serie di fenomeni giuridicamente qualificabili; però, dal punto di vista logico ed ontologico, il processo si presenta come l'evento primo, originario*”³. Come si evince da queste parole, fondamentale, per comprendere le basi della prospettiva processuale di Capograssi, è la sua concezione del tempo. Nel pensiero comune v'è una visione elementare del concetto di tempo: si ritiene che tra due eventi verificatisi in momenti diversi intercorra una ‘distanza misurabile’ di tempo che non altera la consistenza ontologica degli eventi stessi, come accade per la dimensione spaziale. Capograssi rifiuta tale concezione spazializzata del tempo, concepandone un'altra: “*quella che si forma nella coscienza quando questa considera il tempo, non già come una dimensione del mondo esterno, conoscibile analiticamente, ma come un aspetto,*

² F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*. Padova, CEDAM, 1991, p. 4.

³ F. Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 9.

inseparabile da tutti gli altri, della propria attività"⁴. Così concepita, la dimensione temporale è un aspetto dell'attività della coscienza del soggetto, non una grandezza esterna quantitativamente misurabile e isolabile. La coscienza trattiene simultaneamente una rappresentazione dei due fenomeni separati nel tempo, e tale rappresentazione non si esaurisce, anzi, dura: *"la memoria di eventi passati si costituisce sempre per continuare oltre ogni segmentazione della sua durata"*⁵. Secondo Capograssi poi, la memoria non mantiene i ricordi perfettamente integri: dovendo accogliere ogni istante nuove rappresentazioni di eventi, si sviluppa un'attività nella quale *"la considerazione di ciascun elemento condiziona quella degli altri e muta con l'incrementarsi e con il mutare continuo della visione dell'insieme"*⁶. Questa riflessione sul tempo ci aiuta a comprendere il fondamento della prospettiva processuale in Capograssi: se si considera che tra l'accadimento dei fatti e la loro riproposizione a processo, tra la creazione delle norme e la sentenza, tra questa e la descrizione dei fatti, scorre il tempo con il quale agisce la coscienza, la quale sintetizza e trasforma gli eventi trascorsi, allora il processo è l'evento capace di attribuire contorni specifici a norme e fatti⁷. Se assumere rilevanza giuridica significa tentare il superamento del conflitto intersoggettivo, che è la funzione del diritto per Capograssi, evento ontologicamente primo dell'esperienza giuridica è il processo. Ciò si comprende primariamente grazie alla concezione coscienziale del tempo del filosofo di Sulmona.

Questo accenno al pensiero di Capograssi, si rivela fondamentale per procedere ora nella riflessione che svolgerò sulla prospettiva processuale del diritto di Enrico Opocher.

⁴ *Ivi*, p. 11.

⁵ *Ivi*, p. 12.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*

La prospettiva processuale del diritto in Enrico Opocher: la natura controversiale dell'esperienza

L'originalità della prospettiva processuale di Opocher sta nell'essere fondata sulla concezione del valore. Sulla configurazione del valore in Opocher è perciò necessario soffermarsi, dovendo innanzitutto sondare la via che ha portato il filosofo a riflettere su tale concetto. Il percorso parte da un necessario riconoscimento: *“la forza non costituisce l'unico criterio per disciplinare i rapporti intersoggettivi”*⁸. Approfondirò nel secondo capitolo le teorizzazioni che pongono la forza come unico criterio per dirimere i conflitti intersoggettivi. Tuttavia, sin d'ora, per comprendere la riflessione intorno al concetto di valore, si rivela necessario accennare alle posizioni criticate dal filosofo Padovano.

La tesi scettica dev'essere per prima presa in considerazione, in quanto concezione che *“riconduce lo sviluppo dell'esperienza sociale interamente all'effetto di tecniche efficaci, cioè manifestazioni della forza”*⁹. I rapporti intersoggettivi sono meri fatti, così come ogni altra realtà, la quale esiste solo in quanto composta da fenomeni spazio-temporali. Non c'è niente di essenzialmente vero, tranne il presupposto di partenza della tesi stessa, dogmaticamente assunto come stabile e universale. Qualsiasi dichiarazione, quindi, è ridotta a mero fatto, opinione infondata, meno che l'assunto di partenza della posizione scettica, il quale invece ha i caratteri della verità. Inoltre, è questa una posizione che presuppone la conoscenza dell'intero, dal momento che assume che la realtà tutta sia riconducibile a meri fenomeni fattuali¹⁰. Se non fosse che *“ciò che è conoscibile è, per definizione, oggetto rispetto al pensiero; ma ciò che è pensato come oggetto non può mai possedere la struttura dell'intero, poiché, quantomeno, non comprende in sé il soggetto che lo pensa”*¹¹. Rivelata la contraddittorietà del nulla sapere, ci si deve soffermare sulla tesi apparentemente opposta: il tutto sapere. Mi riferisco alla posizione individualistica, per cui ogni uomo ha per acquisita la capacità di conoscere, autonomamente, il vero e il bene: *“l'organizzazione sociale [...] dipende interamente da un giudizio e da un atto di volontà dei singoli”*¹². Anche in questo caso si parte dalla presunzione, indimostrabile, di poter conoscere l'intero, riducendo quest'ultimo ad oggetto del pensiero. Tale

⁸ Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 16.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ivi*, p. 17.

¹² *Ivi*, p. 18.

presunzione è implicata dall'assunto dell'insindacabilità di ogni sapere particolare, il quale tuttavia, proprio per la precedentemente evidenziata impossibilità di conoscere l'intero, è sempre discutibile ed interlocutorio. In una concezione siffatta dell'essere umano, l'organizzazione sociale inevitabilmente si regola sulla base di rapporti di forza: le volontà sono tutte, per definizione, insindacabili, perciò prevarrà quella più forte.

Rifiutate, perché contraddittorie, le diverse concezioni che vedono nella forza il criterio per la disciplina dei rapporti sociali, Opocher ricerca una via per uscire dall'impasse. Ed è nella sua originale concezione del valore che l'autore trova l'alternativa allo stallo, causato dalle concezioni appena rifiutate. A questo punto, gli uomini

*si rivelano tanto strutturalmente bisognosi di vero e di bene, e perciò votati a cercarlo, che nessuno può, in linea di principio, rinunciare a domandare, e incessantemente, all'altro il fondamento di ogni parola pronunciata*¹³.

Nella fisiologica tendenza umana alla ricerca e alla domanda, nell'indisponibilità della conoscenza per solo atto di volontà, Opocher individua l'esistenza di un principio, sempre presente, il quale non può essere ridotto a fenomeno, non può regolarsi sulla base della forza. Nemmeno il diritto, quindi, può essere identificato con il comando del più forte. Opocher nelle sue lezioni ricorre ad un'espressione lapidaria: *"non si può abbandonare il diritto al potere"*¹⁴. La funzione del diritto si realizza, a patto di non configurare il diritto come il comando di una volontà sovrana, imposto con la forza. Perché, è bene precisarlo sin d'ora, funzione del diritto è fondare un discorso comune tra pretese opposte. E farlo non per imposizione forzata ma per il tramite di procedure razionali, le quali cerchino il comune nella diversità di ognuno, nel domandare e nel ricercare.

¹³ *Ivi*, p. 20.

¹⁴ E. Opocher, *Lezioni*, p. 272, cit. in F. Cavalla, *la prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, CEDAM, 1991, p. 21.

Il diritto come valore:

Il valore è

*un criterio autonomo, problematico – con il quale il soggetto valuta le regole incontrate e determina concretamente i singoli momenti dell’esperienza – [...]; è solo allora, quando si assume tale criterio, che si specifica l’idea di bene per la quale si forma la convinzione che uno scopo vada perseguito a differenza di altri.*¹⁵

Ed ancora: “*il valore è un modo di essere della coscienza*”¹⁶. Non si tratta solo di un criterio per preferire l’una scelta all’altra; non è soltanto il rispecchiarsi in una norma di comportamento. Esso è, e qui si percepisce la distanza dalla tesi individualistica del tutto sapere, la tendenza essenziale della coscienza a ricercare scopi diversi dalla soddisfazione dei bisogni primari. Il tentativo di stagliarsi, allontanarsi da quello che è il più evidente tratto della realtà fenomenica: il destino di morte. Ogni cosa appare votata a perire; perciò, ogni cosa appare come equivalente, non preferibile rispetto ad un’altra. Tuttavia, di fronte a questa stasi sconcertante, l’uomo comprende il valore della sua diversità dall’altro, la sua inclinazione a compiere azioni aventi una natura, sperabilmente, non transitoria. E cerca quindi un criterio per orientarsi tra le diverse possibilità d’azione. Un criterio che non releghi l’esperienza all’insieme dei fenomeni spazio-temporali. Questo criterio è, per Opocher, il valore: una caratterizzazione dell’attività della coscienza. Evidente il richiamo alla dimensione coscienziale dell’uomo, centrale anche nella riflessione di Capograssi sulla dimensione temporale. Questa caratterizzazione, volta a superare la caducità dei fenomeni, è fondata non su un capriccio emotivo o psicologico; essa ha una base razionale: l’uomo, nel riconoscere la presenza di un principio trascendente, perciò inobiettivabile, non può considerare sé stesso e ciò che fa come meri fenomeni, cercando e ricercando, nel tentativo di cogliere il principio, determinazioni del vero e del bene¹⁷.

Perciò, a fondare il concetto di valore, come criterio direttivo della coscienza, è il tentativo di stagliarsi dalla caducità. Tuttavia, se si è appurato che il valore ci spinge verso l’assoluto, tramite continue determinazioni del vero e del bene, è altrettanto vero che esso non si identifica con una regola dedotta dall’assoluto, non conoscibile. La posizione del

¹⁵ Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 31.

¹⁶ E. Opocher, *Lezioni*, p. 283, cit. in F. Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 32.

¹⁷ *Ivi*, p. 31-35.

singolo in cui si esprime il valore, scelta volta a raggiungere certi risultati, è quindi sempre contrastabile da una posizione diversa, di un altro soggetto. La scelta nella quale si esprime il valore ha la natura di una pretesa, incapace di togliere quelle ad essa opposte¹⁸. Ecco spiegato il sorgere dell'esperienza controversiale. L'uomo si ritrova a dover fare i conti con il diverso, con una diversa declinazione del valore, ineliminabile. Eppure, proprio nella controversia, l'uomo esperisce quel momento di tensione non trascurabile che sta nell'opposizione tra la propria declinazione del valore e quella diversa dell'altro. Qui nella riflessione di Opocher si mostra la scelta metodologica, consistente del rifiuto di un'impostazione conoscitiva inserita nel paradigma del metodo scientifico, volto al dominio sui fenomeni:

il principio di ogni cosa, proprio perché non si riduce mai ad un oggetto di conoscenza e di dominio, si manifesta in atto come la realtà che consente la comunicazione tra le tesi opposte e, quindi, il reciproco riconoscimento, tra le parti, della diversità rispettiva delle posizioni. Cosicché i soggetti comprendono che una verità (o scopo) comune lega sempre i diversi discorsi, si sorprenderanno impegnati a determinare progressivamente la realtà comune per evitare la minaccia della violenza, per impedire che il detto particolare appaia semplicemente altro, diverso, incomprensibile e dunque insignificante¹⁹.

Un tratto significativo del pensiero Opocheriano si manifesta in quanto appena esposto: la problematicità come approccio alla conoscenza. Ciò è evidente nel configurare il contatto con il principio, nel manifestarsi degli opposti. E ciò diviene utile alla nostra riflessione, dal momento che, il manifestarsi degli opposti rende necessaria una controversia, la quale non è accidente da eliminare dall'esperienza, per il tramite di un atto violento, ma è essa stessa un valore. È quindi presente in Opocher l'impianto classico, presente in Cicerone ed Aristotele, della struttura controversiale dell'esperienza, laddove si manifesta la ricerca, dovuta ad un mancato possesso apriori, del criterio di organizzazione delle diverse posizioni individuali. Nella controversia, con la sua strutturale predisposizione al dialogo, le parti dovranno impegnarsi ad individuare un discorso comune, al netto del riconoscimento delle diversità dei propri valori. Questi ultimi si sostanziano proprio nel momento della controversia, capace essa di far assumere la natura di valore a ciò che può configurarsi come mera proposta soggettiva. Quanto

¹⁸ *Ivi*, p. 36.

¹⁹ *Ivi*, p. 38.

appena affermato, in Opocher, è il valore specifico della controversia: esso “è definibile come quel bene che è la salvaguardia della capacità, per l’uomo, di attuare autentiche, molteplici, continue, determinazioni del bene”²⁰. Tale capacità si manifesta solo nel momento dell’opposizione della pretesa soggettiva ad un’altra, diversa e non sopprimibile.

Riconosciuto il valore della controversia, essa va risolta. Il criterio di soluzione della controversia, esclusa l’opzione della forza, deve essere un criterio razionale. Ciò perché si tratta di un criterio volto al riconoscimento delle diversità che esistono tra le parti, definendo ciò che è loro comune, per il tramite di un procedimento logicamente controllabile. Tale procedura logica deve essere guidata da un terzo, non partecipe del conflitto e perciò non suscettibile di estenderlo, il quale espliciterà l’esito della controversia, una volta raggiunto. Le operazioni mentali, disposte in successione necessaria e controllabile, che compongono la procedura logica per giungere alla soluzione della controversia, sono quelle proprie della dialettica. Affronteremo in seguito le questioni che si mostrano in merito alla struttura della sentenza e ai caratteri che connotano la pronuncia del terzo, strettamente connessi al tema della ‘soluzione’ della controversia. Qui è sufficiente comprendere la centralità del ruolo del terzo, dal momento che la pretesa soggettiva attinge al valore solo nell’opposizione ad un’altra pretesa soggettiva. Il terzo avrà il compito di dire, esplicitare le condizioni per cui tesi opposte possono coesistere, senza che l’una annienti l’altra²¹. Sulla caratterizzazione della pronuncia del terzo come preferibile, rispetto alle pretese delle parti, ci soffermeremo in seguito.

La presenza del terzo e il suo ruolo precipuo all’interno della controversia sono, non presupposti assunti ipoteticamente, ma caratteristiche fisiologiche dell’esperienza (compresa quella giuridica) formulata attorno al concetto di valore. La controversia come valore è momento ineliminabile dell’esperienza, poiché solo nel contrapporsi con la diversità, la pretesa soggettiva può trasformarsi in autentica espressione del valore. Il carattere problematico delle singole pretese, la loro naturale spinta allo scontrarsi con pretese opposte altrui, dimostra la necessità della controversia stessa. Epperò, di fronte

²⁰ *Ivi*, p. 42.

²¹ *Ibidem*.

all'opposizione delle pretese, non potrà essere la sovrapposizione imposta con la forza dell'una sull'altra a rappresentare la soluzione della controversia. Servirà un soggetto, esterno al conflitto, il quale con il suo intervento riesca ad esplicitare quanto è emerso all'esito della procedura dialettica. Una controversia particolare, orientata a risolversi per l'intervento di un terzo, è il processo. Ed è questo, il processo, il luogo in cui, per Opocher, *“compare e può attuarsi quel valore specifico ed irrinunciabile che è il diritto”*²². Perciò, la struttura della controversia appena esposta, in quella forma particolare che è il processo, permette di identificare in quest'ultimo il *“momento originario e costitutivo dell'esperienza giuridica”*²³.

Deve essere ora approfondita la struttura della controversia-processo. A questo punto, diviene centrale il ruolo del giudice, quel terzo chiamato ad affermare ciò che è comune alle pretese opposte. Il suo ruolo è centrale, non perché sta a lui sovrapporsi alle parti, esprimendo una volontà esterna al conflitto, giustificata dal meccanismo della forza: il compito del giudice non è quello di esercitare un potere. Egli, perché le pretese delle parti attingano al valore, dovrà cercare, con criteri razionali, di determinare un discorso comune. Egli non deve stravolgere la struttura della controversia, costruita sull'opposizione delle pretese: egli dovrà anzi

*consentire che la contesa conservi la sua struttura autentica garantita dal fatto che, in essa, si enunciano le asserzioni che appaiono valide [...] per tutte le parti così che a ciascuna sia permesso di riconoscere la compresenza e la specifica diversità della posizione delle altre*²⁴.

Perciò il lavoro del giudice è un lavoro di conoscenza, uno sforzo razionale, volto a far sì che la pretesa di parte acquisti valore. In questo sforzo conoscitivo, la parte si troverà nella condizione di vedersi esplicitati i principi che essa deve accettare, per far sì che, all'esito del processo, la sua pretesa divenga valida anche per gli altri, diventando valore²⁵. In questa riflessione riecheggia il concetto di valore Opocheriano, strutturato attorno a quella tendenza umana allo stagliarsi, quella ricerca di ognuno a compiere azioni durevoli nel tempo, non caduche. Acquistando la pretesa individuale valore, anche per gli

²² *Ivi*, p. 46.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ivi*, p. 50.

²⁵ *Ibidem*.

altri, essa sarà valida durevolmente. Dunque, nella struttura processuale si realizza il valore del diritto, che è la possibilità per la pretesa di parte di vedersi attuata con i caratteri del valore, senza attingere al criterio della forza, non rinunciando a quella che è la naturale socialità dell'uomo. Il fine del diritto, il suo valore sta, a mio modo di vedere, all'interno della configurazione teorica di Enrico Opocher, nella compresenza delle diversità. Compresenza che ha in sé l'ineliminabile tendenza all'opporci delle diversità. Tuttavia, è proprio questo carattere ineliminabile dell'esperienza a rendere il diritto, inteso come valore, irrinunciabile. Ricostruita l'esperienza attorno al concetto di valore, riconosciuta la centralità della controversia nell'esistenza dell'uomo, il valore del diritto si concretizza nel *sum cuique tribuere*, in sede processuale, tramite atti razionali e non per l'esercizio di un imperio. Perché a ciascuno sia attribuito il suo, nella prospettiva del filosofo trevigiano, la posizione soggettiva di ognuno deve apparire degna di valore per tutti, all'esito della procedura dialettica propria del processo. In ciò si comprende la concezione processuale del diritto, inteso quest'ultimo da Opocher come un "*far valere*"²⁶, mostrare il valore della propria pretesa nel processo, così che essa sia un valore riconosciuto anche dall'altro, portatore di una pretesa opposta. Ciò non significa che la posizione dell'altro venga annichilita, anzi: anch'essa si mostrerà come dotata di valore, se e in quanto ciò emergerà all'esito della procedura dialettica svoltasi a processo.

²⁶ E. Opocher, *Lezioni*, p. 297, cit. in Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, p. 52.

Il rapporto tra processo e verità: la fallacia della verificabilità.

Ora, compresa la concezione del diritto come valore, è necessario chiedersi quali siano le caratteristiche della soluzione della controversia. Posto che essa viene definita da Opocher come *“la sentenza che formula i principi che appaiono degni di approvazione per tutte le parti”*²⁷, come si giunge a individuare tali principi? Opocher risponde perentoriamente: *“Il diritto esprime come propria peculiare giustizia quella del riconoscimento della verità: il suo ‘far valere’ è un far valere secondo verità”*²⁸. E ancora: *“‘La lotta per il diritto’ [...] si viene così rivelando come una lotta per la verità”*²⁹. Perciò, in Opocher, compito del giudice è dire la verità. Essa è l’oggetto della conoscenza cui è chiamato il giudice nel processo. Deve essere chiarito a quale concetto di verità faccia riferimento Opocher. Egli afferma:

*Ciò che interessa il diritto sono le piccole, quotidiane verità degli accadimenti, ciò che è avvenuto, che avviene e che potrà avvenire, nelle vicende degli uomini e, dunque, della loro storia... Il criterio del ‘far valere’ in cui si risolve il diritto è, dunque, quello della verità o, che è lo stesso, della conformità all’ordine oggettivo degli accadimenti ed in ciò consiste la ‘giustizia giuridica’*³⁰.

È quindi la verità del discorso descrittivo, quel discorso vero se i fenomeni in esso indicati sono esperibili da chiunque. In questi termini, può dirsi vero un discorso verificabile. Chiarito questo punto, il problema sta nella scelta metodologica alla base della concezione di verità in Opocher. Le proposizioni verificabili, quelle che costituiscono l’oggetto della conoscenza del giudice nell’ottica processuale esposta fin qui, non si possono mai considerare assolutamente indiscutibili. Esse presuppongono sempre un’ipotesi, a partire da quella della corrispondenza tra enunciato verbale e realtà oggetto della descrizione. Questa corrispondenza necessiterebbe di un termine terzo con il quale confrontare enunciati e realtà. Tuttavia, qualsiasi tentativo di provare la corrispondenza del linguaggio alla realtà necessita esso stesso del linguaggio. Perciò la corrispondenza di questo con la realtà resta un presupposto, non dimostrato. Oltre a ciò, altri sono i presupposti che

²⁷ *Ivi*, p. 53.

²⁸ E. Opocher, *Lezioni*, p. 314, cit. in Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, p.55.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ E. Opocher, *Lezioni*, p. 311, cit. in Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, p.57.

devono essere, aproblematicamente, accettati, perché la proposizione verificabile abbia significato per coloro che ne sono destinatari. Così come accade per le proposizioni vere per coerenza: accettata come assioma la prima proposizione, la seconda non può essere rifiutata perché negarla sarebbe contraddittorio. Perciò, ha carattere di verità la proposizione verificabile se, quando tutti abbiano accettato le stesse premesse, essa risulta coerente con le premesse stesse. Per cui il fondamento di verità insito in queste proposizioni è solo ipotetico³¹.

Ciò caratterizza anche la sentenza del giudice: essa “*risolve la controversia in quanto è vera per le parti giacché è coerente a premesse che le parti stesse non possono rifiutare*”³². Allora, perché proprio le ipotesi che fondano le proposizioni contenute nella sentenza devono essere accettate anche dalle parti? Che differenza c'è tra queste ipotesi e quelle che fondano le asserzioni delle parti? Se non si riescono ad individuare enunciati, non fondati sulla verificabilità o sulla coerenza, ma comunque innegabili; se non si può riconoscere una ‘verità originaria’ nel processo, alla quale riconnettere criteri capaci di caratterizzare la pronuncia del giudice, allora quest’ultima nulla ha a che fare con la verità. E ciò incrina le potenzialità insite nella prospettiva processuale del diritto. La posizione del giudice, rispetto a quella delle parti, sarà preferita per l’autorità che gli è riconosciuta, per il potere di cui dispone, non certo per la verità che dice³³.

³¹ F. Cavalla, *La prospettiva processuale*. P. 58 e ss.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

La procedura dialettica nella prospettiva processuale

Eppure, una via per uscire dall'impasse c'è: la si è intravista nella dimostrazione del carattere ipotetico della corrispondenza linguaggio-realtà. Questo approdo non è anch'esso fondato su una premessa. Di più, la non assolutezza della corrispondenza linguaggio-realtà è un sapere vero, in ogni tempo e in ogni luogo. Il passo successivo è verificare la presenza di questa verità originaria nel processo, perché l'opporvi delle pretese non sia un opporsi di semplici opinioni. Insomma, perché la sentenza del giudice rispetti principi che la rendano una proposizione vera, incontrovertibile, non per coerenza, non per verificabilità: una proposizione dotata di caratteri che la rendano preferibile alle pretese delle parti.

La procedura logica cui fare riferimento per uscire dall'impasse, come accennato, è la procedura dialettica. È quella procedura logica che si fonda sul cosiddetto 'principio di non contraddizione', secondo il quale: *"è impossibile che la stessa cosa inerisca e non inerisca alla medesima cosa nel medesimo tempo e sotto il medesimo rispetto"*³⁴. Tale principio risulta fondato, e incontrovertibile, in base al fatto che la sua negazione non riesce nemmeno a costituirsi, se non in termini contraddittori. La prova della fondatezza di questo principio è detta 'dialettica', poiché, per svolgersi, necessita della presenza di una posizione opposta per contraddittorietà a ciò che si è inizialmente affermato. Questa prova può applicarsi rispetto a qualsiasi proposizione. Tale proposizione sarà innegabile se la sua negazione non riuscirà nemmeno a costituirsi, stante la continua, necessaria presupposizione della verità della proposizione contestata. Possiamo allora, con le parole di Francesco Cavalla, definire la procedura dialettica appena introdotta, la quale si configura come:

*una procedura logica [...] che consiste nell'apporre ad un enunciato la sua negazione per accertare, poi, quale dei due termini (non potendo essere veri entrambi) sia innegabile: se il primo, perché il secondo non si costituisce, o il secondo, perché il primo appare intrinsecamente contraddittorio*³⁵.

È questa la procedura logica cui affidarsi, in un contesto come quello processuale, laddove si verifica lo scontro di tesi opposte ma non si dispone di una premessa indiscussa. Lo

³⁴ Aristotele, *Metafisica*, IV, 3, 1005 b 19-20, cit. in Cavalla, *la prospettiva processuale*, p. 70.

³⁵ Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 73.

stesso si può dire rispetto a un contesto in cui si siano accettate delle premesse, da cui trarre proposizioni verificabili: anche in questo caso, il controllo eseguito dalla procedura dialettica permetterà di evidenziare che l'incoerenza delle conclusioni con le premesse sarà una contraddizione, la quale rende insignificante la proposizione incoerente, legittimando la sua espulsione dalla contesa.

Devono essere prese in considerazione anche quelle proposizioni, le quali non sono contraddittorie, e, ciò nonostante, non sono incontrovertibili. Anch'esse si possono trovare in opposizione, nel dialogo tra le parti, trovandosi in un rapporto di opposizione per contrarietà. In tale rapporto, le proposizioni si configurano come elementi di uno stesso genere, tra i quali sussiste una serie di elementi intermedi. La via da intraprendere di fronte a questo tipo di proposizioni, applicando la procedura dialettica, è quella della determinazione del genere comune tra gli opposti, attuando la loro sintesi. Alla luce di questa considerazione, meglio si comprende la definizione che dà Platone della dialettica: essa è

La buona regola secondo la quale di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non si smette di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono la specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere³⁶.

L'esito della procedura dialettica sarà l'insieme dei detti che tutte le parti in opposizione devono accettare, pena la contraddittorietà con quanto precedentemente affermato, perciò passibile di venir escluso attraverso la procedura dialettica. Perciò la struttura della sintesi, che è la struttura della sentenza in quella particolare controversia che è il processo, è garantita da un confronto tra essa stessa e i detti particolari delle parti, non da un'ipotesi presupposta o da un'intuizione. Di più, la sintesi non è una posizione di parte: essa è ciò che nessuno può rifiutare, ciò che non è più controverso tra le parti, messo in evidenza da un soggetto che è terzo rispetto al conflitto iniziale. È l'applicazione del metodo dialettico, e la fedeltà a ciò che con esso si è conosciuto, che differenzia il detto del giudice da quello

³⁶ Platone, *Politico*, p. 285 a-b, cit. in F. Gentile, *Legalità giustizia e giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 58.

delle parti³⁷. Riepilogando, le due funzioni svolte dal metodo dialettico sono: l'espulsione, dall'insieme delle proposizioni, di quelle contraddittorie e la sintesi dei contrari. Il luogo specifico in cui applicare tale metodo è proprio la controversia, di conseguenza anche il processo.

La procedura dialettica è il tassello indispensabile, sul quale si regge tutta la costruzione del diritto in termini di valore in Enrico Opocher. È la dialettica a svelare il rapporto tra sentenza e verità, essendo quest'ultima non quella propria delle proposizioni verificabili, al contrario: essa è quella verità che sgorga dal confronto dialettico tra le parti, volto a espellere le contraddizioni e trovare il comune nei contrari. Ciò comporta che non di una verità assoluta si tratti. Sarà una verità confinata soggettivamente alle parti in causa, a coloro che hanno partecipato al dialogo, al confronto. Non per questo però, sarà un esito meno vero per le parti: il risultato del metodo dialettico sarà, l'ho precisato più volte, irrinunciabile dalle parti che lo hanno costruito, pena il contraddirsi. Lo sviluppo da affrontare a questo punto del percorso è la concreta traduzione di questi principi all'interno del contesto processuale, come disciplinato nell'ordinamento italiano.

³⁷ Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 76.

La dialettica del contraddittorio e la centralità del fatto concreto nell'attività d'interpretazione

Nell'ordinamento italiano, il processo penale (ma anche quello civile ed amministrativo, anche se con caratteristiche peculiari) è caratterizzato da un istituto, il quale ha proprio la funzione di ospitare gli atti che permettono lo svolgimento della procedura dialettica: mi riferisco al contraddittorio.

Esso, innanzitutto, è un metodo, poiché è costituito da una serie di procedure volte a facilitare il confronto e l'opposizione delle pretese compresenti nel processo, per giungere ad una conoscenza frutto dell'opposizione di quelle pretese. I soggetti coinvolti nel contraddittorio sono le parti e il giudice, dovendo preliminarmente specificare che, nel contraddittorio come durante tutto lo svolgimento del processo, il giudice ha un ruolo totalmente diverso da quello che hanno le parti. Queste, nel contraddittorio, devono esprimere le proprie ragioni. Per farlo, ecco il ruolo del giudice, le parti devono essere messe nelle condizioni di confrontarsi tra loro il più apertamente possibile. In ciò riveste un ruolo fondamentale anche l'avvocato, chiamato in aiuto dalle parti per metterle in condizione di dialogare. Tuttavia, i due ruoli non vanno confusi: all'avvocato le parti chiedono un sostegno nella rappresentazione della propria pretesa in sede processuale. Al giudice invece chiedono di rappresentare ciò che di comune vi è tra la propria pretesa e quella opposta. Chiedono di essere messe nella posizione di poter, nel contraddittorio, confrontarsi con la diversità dell'altro, senza filtri. Cosa significa questa necessità di confronto, il più aperto possibile, nel contraddittorio? Con ciò s'intende che il giudice deve, come suo compito primario, aprire la strada al dialogo tra le parti. Egli dev'essere comune ad esse, senza appartenere a nessuna. Solo in questo modo il contraddittorio, come momento di conoscenza dialettica, permetterà la più esauriente realizzazione della sua funzione, la quale, si è detto, tende all'espulsione delle contraddizioni e alla sintesi dei contrari. Mettere le parti nella condizione di confrontarsi autenticamente, senza inquinare la contrapposizione delle pretese con volontà esterne, è l'unica via perché la risoluzione del conflitto, all'origine del processo, non richieda alcuna imposizione esterna, rivolgendosi ancora una volta al criterio della forza, ma sia un percorso di conoscenza, volto ad attribuire a ciascuno il suo. Perché

Non si può dare a ciascuno il suo senza sapere quale sia il suo di ciascuno, né evitare di offendere gli altri se non si sa che cosa li offenda o vivere onestamente senza sapere cosa sia onesto ma, nel medesimo tempo, non basta sapere che cosa è onesto per vivere onestamente, né avvertire ciò che offende gli altri per non offenderli o avere nozione di ciò che è suo di ciascuno per attribuirglielo³⁸.

Con queste parole Francesco Gentile ci offre un quadro di ciò che è l'ufficio del giudice, che sta proprio nel conoscere il giusto nelle cose. Per farlo la via più feconda è nel contraddittorio delle parti a giudizio, laddove esse possono, esplicitate le diversità delle loro posizioni, trovare ciò che in queste vi è di comune. Quanto scoperto verrà detto da quel terzo che, secondo verità, realizzerà il valore del diritto. Ecco un altro fondamentale ruolo del giudice.

A tal punto, dobbiamo confrontarci con una questione che si pone evidente: nel processo, quale momento originario dell'esperienza giuridica, la conoscenza che si costruisce nel contraddittorio delle parti sarà certamente nuova rispetto a ciò che si conosceva precedentemente. Di più, le norme, che nella prospettiva processuale sono certamente strumenti utili a dirimere il conflitto, ma giammai il diritto stesso, saranno per il giudice fonte di ausilio nell'organizzazione della controversia e nella qualificazione giuridica del fatto concreto oggetto del conflitto, non certo espressione di una volontà esterna da sovrapporre al conflitto delle parti. Se il diritto, per dirlo con Opocher, è *“far valere secondo verità”*³⁹, nel processo, in particolare nella fase che è quella del contraddittorio, avviene una creazione del diritto, irrinunciabile se si vuole attingere al valore del diritto. Ciò poiché le pretese, nel momento della loro opposizione, tramite la procedura dialettica, sono esse stesse motore per la costruzione dell'esito del processo, che è la sentenza che ha la struttura che abbiamo precedentemente descritto. In una prospettiva processuale del diritto, le pretese non possono subire l'imposizione di una forza esterna al loro conflitto che le metta da parte. In tal modo si snatura l'essenza controversiale della comunità sociale, volendo inibire un confronto che è innato e fecondo, il quale esprime il suo valore nel momento del giudizio.

³⁸ F. Gentile, *Legalità giustizia e giustificazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 102.

³⁹ Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 55.

Nel contraddittorio l'oggetto della conoscenza è il fatto concreto, così come ricostruito dalle parti in opposizione. Esse esprimono le proprie ragioni, che altro non sono che la loro lettura della realtà, la loro declinazione del valore sostanziata in un'azione. Nel contesto processuale, il fatto concreto necessita di essere qualificato giuridicamente, nel tentativo di risolvere il conflitto tra le diverse posizioni e attingere al valore del diritto. Per fare ciò, il giudice deve svolgere un'attività razionale di qualificazione giuridica del fatto concreto, in altri termini deve svolgere un'attività d'interpretazione.

Le teorie analitica ed ermeneutica dell'interpretazione

Nel nostro ordinamento giuridico, secondo quella che è la teoria analitica dell'interpretazione, ci deve essere netta separazione, nell'atto d'interpretazione, tra la disposizione, unico oggetto dell'atto interpretativo, e il fatto concreto⁴⁰. La disposizione deve essere interpretata alla luce dei criteri formali indicati in un'altra norma: l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, che recita:

Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato⁴¹.

Nella lettura analitica esso prevede una serie di criteri interpretativi, ordinati gerarchicamente:

Il primo criterio è quello dell'interpretazione letterale, consistente nel far riferimento al significato proprio delle parole del testo normativo, indipendentemente dalla volontà del legislatore, cercando quello che è il significato oggettivo della singola disposizione. La norma prosegue facendo riferimento al criterio d'interpretazione logico-sistematica, consistente nel far riferimento all'insieme delle norme componenti l'ordinamento in cui è inserita la disposizione da interpretare. Terzo è il criterio d'interpretazione teleologica, consistente nel ricercare la cosiddetta 'intenzione del legislatore', quello che è lo scopo, il fine perseguito dalla disposizione da interpretare. Il secondo comma dell'art 12 disp. prel. C.c. introduce invece i criteri dell'*analogia legis* e dell'*analogia iuris*. La prima entra in gioco quando non vi è una norma che disciplini espressamente e direttamente quella determinata fattispecie concreta: in tali casi si ricercano norme che regolino casi simili o materie analoghe. La seconda, invece, entra in gioco quando non sia possibile reperire nemmeno casi simili o materie analoghe in altre disposizioni dell'ordinamento; allora, si deve far riferimento ai principi generali dell'ordinamento, i quali costituiscono un concetto molto elastico, riconducibile ai principi costituzionali, ma non solo. L'incerto confine del concetto di principi generali permette al criterio dell'*analogia iuris* di essere

⁴⁰ Ugo Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, terza edizione, CEDAM, Padova, 2001, p. 22 e seguenti.

⁴¹ Art. 12 Disposizioni sulla legge in generale.

adatto come criterio di chiusura di un sistema interpretativo, nella lettura analitica, anch'esso chiuso⁴². Chiuso poiché avente ad oggetto solo le norme, escludendo l'altro estremo del rapporto in tema di interpretazione, il fatto concreto. Infatti, il rigido ordine gerarchico tra i criteri dell'art. 12 disp. prel. C.c. è visto dalla scuola analitica come un punto di forza⁴³: in tal modo, la tesi analitica afferma di poter ambire all'universalità, alla generalità e all'astrattezza nel campo dell'interpretazione, nel senso che mai ci sarà una disposizione che, applicando questo sistema chiuso, non sia interpretabile; di più, tutte le disposizioni vengono in tale ottica interpretate alla luce degli stessi criteri, fornendo all'esito dell'interpretazione il canone della certezza, della prevedibilità, stante la preventiva gerarchizzazione dei criteri interpretativi. Tuttavia, oltre a relegare il fatto concreto al di fuori dal confine che definisce l'oggetto dell'interpretazione, la tesi analitica trascura il fatto che essa è costruita sul presupposto di aver già individuato il testo normativo da interpretare⁴⁴.

Per risolvere questa lacuna, un'impostazione teorica differente, quale quella della scuola ermeneutica dell'interpretazione, propone un rovesciamento radicale della prospettiva adottata dalla scuola analitica: dinanzi a un determinato fatto concreto, alla ricerca di una disciplina normativa da applicare, partendo dai principi generali, andando successivamente a ricercare norme che disciplinano casi simili e, infine, individuando la *ratio* delle disposizioni che astrattamente possono regolare quella fattispecie concreta, si giungerà alla selezione della disposizione di riferimento per il caso concreto, la quale sarà interpretata seguendo i criteri dell'interpretazione logico-sistematica e di quella letterale⁴⁵. Per fare un esempio, dinanzi ad una condotta di poligamia ricercherò tra i principi generali, scoprendo che il nostro ordinamento tutela la famiglia all'art. 29 della Costituzione; nel novero dei reati relativi all'ambito familiare, individuerò la norma del Codice penale che regola la bigamia; a questo punto potrò interpretare la disposizione individuata applicando il criterio letterale. Tuttavia, anche questa tesi, se non sviluppata, propone un sistema interpretativo riferito solo alla disposizione; rimane esterno al campo dell'attività interpretativa il vero oggetto della qualificazione giuridica: il fatto concreto. Sono queste due tesi (va ricordato che saranno alcuni degli esponenti della scuola

⁴² Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, p. 23.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ivi*, p. 25.

ermeneutica a proporre di ridare centralità al fatto concreto nell'attività interpretativa) che dimenticano (o trascurano) che l'atto d'interpretazione di un testo normativo è un'attività volta alla qualificazione giuridica di un fatto. Entrambi i sistemi qui riassunti espellono, dalla struttura dell'attività d'interpretazione, uno dei termini costitutivi del rapporto che fa da sfondo all'interpretazione. Di più, si tratta del termine che più plasma quel rapporto, all'esito dell'atto d'interpretazione.

La centralità del fatto concreto nell'attività d'interpretazione

Al contrario, riconoscere la centralità del fatto concreto nell'attività interpretativa di un comando, così come fatto da alcuni esponenti dell'ermeneutica contemporanea, da Esser e Larentz, da Kriele e Muller⁴⁶, consapevoli che ciò che i soggetti chiedono al giudice è di qualificare giuridicamente degli accadimenti concreti che hanno causato un conflitto, sempre inevitabilmente diverso da ogni altro, nel tentativo di far valere le proprie ragioni in una controversia, permette di dare al contraddittorio un ruolo affatto secondario nello svolgimento del processo. Hans Georg Gadamer spiega che

*La ricerca della regola di diritto da parte dell'interprete, non solo non si lascia irrigidire nell'astrazione degli schemi logico-formale, ma, al contrario, si struttura secondo una relazione dialettica tra norma e caso particolare, questione di diritto e questione di fatto, tra fattispecie astratta e fattispecie concreta.*⁴⁷

Ciò non può che comportare una ridefinizione di diritto positivo: *“la norma [...] in realtà si arricchisce dei nuovi significati che i casi vitali, le questioni di fatto, le fattispecie concrete, sempre recano in sé.”*⁴⁸ Si può, in definitiva, sostenere l'esistenza di *“una insopprimibile funzione ‘creatrice’ alla attività del giurista, che mira a determinare il significato da attribuire alle disposizioni normative vigenti nell'ordinamento”*.⁴⁹ Ciò che abbiamo compreso in ordine alla procedura dialettica, inserita all'interno di una prospettiva processuale del diritto, ben si concilia con il riconoscimento della centralità del fatto nell'attività d'interpretazione di una disposizione. Quando si svela la primaria importanza del fatto nell'ambito dell'interpretazione, quando si comprende che il comando non si sovrappone senza attrito alla realtà ma ne è servente per la sua qualificazione giuridica, la quale non può che mutare al mutare della realtà da qualificare, si scopre che il giurista non è più colui che applica dettati normativi scelti da soggetti esterni al processo: il giurista, quello che nella sede processuale ricopre il ruolo del giudice, è colui che, nel contraddittorio delle parti, applicando il metodo dialettico, crea il diritto. Il diritto si determina in ragione di un fatto che deve essere giudicato, non a discapito di esso. A questo punto, diviene comprensibile l'assunto Opocheriano secondo

⁴⁶ *Ivi*, p. 27.

⁴⁷ *Ivi*, p. 26.

⁴⁸ *Ivi*, p. 27.

⁴⁹ *Ibidem*.

cui *“il fenomeno che possiede intrinseci ed originari i caratteri della giuridicità – e conferisce quindi giuridicità a tutti gli altri fenomeni che vi si connettono strutturalmente – è il giudizio: non la norma, non un tipo di azioni”*⁵⁰.

⁵⁰ F. Cavalla, *La prospettiva processuale*, p. 55.

La giurisprudenza quale fonte del diritto

La constatazione della giurisprudenza quale fonte del diritto apre ad una serie di problematiche: oltre all'evidente incompatibilità di tale affermazione con l'attuale Carta costituzionale, conseguenza diretta è l'inevitabile *vulnus* causato ad uno degli obiettivi da sempre ambiti in un ordinamento di diritto positivo come il nostro, quale è la certezza del diritto. Per comprendere le ragioni di questo bisogno di certezza, all'interno dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, per scoprire se la giurisprudenza quale fonte del diritto sia un valore o un pericolo da evitare, per saggiare le potenzialità di una prospettiva processuale del diritto, è necessario porre l'attenzione su quelle costruzioni dell'esperienza giuridica che Francesco Gentile efficacemente definiva *geometrie legali*.

CAPITOLO II: LE GEOMETRIE LEGALI

La struttura del sapere geometrico

Per comprendere cosa Francesco Gentile intenda per geometrie legali, è sufficiente richiamare le parole di Thomas Hobbes, il quale chiarisce efficacemente il significato dell'accostamento tra geometria e diritto:

Se si conoscessero con uguale certezza le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in geometria, sarebbero debellate l'ambizione e l'avidità e la razza umana godrebbe di una pace che non sembrerebbe di dover mai più combattere.⁵¹

Il riferimento alla geometria permette di cogliere subito la scelta metodologica alla base di tali concezioni dell'esperienza giuridica: il metodo con cui indagare il fenomeno delle relazioni intersoggettive è il metodo della scienza, in particolare quel ramo della scienza che è la geometria. È una scelta metodologica che condiziona molti tra coloro che si approcceranno allo studio dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive. Hobbes ha il merito di rendere esplicita questa scelta, dichiarandone le potenzialità e scegliendola come base sulla quale costruire la sua concezione dell'ordinamento giuridico. È bene, innanzitutto, affrontare la struttura del sapere geometrico.

Quest'ultimo, va precisato, è una forma di conoscenza, è un'attività conoscitiva, non è una prassi: *“Il fare è prima del conoscere, e in quanto tale condiziona il conoscere, che è per il fare”⁵²*. Dunque, sempre di conoscenza si tratta. Ciò che rileva, tuttavia, nell'evidenziare il primo carattere del sapere geometrico, che è il fine operativo dello stesso, è che quest'ultimo condiziona un'attività la quale, seppur conoscitiva, è strutturalmente condizionata dall'obiettivo operativo che la muove. Il fisico Heisenberg ben ci spiega cosa significa approcciare alla realtà con fine operativo: *“Non tanto ci si interessava alla natura come essa è, quanto ci si chiedeva cosa se ne potesse fare”⁵³*. Cosa fare della realtà è il punto di partenza dell'attività conoscitiva: il metodo geometrico ha nella sua struttura il fine operativo, il quale riguarda il criterio della costruzione del

⁵¹ Th. Hobbes, *De cive, Lettera dedicatoria*, 1642, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli alunni*, ESI, Napoli, 2017, p. 29.

⁵² F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli alunni*, ESI, Napoli, 2017, p.34.

⁵³ W. Heisenberg, *Fisica e filosofia*, 1958, tr. It., Il saggiatore, Milano, 2008, p 229, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 32.

sapere inseguito. Le cose interessano all'uomo per ciò che con esse si può fare, "*la ragion d'essere del sapere geometrico è nelle operazioni rispetto alle quali esso è funzionale*"⁵⁴. Il punto focale, per ciò che qui interessa, è l'applicazione di tale metodo allo studio dei comportamenti umani. In ciò Hobbes ha avuto un ruolo centrale, affermando perentoriamente la necessità di un approccio operativo con riferimento anche ai fenomeni quali le relazioni intersoggettive:

*laddove il senso e la memoria non sono che la conoscenza del fatto che è cosa passata e non ripetibile, la scienza è conoscenza delle conseguenze, in dipendenza di un fatto dall'altro, per mezzo della quale, oltre a ciò che facciamo presentemente, siamo in grado di saper fare qualche cosa di simile o diversa ogni volta che lo vogliamo*⁵⁵.

Invero, Galileo Galilei, considerato padre del metodo scientifico, escludeva la possibilità di applicare tale metodo per lo studio dell'essere umano, per lo meno con riguardo all'uomo in quanto essere dotato di spirito. Egli riteneva di doversi rivolgere al libro della Rivelazione per conoscere dell'uomo nella sua dimensione spirituale: solo l'uomo bruto, inteso come carne, nella sua dimensione corporale, poteva essere oggetto di studio mediante il metodo operativo. Hobbes, ed in seguito molti altri autori, rifiuteranno questa limitazione, ritenendo fecondo studiare la realtà delle relazioni intersoggettive, applicando ad essa il metodo operativo. Ma cosa spinge lo scienziato alla fatica della conoscenza, seppur condizionata dal fine operativo? È proprio la volontà di poter fare, volontà di dominio. Lo scienziato conosce per poter fare, con volontà di dominio⁵⁶. Alla base del sapere geometrico c'è l'opzione del potere: è una scelta, indiscussa, senza giustificazione, che fonda la fatica conoscitiva dell'uomo. Traslata quest'opzione del potere in ambito giuridico, ecco che Hobbes intende il comando come il potere di far fare⁵⁷. Il fine operativo che caratterizza il sapere scientifico è sempre intimamente connesso con l'opzione del potere, la volontà di dominio alla base dello sforzo conoscitivo.

A questo punto, si può comprendere come il secondo tratto caratterizzante il sapere geometrico sia la sua struttura convenzionale, ipotetico-deduttiva. Il sapere scientifico

⁵⁴ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 32-33.

⁵⁵ Th. Hobbes, *Leviathan*, 1651, I, 5, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 34.

⁵⁶ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 35.

⁵⁷ *Ibidem*.

parte sempre da quello che possiamo definire un protocollo, un principio assunto senza esser stato prima dimostrato o posto in dubbio. Lo scienziato assume un'ipotesi aproblematicamente e ne saggia la funzionalità, nel tentativo di dominare determinati fenomeni. Nel fare ciò egli non dice nulla sull'essenza dei fenomeni studiati, l'essere delle cose è escluso dal campo conoscitivo della scienza. Già Galileo Galilei aveva avvertito di lasciar da parte il “*tentar le essenze*”⁵⁸, essendo fatalmente escluso al metodo scientifico di sapere alcunché dell'essere delle cose. Lo scienziato non esclude l'esistenza dell'essenza delle cose, semplicemente non se ne interessa, non è l'oggetto del suo conoscere⁵⁹. Si coglie, dunque, la convenzionalità del sapere geometrico, ancorato al protocollo di partenza, indimostrato, il quale serve nella misura in cui si rivela operativo e funzionale al dominio sui fenomeni studiati. Se il protocollo funziona, allora si deve dedurre tutto ciò che può essere utilizzato ai fini dell'operazione condizionante l'atto conoscitivo. Ecco il carattere deduttivo del sapere scientifico, il quale pur non tentando le essenze, vuole ricavare tutto ciò che è possibile dall'ipotesi di partenza. L'attività di deduzione, tuttavia, parte appena dopo aver assunto l'ipotesi, che è convenzionale. Perciò, nella sua struttura ipotetico-deduttiva, il sapere scientifico si mostra in tutti i suoi limiti: l'interesse esclusivamente operativo, mosso dall'opzione del potere, permette sì di costruire un sapere convenzionale, fondato su un protocollo indimostrato; ciò poiché l'obiettivo è l'utilizzo della conoscenza per dominare. Tuttavia, esterna ai confini del sapere così strutturato c'è l'essenza delle cose, svalutata poiché ritenuta inutile, nell'ottica del dominio. Verità e falsità sono concetti che si legano quindi all'efficacia, all'utilizzabilità o meno di una teoria, avendo lo scienziato escluso di prestare interesse al vero, inteso come l'essere di ciò che è reale. “*Eppure - ammonisce Francesco Gentile - il discorso scientifico, se non spende attenzione per il problema dell'essere, per sua natura, è un discorso che si allontana sempre di più dall'essere inteso come sostanza, e determina una radicale desostanzializzazione dell'approfondimento operativo*”⁶⁰.

L'indifferenza per l'essere caratterizza il sapere geometrico, quale sapere astratto e virtuale. Astratto poiché, nell'ottica operativa, lo scienziato si astraе dalla concretezza dell'esperienza, si disinteressa appunto dell'essenza; ma soprattutto è un sapere virtuale,

⁵⁸ G. Galilei, *Terza lettera del sig. Galileo Galilei al sig. Marco Velsari delle macchie del sole*, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 36.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, p. 39

e approfondiremo questo tratto in seguito, poiché la distanza dalla realtà delle cose, voluta per meglio operare, comporta la costruzione di una conoscenza che si affianca alla realtà, una conoscenza altra, rispetto alla realtà alla quale la si vuole applicare.

L'ipotesi dello stato di natura e la legge come comando del più forte: agli albori del diritto positivo

La struttura ipotetico deduttiva del sapere geometrico si mostra già nel protocollo che le geometrie legali pongono alla base delle loro considerazioni: l'uomo, senza l'intervento di una forza limitativa esterna o senza un atto di autolimitazione, vive nella condizione dello stato di natura. È un'ipotesi che verrà esplicitata in modo peculiare da Hobbes, venendo poi sempre ripresa da autori successivi, ancorché con caratteri diversi, costituendo uno dei tratti centrali della concezione geometrica dell'esperienza giuridica. La condizione dell'uomo nello stato di natura è un'ipotesi, appunto, perciò non si discute. Non si deve indugiare sul perché Hobbes abbia scelto proprio quest'ipotesi - certo, nel caso del filosofo inglese potremmo azzardare qualche legame con la sua esperienza personale in giovane età: egli disse di essere nato unitamente ad una gemella, la paura dell'assedio spagnolo nei confronti della sua patria, il Regno Unito- ma sarebbe un'indagine inutile, al netto della scelta metodologica hobbesiana. L'ipotesi, per definizione, si assume aporomaticamente, convenzionalmente, al fine di vederne i risvolti operativi che sono l'unico motore al quale riferire la scelta del protocollo⁶¹.

Prenderò come riferimento lo stato di natura come teorizzato da Hobbes, poiché il più esauriente nella definizione dello stesso, nonostante le modifiche sostanziali che caratterizzeranno teorizzazioni successive. Ciò poiché i tratti caratterizzanti la costruzione hobbesiana dello stato di natura restano in tutti gli autori successivi che se ne serviranno. Lo stato di natura è definito da Hobbes come lo stato in cui a ciascuno è dato il diritto su ogni cosa⁶²: è lecito a chiunque possedere, usare e godere di ogni cosa e contro chiunque voglia fare lo stesso. In tale contesto, *“la misura di tali relazioni con le cose sono la volontà e il potere, quando e se lo si voglia, nella misura e se lo si possa.”*⁶³

Stando così le cose, l'uomo è sempre in guerra con tutti, per tutto. Essendo la forza il criterio che dirime le relazioni tra gli uomini dello stato di natura, tutti possono potenzialmente tutto ma nessuno è potenzialmente al sicuro: la libertà del singolo di fare ciò che vuole, poiché egli ha diritto a tutto, s'infrange ogniqualvolta egli incontra un

⁶¹ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 61.

⁶² Th. Hobbes, *Leviathan*, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 62.

⁶³ *Ibidem*.

soggetto più forte di lui che lo limita. “*Bene e male - dice Hobbes – sono nomi che designano gli appetiti e le avversioni*”⁶⁴. Di più, ciò che è bene in un momento, diviene male in un altro. Vi è perfetta fungibilità tra bene e male, essendo essi solo pulsioni individuali. Procedendo per deduzione, Hobbes prosegue affermando l’assenza di giustizia e ingiustizia nello stato di natura. E ciò è perfettamente coerente nell’ottica del ragionamento ipotetico-deduttivo, al netto dell’ipotesi di partenza. Tanto che egli giunge ad affermare che sono “*la forza e la frode le due virtù cardinali*”⁶⁵. L’uomo dello stato di natura è in una permanente condizione di insicurezza, laddove niente è stabile e al sicuro, essendoci sempre la possibilità di incontrare un individuo dotato di maggiore potere. A questo punto, risulta come necessitato il passo successivo, il quale consiste nella conclusione di un patto tra gli individui dello stato di natura, che permetta all’uomo di assicurarsi. Uscire dalla condizione di perenne insicurezza è l’obiettivo e la causa del patto con gli altri uomini. Questo patto è il contratto sociale, con il quale i consociati “*investono di tutto il loro potere e di tutta la propria forza un uomo [acconsentendo di] ridurre le proprie volontà alla volontà di lui e il proprio giudizio al giudizio suo*”⁶⁶.

Stipulando il contratto sociale, ogni consociato rinuncia al proprio diritto su tutto, a condizione che così facciano tutti i partecipanti al contratto, così da eliminare la condizione di insicurezza dello stato di natura, riconoscendo come propria la volontà di colui in favore del quale si è rinunciato al proprio diritto su tutto. Questo soggetto non è parte del patto, egli resta nella condizione dello stato di natura: ha diritto a tutto, nei confronti di tutti. Una volta concluso, il patto non si mantiene in virtù di una sua forza implicita; Hobbes è chiaro in questo: “*i patti, essendo solo parole ed emissione di fiato, non hanno alcuna forza d’obbligare*”⁶⁷. A fare in modo che nessuno violi il patto sarà solo la forza di quel soggetto estraneo allo stesso. A mantenere saldo il patto, non per condivisione dei suoi contenuti, non per la cogenza dello stesso, sarà invece quella forza che con le parole di Jean Bodin potremmo identificare con la “*pubblica spada*”⁶⁸. In Hobbes, tutto dipende dalla discrezionalità del sovrano, il quale organizza le relazioni intersoggettive mediante il criterio della forza. Dedotta come necessaria la presenza della

⁶⁴ Th. Hobbes, *Leviathan*, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 64.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ivi*, p. 66.

⁶⁷ *Ivi*, p. 68.

⁶⁸ *ivi*, p. 54.

forza nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, alla luce del protocollo dello stato di natura, è utile soffermarsi su una delle questioni principali della costruzione geometrica di Hobbes: il ruolo della legge. Essa trova la sua ragione d'obbedienza nella volontà di chi l'ha comandata. È questo un tratto che, vedremo, ritornerà anche in Hans Kelsen, laddove non assume nessuna rilevanza il contenuto del comando-legge, ricoprendo primaria importanza esclusivamente il piano formale, la modalità della formazione del precetto. L'ottica operativa delle geometrie legali svela la sua vena formalistica, la sua peculiare concezione dell'ordinamento giuridico, esclusivamente legata alla formalità nella produzione dei comandi⁶⁹. Ci accorgiamo che, così configurata, la legge è la volontà di chi comanda; non solo, chi comanda non può essere contestato nel dipanarsi delle sue volontà, altrimenti il criterio che lo rende sovrano, la forza, lo vedrebbe soccombere e perciò non sarebbe più egli stesso il sovrano. Se comanda, il sovrano è inevitabilmente rispettato nei suoi dettami. Perciò, il comando è giuridico, è legge, se proviene dal sovrano. Se un suddito si impone con la forza sul sovrano, disobbedendo al comando, il suo stesso comando sarà legge, poiché sarà la volontà del più forte, di chi ha più potere. Di fronte a questa incongruenza, la costruzione Hobbesiana non trova spiegazioni, non trova risposte. Vedremo come mutuerà il contesto nella teorizzazione di Hans Kelsen.

La volontà del sovrano è il comando, esso è giuridico quando promana dal sovrano come espressione della sua volontà. Come spiegare allora le consuetudini? Hobbes chiarisce perentoriamente: le consuetudini hanno valore di legge quando sono recepite e fatte proprie dal sovrano; se i consociati tengono degli usi non codificati dal sovrano, allora la volontà sovrana si sarà espressa nella forma del silenzio⁷⁰. Tutto proviene dal sovrano, il quale monopolizza anche l'attività giurisprudenziale: essa non può esplicitarsi in un atto di scienza, qual è l'arte interpretativa delle norme; la scienza giuridica è fonte di disordine, la scienza è fonte di errore. L'unica via per la certezza nell'ordinamento è che anche l'interpretazione provenga dal sovrano. O perché egli interpreta direttamente il comando, mediante una modifica o un'interpretazione autentica; ovvero, perché ad interpretare sono soggetti che sono stati espressamente incaricati dal sovrano, sono riconosciuti dal sovrano come soggetti capaci di esprimere la sua volontà: essi sono segnatamente i giudici. Ma i giudici in quest'ottica non sono giuristi, intesi come coloro che devono conoscere il giusto

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ *Ivi*, p. 79.

nelle cose. Abbiamo visto che giustizia ed ingiustizia non hanno spazio nella costruzione Hobbesiana: c'è solo coerenza o meno alla volontà del sovrano. I giudici saranno allora dei funzionari pubblici, *longa manus* del sovrano, soggetti riconosciuti dal sovrano come messaggeri della sua volontà.

Caratterizzando in questo modo l'ordinamento giuridico, come organizzazione esclusivamente regolata dal criterio della forza, manifestata dalla volontà del sovrano, Hobbes configura l'ordinamento delle relazioni intersoggettive come un'organizzazione basata sulla vigenza formale di un insieme di leggi, espressione della volontà sovrana. In Hobbes, come nelle più moderne costruzioni geometriche, il sovrano verrà individuato nello stato, scelto quale punto d'imputazione del potere mediante il quale si mette ordine nelle relazioni intersoggettive; scelto, va chiarito, perché è ritenuto il potere più efficace. Procedendo per deduzione dall'ipotesi iniziale dello stato di natura, l'approdo fisiologico è quello di intendere l'ordinamento delle relazioni intersoggettive come una comunità assicurativa: il soggetto cerca di scappare dall'insicurezza propria della condizione precedente, cedendo ogni diritto al sovrano che gli assicura la sopravvivenza. È questo il percorso logico che induce a individuare nello stato un potere che soffoca, limita, controlla. Da qui la via per intendere l'ordinamento giuridico come meccanismo di controllo sociale, meccanismo di assicurazione dalla nocività della relazione con l'altro. Tuttavia, non ci dobbiamo dimenticare che il ragionamento ha la sua origine in un'ipotesi, non discussa, indimostrata e indimostrabile.

Kelsen e la dottrina pura del diritto

Con la corrispondenza volontà del sovrano-volontà dello stato, farà il suo ingresso un concetto che avrà molta fortuna nelle teorie moderne dello stato: il diritto positivo. Così concepito il diritto è esclusivamente l'insieme delle norme poste, nel senso di introdotte da una volontà legittimata; ma anche nel senso di idonee ad *“essere trasportate e poste in diversi luoghi per mostrare le loro funzioni”*⁷¹. In questo secondo significato del termine ‘positivo’ – derivante dal contesto musicale, laddove l'organo positivo è quello che, viste le ridotte dimensioni, può essere trasportato e posto in luoghi diversi – riecheggia quella vocazione alla formalità delle geometrie legali, spesso ricercata perché il modello teorizzato sia riproducibile in più contesti possibili. Questo era l'obiettivo primario di Hans Kelsen, giurista praghese vissuto tra il XIX e il XX secolo, il quale vota tutta la sua ricerca e il suo studio ad un fine particolare: costruire una dottrina pura del diritto. Una dottrina del diritto non condizionata da ideologie, ragioni morali o scelte individuali, funzionale a qualsiasi ordinamento politico, per qualunque detentore del potere. Si tratta di una dottrina applicabile ad ogni contesto politico-giuridico, operativa per ogni tipologia di organizzazione sociale. L'impianto teorico di Kelsen resta pienamente nei binari del sapere geometrico, essendo disinteressato dell'essere e concentrato sull'obiettivo operativo e di dominio sui fenomeni. La dottrina pura del diritto preclude *“qualsiasi possibilità di conoscere il diritto in sé [...] essendo tesa a definire in modo formale e virtuale come con esso si possa operare.”*⁷²

La funzione e l'obiettivo dell'ordinamento kelseniano è la trasformazione del potere in diritto. La totale immersione nel panorama giuridico-culturale della sua epoca, il positivismo giuridico, con il ruolo centrale assegnato alla legge all'interno dell'ordinamento giuridico, spinge Kelsen ad un'analisi tecnica della struttura linguistica del termine legge: egli scopre che uno dei possibili significati del termine legge è proprio dover essere. La proposizione legge in sostanza contiene un dover essere, una Soll-Norm, per usare il linguaggio kelseniano. Il dover essere, precisa Kelsen, può essere inteso in senso soggettivo o in senso oggettivo. Soggettivamente non c'è differenza tra comando e comando, ogni voce che comanda qualcosa vuole incidere sul comportamento di un altro

⁷¹ F. Cavalla, *l'origine e il diritto*, Franco Angeli, Padova, 2017, p. 260.

⁷² F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 120.

uomo.⁷³ Kelsen è chiaro, tra l'ordine di un bandito e l'ordine di un pubblico ufficiale, quanto a senso soggettivo del dover essere, non c'è alcuna differenza: entrambi producono un risultato in base alla cogenza della forza che sono in grado di esprimere⁷⁴. È utile sottolineare come questo contesto ricreato da Kelsen richiami, ancorché non esplicitamente, la condizione dello stato di natura. E già si è accennato alle conseguenze ricavabili da una simile ipotesi di partenza. Perché in Kelsen l'ipotesi di partenza è l'assoluta fungibilità dei comandi dal punto di vista soggettivo, la possibilità per chiunque di imporsi con la forza, criterio di cogenza e quindi efficacia del proprio comando. In ogni caso, il senso soggettivo non è sufficiente a distinguere un comando giuridico da uno che non lo è. Il grado di cogenza di un comando sarà direttamente proporzionale alla forza del soggetto che lo emana di imporsi: in ciò, già l'abbiamo detto, non c'è sostanziale differenza tra pubblico ufficiale e bandito. Compreso ciò, la legge, che è il comando dello stato, necessita di un diverso meccanismo, perché venga qualificato come giuridico proprio quel comando e non qualsiasi altro. Non si guarderà certo all'essenza del comando: già abbiamo visto la mira formalistica e positiva che connota gli studi di Kelsen. Il comando si può dire giuridico solo all'esito di una qualificazione formale dello stesso. Al di fuori di quest'ultima, non esiste differenza tra comando dello stato e ogni altro comando. Tale qualificazione formale è consentita se si passa dal piano soggettivo al piano oggettivo del dover essere. La scienza pura del diritto permette di dare una lettura in senso oggettivo del dover essere, mediante il meccanismo del sillogismo giuridico: si procede alla sussunzione di una premessa minore – la Soll-Norm da qualificare – in una premessa maggiore, che è il vero punto focale della teoria kelseniana. Questa premessa maggiore viene individuata da Kelsen nella Norma fondamentale. Essa non è tecnicamente una norma posta, essendo anzi presupposta, convenzionale. Si può dire, con le parole di Francesco Gentile, che essa sia “*l'a priori della dottrina pura del diritto*”⁷⁵. Ci rifacciamo ora alle parole di Kelsen per definire la Norma fondamentale. Essa recita: “*Si devono porre in essere atti coercitivi in presenza delle condizioni e del modo stabilito dalla costituzione che sia storicamente la prima e delle norme poste conformemente ad*

⁷³ *Ivi*, p. 121.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ivi*, p. 124.

essa”⁷⁶; nella sua versione più breve essa recita: “*si deve obbedire al potere costituito ed effettivo*”⁷⁷.

“*Il potere è costituito quando è organizzato*”⁷⁸, quando i principi regolatori di base vengono inseriti in una norma generale, che con un concetto moderno possiamo ricondurre alla costituzione, ma può coincidere anche con la tradizione monarchica. Quando c’è una costituzione che contiene le regole generali di organizzazione di un potere, possiamo dire che esso sia costituito. Invece, il potere è effettivo quando riesce ad imporsi, a farsi rispettare, quando riesce a mantenersi. Perciò, la Norma fondamentale assume che si debba obbedienza al potere che, organizzato in una costituzione, riesca a farsi valere. Al netto di ciò, il sillogismo che permette la qualificazione giuridica della Soll-Norm consiste nella verifica della coerenza della stessa rispetto all’insieme delle norme della costituzione e di quelle poste in virtù di questa. Se l’esito sarà positivo, allora ci troviamo di fronte ad un comando giuridico; al contrario, se il sillogismo evidenzierà un’incoerenza con la Norma fondamentale, allora dovremmo concludere che il comando in questione non è giuridico. Resta, però, quella della qualificazione giuridica di un Soll-Norm, una questione meramente formale: la cogenza del comando non poggia sulla giuridicità dello stesso, dipende dal potere di chi lo emana. A fare la differenza è solo la qualificazione formale del comando, la quale, ritornando alla dicotomia pubblico ufficiale-bandito, renderà sopruso l’uso della forza del bandito, soggezione ad un ordine oggettivo, ad un dover essere oggettivo, il comando del pubblico ufficiale⁷⁹. Anche in questa consapevolezza riecheggia il dominante tratto formalistico delle geometrie legali, trovando in Kelsen solo una definizione del giuridico in senso formale, senza preoccuparsi nemmeno di sondare ciò che è il giuridico, fedele al monito di Galileo Galilei di “*non tentar le essenze*”. Kelsen già ci aveva avvertito nel porre il suo obiettivo operativo: la trasformazione del potere in diritto. In questo senso, il diritto è l’esito di una qualificazione formale del potere, qualificazione che trova la sua origine in un protocollo, quello della Norma fondamentale, indimostrato e indiscusso per definizione.

⁷⁶ H. Kelsen, *General theory of Law and State*, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 125.

⁷⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 125.

⁷⁸ *Ivi*, p. 125.

⁷⁹ *Ivi*, p. 124.

La conclusione del sillogismo, l'esito della procedura di qualificazione giuridica del comando è quella che Kelsen chiama una Soll-Satz, una rappresentazione formale del comando. Perciò, l'ordinamento non è composto dalle Soll-Normen, comandi imposti dal potere del sovrano, libero e incoercibile. L'ordinamento è composto, nella costruzione kelseniana, dall'insieme delle Soll-Satzen, rappresentazioni formali dei comandi del sovrano. Già a questo punto della riflessione, si coglie la distanza tra l'insieme delle norme giuridiche così strutturate e la realtà che da esse si assume debba essere organizzata.

L'aporia della Norma fondamentale

Quanto fin qui rievocato in ordine alla costruzione teorica proposta da Kelsen lascia spazio a più di qualche perplessità. Aldilà dell'evidente distanza tra l'insieme delle norme giuridiche, formalmente qualificate sulla base della *Grundnorm*, e la realtà che da esse si assume debba essere organizzata, questione sulla quale ci soffermeremo più avanti, è lo stesso Kelsen a lasciar trasparire qualche incertezza. Francesco Gentile nelle sue lezioni sottolinea un particolare importante: durante un convegno svoltosi intorno agli anni '30, nel tentativo di rispondere alla domanda: “*cosa si cela dietro al diritto positivo?*”, la risposta del giurista di Praga fu emblematica:

Chi cerca risposta a questa domanda, troverà – temo – non la verità assoluta di una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere⁸⁰.

Sembrerebbe di poter cogliere da questo passo l'assunto per cui dietro al diritto positivo non c'è nient'altro che il potere. Tuttavia, lo stesso Kelsen “*esclude che si possa considerare il diritto positivo come un mero complesso di fatti empirici e lo stato come mero aggregato di rapporti di forza*”⁸¹. Due passi contraddittori, che trasmettono un'ambiguità di fondo e spingono a porsi criticamente in merito al ruolo del potere nella costruzione del geometra legale. Il potere è la *conditio sine qua non* dell'ordinamento giuridico, è ciò che conferisce cogenza anche alle Soll-Satzen. Ma è anche la ragione d'obbedienza alle stesse? Il loro fondamento? La *conditio per quam* dell'ordinamento giuridico, la fonte della qualificazione giuridica è, in Kelsen, la Norma fondamentale. Il potere è necessario perché il comando sia efficace, funzioni, adempia al suo compito coercitivo. Non è però ciò che conferisce giuridicità al comando del più forte. Questo è appannaggio della Norma fondamentale, che è “*fonte comune della validità di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento*”⁸². Allora è approfondendo l'essenza di quest'ultima che possiamo cercare qualche risposta alle perplessità causate dalle considerazioni kelseniane. Perché il fondamento del comando, la ragione dell'obbedienza allo stesso, sembrerebbe essere proprio la Norma fondamentale, non il potere di chi impone il comando. Soll-Norm è un dover essere, ancora non giuridico, espressione della

⁸⁰ H. Kelsen, *Gleichheit vor dem Gesetz*, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 164.

⁸¹ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 165.

⁸² *Ivi*, p. 167.

volontà del più forte, di chi ha più potere. Solo la Soll-Satze è un dover essere oggettivo per i consociati, in essa vi è una ragione d'obbedienza diversa dal potere di chi l'ha imposta. Già sappiamo che la *Grundnorm* è un'ipotesi, un protocollo assunto convenzionalmente per distinguere ciò che è giuridico da ciò che non lo è. Ma se il comando, qualificato come giuridico grazie alla Norma fondamentale, è dotato di effettività, allora l'impianto kelseniano ancora resiste. Tuttavia, viene da domandarsi se la ragione d'obbedienza al comando sia effettivamente la qualificazione giuridica conferita dalla Norma Fondamentale ai comandi del più forte. La Norma fondamentale, nel suo significato letterale, rimanda all'idea che essa sia il fondamento dell'obbedienza ai comandi formalmente qualificati come giuridici, la base su cui essi poggiano. Dal momento che il potere è *conditio sine qua non* ma non fondamento dell'ordinamento giuridico, la ricerca della ragione d'obbedienza alle norme giuridiche, il titolo in base al quale si deve obbedire alla norma giuridica, va ricercato in qualcos'altro. E sembra che nelle considerazioni prima riportate, Kelsen si renda conto che questa ragione d'obbedienza potrebbe identificarsi con qualcosa di differente anche dalla formale giuridicità conferita dal 'sillogismo giuridico'. O meglio, sembra che egli ricerchi il fondamento dell'ordinamento giuridico, la ragione dell'obbedienza alle Soll-Satzen, in qualcosa di diverso dal potere costituito ed effettivo. Pare che il giurista praghese senta l'esigenza di uscire dal binario delle geometrie legali, le quali in un'ottica operativa di dominio sui fenomeni, mai si preoccupano del perché dell'esistenza di questi ultimi, concentrando la loro ricerca sulle più efficienti modalità per governarli. La scelta metodologica fatta a monte da Kelsen renderebbe inutile l'indagine sui motivi dell'obbedienza del singolo al comando. Eppure, il geometra del diritto sente la necessità di sondare questa via, imbattendosi in una questione che sembrava volersi tralasciare: la libera autodeterminazione del singolo⁸³. Nonostante la maniacale attenzione alla formalità, a quella positività del diritto che lo rende trasportabile in ogni contesto, per ogni realtà particolare, Kelsen sente di doversi confrontare con la natura dell'uomo, libero di non seguire il precetto rappresentato dalla Soll-Satze. L'esigenza di questo confronto porta l'autore a introdurre il 'senso del dovere' all'interno del sillogismo giuridico di qualificazione formale del precetto. La Norma fondamentale, l'abbiamo visto, sancisce che si debba obbedire al potere costituito ed effettivo. Sul significato dei due tratti

⁸³ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p.

caratterizzanti il potere cui obbedire già ci siamo soffermati. Il punto focale da sottolineare ora è quel “si deve”, il quale introduce il senso del dovere all’interno della premessa maggiore del sillogismo giuridico: senza il senso del dovere la “Norma Fondamentale” non riesce più a porsi come la premessa maggiore del sillogismo di qualificazione formale, poiché senza il senso del dovere del singolo, elemento strutturale nella conformazione della *Grundnorm*, non avviene nessuna qualificazione del comando come giuridico. Di ciò deve aver tenuto conto Kelsen nel momento in cui ha escluso che lo stato fosse un mero aggregato di rapporti di forza⁸⁴. Va ricordato che Kelsen darà al senso del dovere ipotizzato nella Norma fondamentale il significato teorizzato da Kant nella *Critica della ragion pratica*, laddove il filosofo tedesco introduce la distinzione tra “senso ipotetico” del dovere e “senso categorico” del dovere. È questo secondo significato che Kelsen attribuisce al senso del dovere della Norma Fondamentale: esso si traduce con l’espressione “il dovere per il dovere”, ciò che

*consente di sostenere che l’uomo è capace di una conoscenza dell’essere e non soltanto di una conoscenza ipotetica, virtuale, operativa, quel ‘senso categorico’ che dobbiamo postulare come intrinseco all’uomo, al fine di qualificare come giuridico un comando servendosi di un sillogismo giuridico di cui la Norma Fondamentale è la premessa maggiore*⁸⁵.

Insomma, perché avvenga la qualificazione giuridica di una Soll-Norm, è necessario che venga postulato un soggetto, vero autore della qualificazione giuridica, dotato del ‘senso categorico’ del dovere. Un approdo niente affatto sereno per un geometra legale che aveva preso le mosse dall’ipotesi dello stato di natura. Kelsen pare essersi accorto del cortocircuito, sentendo come necessaria la rivalutazione di una questione lasciata tra parentesi: la libertà di autodeterminazione di ogni essere umano. Sembra sentito come inevitabile, anche dal più lucido geometra legale moderno, il superamento del protocollo dello stato di natura. E, aggiunge Francesco Gentile, sembra sia necessario farlo “*non in termini convenzionali, ma secondo una prospettiva né convenzionale né operativa*”⁸⁶.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ivi*, p. 171.

⁸⁶ *Ivi*, p. 174.

Virtualità e realtà dell'ordinamento giuridico nelle geometrie legali

Abbiamo lasciato in sospenso un tema centrale nella costruzione teorica di Kelsen, ed in generale un tema ricorrente nelle concezioni positiviste del diritto: la virtualità dell'ordinamento giuridico. Per affrontare questo tema è doverosa una sosta, nel tentativo di chiarire cosa si intenda per ordinamento giuridico nel vasto ambito delle geometrie legali.

*“L’idea di ordinamento richiama quella di una pluralità di enti tra loro connessi in modo tale da costituire un insieme [...]: l’ordinamento giuridico è composto da una pluralità di norme”*⁸⁷. Così Gavazzi ben trasmette l’idea per cui l’ordinamento giuridico consista nell’insieme delle norme poste. È l’idea propria delle *geometrie legali*, secondo cui il concetto di ordinamento corrisponde ad un coacervo di norme giuridiche vigenti in una comunità organizzata⁸⁸. All’interno di questo contesto ci si deve muovere, per comprendere le questioni conseguenti alla virtualità dell’ordinamento giuridico. Seguendo l’insegnamento di Francesco Gentile, per cogliere bene ciò che esprime il termine ‘ordinamento’, il quale deriva da ‘ordine’, associato all’operazione dell’ordinare, può essere utile rifarsi ai corrispondenti latini *ordo e ordinatio*. Il primo ha tra i suoi significati ordine, serie, ovvero, più significativamente ‘misura’, laddove l’operazione associata al termine *ordo*, per esempio *ordinem tenere*, “*si attua solo a condizione che ve ne sia la misura*”⁸⁹. Da ciò possiamo intendere il termine *ordinatio* come quell’operazione che prevede la ricerca della misura, una misurazione, l’operazione del misurare⁹⁰. Di più, diventa evidente la difficoltà di svincolare il concetto di ordine da quello di ordinamento, essendo difficile isolare un ordine senza l’operazione di ordinamento e viceversa. A questo punto, tornando alla definizione geometrica dell’ordinamento giuridico, quale “*insieme delle norme*”⁹¹, ci rendiamo conto che nella definizione stessa è presente l’idea di una “*comune misura*”⁹², con la quale mettere

⁸⁷ E. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, 1970, cit. in F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, CEDAM, 2005, p. 2.

⁸⁸ F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, p. 3.

⁸⁹ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 139.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, p. 5.

⁹² *Ivi*, p. 3.

insieme le norme. Tuttavia, la misura scelta per mettere ordine non è irrilevante per l'ordine stesso:

All'ordo non è indifferente se la misura è secondo convenzione o secondo natura, cioè secondo quella che potremmo chiamare l'opinione che si ha dell'ordine, o quella che ha a che fare con l'ordine in sé, rispetto alla quale abbiamo un'opinione⁹³.

Nella costruzione kelseniana, la misura scelta per mettere ordine all'interno delle relazioni intersoggettive è la Norma fondamentale: il sillogismo giuridico proposto da Kelsen costituisce un ordinamento avente come misura la Norma fondamentale. Il punto è che la Norma fondamentale ordina dei comandi che sono già stati prodotti dal sovrano. Perciò, la prima domanda da porsi è la seguente:

Il criterio dell'ordinamento, ossia l'idea di ordine, è intrinseco alla produzione delle norme, giuridiche, e quindi alla posizione di ciascuna di esse, oppure esso è esterno al processo della normazione, sicché risulta necessario pensare ad un ulteriore processo rispetto a quello della posizione delle norme, consistente nel mettere ordine tra e norme poste, e necessariamente attuabile solo sulla base di un criterio ulteriore e comunque diverso rispetto a quello che ha presieduto alla produzione delle stesse?⁹⁴

In Kelsen, l'abbiamo visto, sono presenti due distinti criteri: “*quello che presiede alla Soll-Norm [...] e quello convenzionale ed astratto che è nella norma fondamentale*”⁹⁵. Allora dovremmo individuare l'esistenza di un criterio che il sovrano segue nel porre in essere le Soll-Normen. Tuttavia, sembrerebbe non esserci questo criterio. Il sovrano ritiene insignificante il criterio in base al quale egli ha determinato il comando: nel processo di qualificazione giuridica del comando, sembrerebbe insignificante il criterio in base al quale mettere ordine, sembrerebbe insignificante mettere ordine⁹⁶. Il criterio in base al quale il sovrano procede alla posizione di una norma, il contenuto del precetto, è del tutto scollegato rispetto alla sua formale qualificazione giuridica: Kelsen si disinteressa del ‘perché’ si comanda, proponendo, invece, un criterio astratto per distinguere un comando da un altro, qualificando ciò che è giuridico e ciò che non lo è sulla base di un'ipotesi non discussa e non dimostrabile. Si pone ora come evidente quanto

⁹³ *Ivi*, p. 140.

⁹⁴ F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, CEDAM, 2005, p. 6.

⁹⁵ ⁹⁵ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 140.

⁹⁶ *Ivi*, p. 141.

già si era accennato in precedenza: la costruzione kelseniana dà luogo ad un ordinamento giuridico puramente virtuale, convenzionale, inevitabile esito di quella scelta metodologica propria delle geometrie legali. L'assunto di partenza dello stato di natura, celato anche in Kelsen, di un mondo originariamente incapace di ordine, conduce il giurista praghese a configurare un ordinamento puramente virtuale, lasciando la realtà da parte e quindi non dicendo nulla su di essa. Tuttavia, la sovrapposizione dell'ordine virtuale alla realtà ha degli effetti sulla stessa: l'ordinamento virtuale, nell'ottica delle geometrie legali, dev'essere funzionale, efficace, altrimenti perde la sua ragione d'esistere. Su ciò si deve riflettere: a cosa è funzionale l'ordinamento virtuale kelseniano? Alla luce di quanto detto in precedenza, al netto della scelta metodologica fatta da Kelsen, e vista la conflittualità dell'essere umano ipotizzata dal giurista praghese, regolabile solo con il criterio della forza, l'ordinamento virtuale è funzionale al potere di chi ha comandato, è volto all'assoggettamento al sovrano⁹⁷. L'insieme delle Soll-Satzen, rappresentazioni formali esito della procedura di sussunzione delle Soll-Normen nella Norma fondamentale, è funzionale al controllo sociale. E questo è un approdo che non può essere acriticamente condiviso: *“non si può dire che il giusto ordine tra i componenti di una comunità politica sia perseguibile solo mediante l'esercizio del potere da parte del più forte”*⁹⁸.

Stante la virtualità del diritto nelle costruzioni geometriche, l'ordinamento giuridico è il *“vestito della forza uscita vincente dal conflitto sociale”*⁹⁹. Il tunnel in cui si trovano intrappolate le geometrie legali, costituito dalla virtualità dell'ordine che esse cercano di mettere all'interno del disordine proprio dei reali rapporti intersoggettivi, conduce alla spersonalizzazione dell'individuo, il quale dev'essere ipotizzato come una pedina degli scacchi, un automa (quale senza dubbio non è), perché il tentativo di mettere ordine sovrapponendo la virtualità alla realtà funzioni. Quella della spersonalizzazione dell'individuo è una questione che ha affannato lo stesso Kelsen, costretto a postulare un “senso categorico” del dovere nell'uomo, perché la qualificazione giuridica delle Soll-Normen funzionasse. Sol che ciò induce il ragionamento kelseniano ed una evidente contraddizione. Per uscire dal tunnel, per evitare la violenza di un ordinamento giuridico

⁹⁷ *Ivi*, p. 142.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ F. Gentile, *Ordinamento giuridico* p. 14.

concepito esclusivamente in funzione del controllo sociale, serve una radicale svolta metodologica, innanzitutto nell'approccio alla realtà e al modo in cui l'uomo si relaziona con la stessa, abbandonando il ragionamento ipotetico-deduttivo e di conseguenza l'ipotesi dello stato di natura, cedendo il passo ad un autentico amore per il sapere, che è anzitutto porsi dinanzi al reale senza presupposti, senza ipotesi, disposti a discutere su tutto, senza certezze. Sarà necessario rifiutare il concetto geometrico di ordinamento giuridico, quale insieme ordinato di norme, puramente virtuale, per cercarne un altro, il quale, al contrario, dica qualcosa sulla realtà.

Il ruolo del giurista delle geometrie legali e la necessaria svolta metodologica nell'approccio alle relazioni intersoggettive

Prima di affrontare le questioni relative alla svolta metodologica che si mostra necessaria, è utile soffermarsi sul ruolo del giurista, in primis del giudice, in una costruzione dell'ordinamento giuridico siffatta. Perché in un contesto del genere, dove il giurista è interprete impotente di una volontà altrui, funzionario pubblico tenuto a sovrapporre l'ordinamento virtuale al caos delle relazioni intersoggettive reali, senza poter effettivamente conoscere alcunché di quella realtà, essendo egli solo un tecnico del diritto, la sconsolata conclusione è quella che ci fornisce lucidamente Paolo Grossi, acuto storico del diritto:

il giurista ufficiale, in forza della sua plagiata coscienza, sembra non rendersi conto dell'esproprio subito e vive soddisfatto, pago di quella briciola che il legislatore gli consente: l'esegesi, che è però soltanto l'elemosina a un povero nullatenente¹⁰⁰.

Un "povero nullatenente" perché nel dire la volontà altrui, nell'esplicare la volontà della forza uscita vincente dal conflitto sociale, ancorché vestita della forma dell'ordinamento giuridico, il giurista si ritrova spogliato di quella che è la sua funzione: conoscere, e dire, il giusto nelle cose. Se nel tentativo di mettere ordine nelle relazioni intersoggettive il criterio prescelto è la forza, al giurista non resta che interpretare al meglio il ruolo che lui stesso si è scelto, ruolo che lo pone in prima fila nell'operazione di assoggettamento del suddito al sovrano: quello di *enzima* del potere. Alla giurisprudenza, in particolare, resta quel ruolo, ben evidenziato nella costruzione di Hobbes, di messaggero ufficiale della volontà sovrana: nell'interpretare, il giudice non attua un lavoro di conoscenza ma si fa mero portavoce della volontà del sovrano. E lo fa, non in virtù di una competenza peculiare e preziosa, ma in quanto autorizzato dal sovrano a parlare in nome e per conto dello stesso. Tralasciando le riflessioni, già affrontate, in ordine all'impossibilità di una siffatta neutralità dell'attività interpretativa, ciò che, a mio avviso, si rende evidente è l'incompatibilità tra l'esproprio attuato nei confronti del giurista e la necessità che sempre si manifesta nella comunità, ch'egli svolga il suo ufficio di giustizia. Perché

¹⁰⁰ P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, cit. in F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, CEDAM, Padova, 2005, p. 19.

L'esperienza nella quale il giurista viene chiamato, advocatus, ad esplicitare la sua professione è l'esperienza della lite: del conflitto, della comunicazione interrotta, della relazione lacerata. Ed egli corrisponde alla richiesta d'aiuto mediante la rappresentazione del suo di ciascuno¹⁰¹.

Ora, nell'ottica della geometria legale, la rappresentazione del suo di ciascuno c'è, ed è configurata dalla norma tecnica: "se A allora B". Non potendo evitare la conflittualità ipoteticamente postulata in ognuno, il geometra legale neutralizza le conseguenze causate dai conflitti insiti nelle relazioni intersoggettive, conseguenze che sono il vero danno che l'ordinamento mira ad evitare, costruendo un ordinamento virtuale da sovrapporre alla realtà per neutralizzarla. Sarà affrontando le questioni legate alla svolta metodologica da intraprendere, che potremmo criticamente scorgere la possibilità di un'alternativa a tale sconforto. Il giurista, e, primariamente, la giurisprudenza, hanno un ruolo di conoscenza primario all'interno della comunità. Questo ruolo si esplica nel processo, laddove le parti chiedono che venga rappresentato il suo di ciascuno, da quel terzo che può dirlo, poiché comune a tutte le parti ma non esclusivo di nessuna. Rifiutando la forza come criterio di gestione dei rapporti intersoggettivi, concedendo alle parti un criterio razionale per dirimere i propri conflitti, il giudice si rivela detentore di una grande responsabilità, derivante dall'operazione dialettica che le parti gli chiedono di esplicitare nel processo. In tale contesto, comprenderemo la fecondità della prospettiva processuale proposta da Opocher, corroborata dai contributi del suo allievo Francesco Gentile. La concezione del diritto come valore ci mostra, inoltre, una via per accantonare l'ipotesi dello stato di natura, senza la tentazione di formulare un'ipotesi ulteriore: l'esperienza concepita alla luce del concetto di valore dà alla conflittualità dell'esistenza umana, un significato diverso da quello presupposto dai geometri legali. Opocher non nega l'esistenza del conflitto nelle relazioni intersoggettive, anzi. Egli lo struttura come qualcosa di connaturato all'essere umano. Come vedremo in seguito, Francesco Gentile individuerà nel concetto di autonomia personale la capacità dell'essere umano di *mettere ordine* in questa conflittualità intrapersonale.

Ad ogni modo, ciò che il filosofo trevigiano mette in evidenza è la necessità di leggere questo conflitto come fecondo nell'esistenza di ognuno, senza il bisogno di annichilirlo per il tramite di un'imposizione esterna. L'uomo cerca di attingere al valore della propria

¹⁰¹ F. Gentile, *Legalità, giustizia e giustificazione, sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, ESI, 2008, Napoli, p. 52.

pretesa nell'opposizione con l'altro senza presupporre una prevaricazione alla propria. Il diverso è irrinunciabile per l'esperienza giuridica se si vuole attingere al valore. Allora il processo è il luogo in cui il diritto si manifesta originariamente, nello scontro delle pretese. Non, invece, il luogo dell'affermazione di una volontà altrà, cogente per una qualsivoglia qualificazione formale. La forza non ha più diritto di cittadinanza nel contesto proposto da Opocher, poiché lo scontro tra pretese sarà volto all'affermazione di ciò che è comune alle parti, senza dover distruggere, mediante atti di forza, nessuna delle posizioni reciprocamente in contrasto. Opocher, così come il suo allievo Gentile, rifiuta il paradigma dello stato di natura, la tesi scettica e quella individualistica, non formulando un'ipotesi nuova, ma tramite un approccio conoscitivo già ben conosciuto dai giuristi romani:

L'argomentare del giurista romano non è mai caratterizzato da una procedura astrattamente deduttiva ma sempre da una procedura dialettica a partire dall'esperienza dei casi concreti. Procedura dettata, prima che da un interesse operativo, da un autentico amore del sapere (filosofia)¹⁰².

¹⁰² F. Gentile, *Legalità, giustizia e giustificazione*, p. 103.

CAPITOLO III: La prospettiva processuale in Francesco Gentile. Il processo come luogo di ordinamento delle relazioni intersoggettive

La svolta metodologica introdotta da Francesco Gentile: il concetto di autonomia personale all'origine dell'ordinamento giuridico.

Siamo giunti ad un punto in cui è evidente la necessità di superare l'aporia in cui si sono infilate le geometrie legali. L'ipotesi dello stato di natura conduce il 'geometra delle leggi' a configurare un ordinamento puramente virtuale, che nulla dice sulla realtà delle relazioni intersoggettive che si assume di ordinare. Ma è lo stesso Kelsen a riconoscere sconfortato come non *“si possa considerare il diritto positivo come un mero complesso di fatti empirici e lo stato come mero aggregato di rapporti di forza”*¹⁰³. Egli stesso deve postulare un 'categorico' senso del dovere, innato nell'uomo, perché il suo processo di qualificazione giuridica dei comandi si regga in piedi. Per uscire dall'impasse è necessario anzitutto ribaltare radicalmente l'approccio metodologico alla realtà: l'atteggiamento di chi si propone di approcciarsi alla complessità del reale dev'essere caratterizzato da una *disponibilità all'ascolto, all'oggettiva percezione del reale e alla paziente fatica dell'esperienza, non pregiudicata da “a priori”, né ideologici né scientifici, ma aperta alla radicale problematicità che solo un incondizionato amore del sapere (filosofia) propizia*¹⁰⁴.

Dunque, ciò che caratterizza la ricerca del filosofo *“è un desiderio ardente di sapere”*¹⁰⁵, sempre alimentato dalla consapevolezza di non sapere. Questo atteggiamento autenticamente filosofico impone la ricerca anzitutto della domanda cui si vuole dare una risposta. In questa sede, si tratta di cogliere la domanda alla base delle teorie geometriche dell'ordinamento, la domanda cui i geometri del diritto rispondono mediante le loro costruzioni teoriche:

*Cogliere la problematicità significa di entrare all'interno dell'opinione, cogliere la domanda di cui l'opinione pretende di essere la risposta e superare tale risposta particolare con una domanda che deve tener presente il tutto.*¹⁰⁶

¹⁰³ F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 165.

¹⁰⁴ F. Gentile, *Legalità, giustizia e giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008, ESI, p. 98.

¹⁰⁵ Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 196.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 203.

Per ciò che qui interessa, la domanda su cui si basa il protocollo delle geometrie legali, la quale si cela dietro le ragioni del contratto sociale, riguarda la relazione tra l'io e l'altro, *“che è la condizione per ogni tipo di ordinamento e anche la sua fonte”*.¹⁰⁷ Le costruzioni geometriche dell'ordinamento giuridico postulano un'incapacità dell'uomo di relazionarsi con l'altro, se non nella forma della prevaricazione. Postulano la totale assenza di “senso del dovere”. Tuttavia, sono poi costrette a sostenere, invece, la presenza di un'attitudine generale al mantenimento del diritto, un 'senso categorico' del dovere, come accade in Kelsen, perché il loro protocollo regga l'impatto con la realtà. Affrontando la questione mediante una similitudine, seguendo quanto predicano le geometrie legali, le regole che presiedono le relazioni intersoggettive sono come le regole di un gioco, necessariamente convenzionali. Non volendo, tuttavia, assumere aporematicamente, come se consistesse in un protocollo indimostrato, il rispetto da parte dei giocatori delle regole convenzionali, pena l'applicazione del metodo ipotetico-deduttivo, si deve riconoscere che, perché si possa giocare, i giocatori devono essere disposti a rispettare le regole del gioco. Ed è un riconoscimento possibile sol che si cerchi di cogliere l'essenza della relazione tra l'io e l'altro. Per fare ciò, è necessario *“immergersi nel mare aperto dell'esperienza”*¹⁰⁸, avvalendosi della buona regola della dialettica, secondo la quale

*di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non si smette di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono la specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere.*¹⁰⁹

Qui sta la svolta metodologica, necessaria alla luce dell'aporia cui ci ha condotti la complessa questione riguardante il senso del dovere, così come concepito all'interno di costruzioni teoriche che postulano l'uomo nella condizione dello stato di natura: *“risulta chiaro che il senso del dovere non può essere affrontato in termini ipotetico-deduttivi, ma deve essere affrontato riconoscendo che, in realtà, esso è connaturato all'uomo”*.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 204.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 33

¹⁰⁹ Platone, *Politico*, p. 285 a-b, cit. in F. Gentile, *Legalità giustizia e giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 58.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 212.

Connaturato all'uomo concepito come soggetto dotato di autonomia. Dunque, dal concetto di autonomia si deve partire, nel tentativo di cogliere l'essenza della relazione tra l'io e l'altro, oggetto della domanda cui le geometrie legali cercano di rispondere. Nel cercare di indagare l'essenza dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, dobbiamo porre la nostra attenzione sulle somiglianze e sulle differenze che vi sono tra quest'ultimo e il singolo soggetto. Ciò non per una *“peregrina ubbia metafisica”*¹¹¹. Al contrario, sono le costruzioni geometriche dell'ordinamento giuridico ad obbligare quest'opera di ricerca, avente ad oggetto, in primis, il singolo individuo. Bisogna perciò riconoscere la centralità del problema relativo all'autonomia personale, nella quale Gentile coglie il *“sostrato reale dell'ordinamento giuridico”*¹¹².

L'espressione autonomia evoca il concetto di regolarità, la disposizione del singolo a seguire una regola. E ciò non sulla base di una convenzione. Nella struttura della relazione intersoggettiva, sempre determinata da regole poste convenzionalmente, la disposizione dei soggetti a seguire quelle regole, l'abbiamo accennato, non è anch'essa convenzionale, anzi: *“[la relazione intersoggettiva] si stabilisce in quanto i soggetti, che ne sono parte attiva, siano disposti a seguirle [le regole] realmente e non convenzionalmente”*¹¹³. Tuttavia, prosegue Gentile, nel termine autonomia si cela un altro significato rilevante per il nostro discorso: l'attitudine del singolo all'autoregolamentazione.¹¹⁴ Questo approdo obbliga a riflettere sul piano intra-soggettivo, essendo il soggetto che si autoregola *“da un lato, ‘signore di sé’ e, dall'altro, ‘di sé schiavo’”*.¹¹⁵ Restando nel binario delle geometrie legali, con Hobbes constatiamo che *“non è possibile che un soggetto sia vincolato verso sé stesso, perché chi può vincolare può sciogliere; perciò chi è vincolato solo verso sé stesso non è vincolato”*¹¹⁶. Queste considerazioni sono inevitabili se s'intende il rispetto delle regole come un mero atto di volontà. Se la relazione intersoggettiva la s'intende come un mero *“aggregato di rapporti di fatto tra forze”*¹¹⁷, allora le conclusioni hobbesiane sono necessitate. Tuttavia, abbiamo appurato che, anche per Hans Kelsen, il più lucido geometra legale contemporaneo, l'ordinamento

¹¹¹ *Ivi*, p. 35.

¹¹² *Ivi*, p. 37.

¹¹³ *Ivi*, p. 37.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 38.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

giuridico “*non è un mero complesso di fatti empirici*”¹¹⁸. Perciò, il rispetto delle regole dev’essere letto come qualcosa di differente da un atto di volontà. Con l’ausilio di quanto scrive Platone nella *Repubblica*, è possibile conferire al concetto di autonomia, nel senso di autodeterminazione del singolo, un significato diverso:

*nella stessa anima di ciascun uomo vi sono due aspetti uno migliore uno peggiore e quando la parte per natura migliore ha il governo della parte peggiore, ecco l’espressione essere padrone di sé e suona lode; quando invece per colpa di una cattiva educazione o di una non buona compagnia la parte migliore più debole è vinta dalla peggiore più forte allora chi si trova in questa situazione è detto schiavo di sé e la frase suona biasimo suo e di rimprovero.*¹¹⁹

Con queste parole Platone riflette, approcciando al tema relativo alla nascita della *polis*, sulla temperanza, virtù che, a differenza di coraggio e prudenza, proprie solo di una parte della comunità, si estende invece a tutti i componenti della *polis*. Per il filosofo greco, la temperanza è la virtù che si identifica con la “*capacità di produrre ciò che soddisfa un bisogno*”.¹²⁰ Ma è anche, appunto, la virtù che si estende a tutti i componenti della comunità, corrispondente alla padronanza di sé. E non nel senso che le dà la lettura hobbesiana. Per comprendere cosa intenda Platone per ‘essere padroni di sé’, è necessario tornare al testo della *Repubblica*:

*I bambini e donne e schiavi e liberi e operai e governanti e sudditi, tutti e ciascuno, fanno rispettivamente ciò che gli spetta senza inserirsi in ciò che è proprio d’altri e quindi non gli spetta.*¹²¹

Il riferimento al piano della comunità si rivela significativo anche per il piano intra-soggettivo: si è padroni di sé quando, nella relazione intra-soggettiva delle parti della propria anima, ciascuna fa ciò che le spetta senza inserirsi in ciò che è proprio di un’altra parte. Perciò, la parte per natura migliore, cioè quella razionale, deve “*stare sopra*”¹²², ossia governare quella peggiore, che è la parte che appetisce. In questo consiste l’autonomia personale. Perciò, prima ancora di indagare l’essenza della relazione intersoggettiva, si deve appurare che una relazione esiste anzitutto all’interno del singolo soggetto, e può essere individuata nel concetto di autonomia. Essa è propedeutica

¹¹⁸ *Ibidem*

¹¹⁹ Platone, *Repubblica*, 431a, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 218.

¹²⁰ Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 215.

¹²¹ Platone, *Repubblica*, 431a e 432a, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 218.

¹²² *Ibidem*.

all'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive: l'autonomia è, primariamente, *“un modo di essere del soggetto umano [...] ciò che ne fa una persona”*.¹²³ Se l'autonomia viene posta all'origine dell'ordinamento giuridico, allora esso può essere inteso come *“modalità della comunicazione interpersonale, attuantesi attraverso l'obbedienza delle leggi variamente poste nella comunità politica”*.¹²⁴ Il rispetto delle regole è, va ribadito, connaturato all'essere umano, stante la sua natura di soggetto dotato di autonomia.

¹²³ Gentile, *Ordinamento giuridico*, p. 40.

¹²⁴ *Ibidem*.

L'essere dell'uomo è essere nella relazione: la dialettica tra relazione intersoggettiva e relazione intra-soggettiva.

Proseguendo nella ricerca in merito al complesso tema riguardante la relazione tra l'io e l'altro, si deve tornare al testo della *Repubblica* di Platone, laddove il filosofo greco riflette sulla nascita dello stato:

*ciascuno di noi si trova nell'impossibilità di bastare a sé stesso avendo bisogno di un'infinità di cose, cosicché la comunità comincia a definirsi in funzione dei bisogni e dell'attitudine a soddisfare i bisogni di ciascuno.*¹²⁵

La comunità nasce per il tentativo di ogni soggetto di soddisfare i propri bisogni. Di fronte a questo tentativo, il singolo comprende la necessità di relazionarsi con l'altro, non potendo ciascuno bastare a sé stesso. La relazione con l'altro è caratterizzata dalla comunicazione: “*la comunità comincia a definirsi in funzione dei bisogni e dell'attitudine a soddisfare i bisogni di ciascuno*”¹²⁶; non, invece, in funzione del reciproco tentativo di prevaricazione di tutti su tutto. Acquisita la necessità della relazione con l'altro, Platone introduce i tre gruppi di soggetti componenti la *polis*: i *demiurgo*i, coloro i quali con la loro opera trasformano le cose, producono ciò che soddisfa i bisogni materiali. I *phylakes*, termine traducibile con “custodi”, cioè coloro che soddisfano il bisogno di protezione della comunità. Questi ultimi vengono descritti da Platone come dei cani di razza, amichevoli e mansueti con i cittadini e ostili con gli estranei: ecco perché Platone affronterà, in merito ai *phylakes*, la questione relativa all'individuazione di coloro che hanno approfondito il problema della conoscenza di ciò che è bene e ciò che è male, dal momento che “*è la conoscenza che determina l'orientamento delle relazioni e regola la forza del custode*”.¹²⁷ Infine, i filosofi, coloro i quali assumono una funzione direttiva della comunità. Ogni componente di ogni gruppo ha un ‘debito’ nei confronti della comunità, nei confronti dell'altro, poiché ognuno necessita dell'altro per la soddisfazione dei propri bisogni: il produttore dev'essere capace di produrre, il custode dev'essere capace di custodire e il filosofo dev'essere veramente capace di filosofia, capace di vedere le cose¹²⁸, per poter guidare la comunità. Ognuno, stante le proprie caratteristiche,

¹²⁵ Platone, *Repubblica*, 331c, cit. in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 213.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

dev'essere fedele a ciò che è, assumendo ciò una rilevanza anche sul piano della comunità. Ancora una volta, risulta chiara l'importanza del concetto di autonomia, come intesa da Francesco Gentile, quale sostrato dell'ordinamento giuridico: *“essere autenticamente ciò che si è ha anche una particolare importanza sociale [...] cosicché l'essere virtuoso per la comunità significa anche essere effettivamente virtuoso per sé stesso”*.¹²⁹ Il filosofo è virtuoso se è dotato di prudenza, virtù propria di chi è capace di vedere le cose; la virtù del custode è il coraggio, la capacità di affrontare il dolore, la paura, il pericolo; la virtù del produttore è la temperanza, la quale, abbiamo visto, consiste nella *“capacità di produrre ciò che soddisfa un bisogno”*¹³⁰. Corrispondere al proprio 'debito' nei confronti della comunità e quindi dell'altro, in questo contesto, significa essere temperanti per il produttore, coraggiosi per il custode, prudenti per il filosofo. Significa, nella relazione con l'altro, essere fedeli a ciò che autenticamente si è. Perciò, il piano interno al singolo soggetto, laddove vi deve essere un equilibrio tra le parti dell'anima per essere 'padroni di sé', si riversa nel piano della comunità, dove vi è una relazione tra le virtù dei gruppi sociali. La briglia che mantiene l'equilibrio tra le tre virtù è la giustizia, poiché, per Platone, una comunità, laddove ognuno segue la propria virtù, ciascuno adempie al proprio 'debitum', è una comunità giusta. La giustizia è il concerto tra le tre virtù:

*se dovessimo giudicare quale di queste virtù sia quella che più di ogni altra contribuisce alla bontà del nostro stato sarebbe difficile dire se l'accordo tra chi governa e chi è governato o la difesa che si attua fra i guerrieri o la giusta opinione intorno a ciò che è o non è da temere o la prudenza e la vigilanza dei magistrati.*¹³¹

La giustizia, perciò, viene concepita da Platone come il fare ciascuno ciò che gli spetta, concetto che corrisponde al 'senso del dovere', il quale si sostanzia nella virtù della giustizia. Ciò che dev'essere messo in evidenza è che il 'debitum', la tendenza di ogni uomo a rispettare ciò che deve all'altro, il senso del dovere, appunto, emerge e può essere riconosciuto solo nella relazione tra le diverse parti (a partire da quelle componenti l'animo del singolo soggetto) componenti l'intera comunità. Quella relazione che Kelsen (così come altri geometri del diritto), riteneva impossibile e da evitare, postulando l'uomo

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 215.

¹³¹ Platone, *Repubblica*, 433c, cit. in Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 217.

nella condizione dello stato di natura, incapace di relazionarsi con l'altro e votato solo al desiderio di prevaricazione. E, tuttavia, anche il filosofo praghese si è poi dovuto ricredere, assumendo un ipotetico "senso categorico" del dovere insito in ogni soggetto, quale fondamento della sua costruzione formale dell'ordinamento giuridico.

A questo punto, è necessario approfondire la virtù platonica della giustizia, e per farlo è necessario tornare al piano del singolo soggetto, approfondendo la struttura platonica dell'anima. Essa, come già esposto in precedenza, è composta da una parte che appetisce e una parte che riflette; inoltre, vi è una terza parte componente l'anima dell'uomo, il *thymòs*, traducibile con spirito, ma avente una pluralità di significati (vita, sentimento, volontà, pensiero, cuore, ardire, veemenza, collera): *"In altri termini, il thymòs può tendere verso il concupire, l'appetire, oppure verso il ragionare, il riflettere e può dunque aiutare il loghistikòn, il ragionare"*.¹³² La relazione tra le parti dell'anima si struttura gerarchicamente, dove la parte migliore, che è la parte razionale, governa la parte peggiore, cioè quella che appetisce. Se accadesse il contrario, l'anima cadrebbe nel caos e nella conflittualità. È della parte razionale il compito di contenere la parte peggiore, che appetisce: *"[...] nel singolo la giustizia è che le parti che compongono la sua anima non si prevarichino"*.¹³³ La relazione tra le parti dell'anima è garantita dalla gerarchia tra parte migliore e parte peggiore: *"è necessario ricordarsi che quando ciascuna delle parti che è in noi attuerà pienamente la sua funzione allora saremo giusti e compiremo il nostro dovere"*.¹³⁴ Perciò, nella *Repubblica*, il giusto è determinato dall'equilibrio, in primis nella relazione tra le parti dell'anima. Lo stesso, poi, si realizza anche nella relazione tra le parti della comunità: *"la giustizia è l'armonia delle tre parti e consiste nel ricondurre ad unità una molteplicità di aspetti sia nello stato sia nell'anima di ogni uomo"*.¹³⁵ Il comportamento delle diverse parti, dell'anima come dello stato, è virtuoso se fa riferimento alla virtù della temperanza, virtù comune a tutte le parti dell'anima e dello stato. Da ciò si comprende come le virtù, oltre ad essere in relazione tra loro, sono anche in relazione con il tutto: vi è una relazione tra le parti dell'anima e l'anima come tutto. Allora, può capitare che il *phylankes*, dotato di coraggio, ecceda nella forza, nella veemenza, nell'acutezza di corpo e mente, e allora non si parlerà più di coraggio ma di

¹³² *Ivi*, p. 219.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ivi*, p. 220.

hybris, che è violenza, tracotanza. Allo stesso modo, la temperanza è una virtù se resta all'interno di determinati limiti, altrimenti diviene codardia, viltà, timidezza, meschinità. Per questa via, Platone giunge alla definizione di “giusta misura”, che è modalità di misurazione tra eccesso e difetto¹³⁶. La relazione, tra le parti dell'anima e tra quelle della comunità, si definisce “*non in termini meramente quantitativi, ma con riferimento alla funzione rispetto alla quale si misura*”¹³⁷. Questa funzione è proprio la “giusta misura”, che è il mezzo tra gli estremi. L'eccesso o il difetto di una virtù, nella relazione con il tutto, è misurato proprio in funzione del medio tra gli estremi. Perciò, la giusta misura diviene la misura del dovere, che è esso stesso medio tra gli estremi: il senso del dovere si riferisce alla giusta misura, “*al misurare il rapporto dell'eccesso e del difetto in rapporto alla giusta misura*”.¹³⁸ Nella ricerca della giusta misura, che è “*la sola misura del dovere*”¹³⁹, il metodo da seguire è quello, già incontrato, della dialettica. Diviene quindi evidente che non si può dare misura matematica delle relazioni intersoggettive, ma solo misura dialettica. Quest'ultima permette al giurista di ricercare, nel contesto della lite, una relazione tra le parti in opposizione, mostrando ciò che è loro comune, perché incontrovertibile. Le costruzioni geometriche dell'ordinamento predicano l'imposizione di una forza esterna alle pretese delle parti, cosicché il conflitto venga neutralizzato. Manca però la risoluzione della lite, che resta tale, venendo solo annichilita. Francesco Gentile, invece, mostra la via che ci premette di rifiutare questo annichilimento, partendo anzitutto dalla natura dell'uomo, caratterizzato da quell'autonomia che gli restituisce l'essenza di persona, capace di riconoscere il proprio debito nei confronti dell'altro: capace di senso del dovere. Ciò è ancor più chiaro se, ancora una volta, dal piano della relazione dell'io con l'altro si passa alla relazione intra-soggettiva caratterizzante ciascuno:

nella stessa individualità del soggetto, ciò che è dovuto può dirsi tale solo in termini di relazione; il senso del dovere si esplica sì nella relazione tra soggetti, ma, a monte, è all'interno del singolo soggetto, dove il debitum si presenta ancora in termini di relazione. Perché? Perché lo stesso io è una relazione. [...] Allora l'armonia – tra le parti dell'anima del soggetto –, in realtà, è

¹³⁶ *Ivi*, p. 221.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ivi*, p. 222.

¹³⁹ *Ibidem*.

*garantita solo dal fatto che ogni parte stia al suo posto, ch , a questo punto, diventa molto significativo che cosa significhi stare al proprio posto.*¹⁴⁰

E, si   visto, ci  coincide con il concetto di autonomia. Coincide con lo “stare sopra” della parte “migliore” dell’anima dell’uomo. Grazie al rapporto dialettico instaurato tra la relazione intra-soggettiva e la relazione intersoggettiva,   stato possibile riconoscere come, alla base del comportamento individuale, stia il principio di giusta autonomia dell’uomo¹⁴¹.   l’abbandono dell’ipotesi dell’uomo dello stato di natura, possibile grazie al riconoscimento dell’autonomia personale propria di ogni soggetto, che ci permette di uscire dall’aporia relativa della virtualit  dell’ordinamento giuridico, causata dalle geometrie legali, e individuare il criterio per mettere ordine nelle relazioni intersoggettive. Ponendo la giusta autonomia all’origine dell’ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, la misura dell’ordinamento giuridico si rivela essere secondo natura, infatti:

*  dal di dentro, dall’intimo dell’uomo che la legge viene accettata, accolta, ascoltata, come norma che dell’uomo dirige l’azione, perch  la sua azione, per essere veramente sua, dev’essere orientata secondo un ordine naturale.*¹⁴²

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 253.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 255.

¹⁴² *Ivi*, p. 255.

Il conflitto e la controversia: dalla volontà di dominio alla rappresentazione del *suum* di ciascuno.

L'ordinamento delle relazioni intersoggettive si realizza nello scontro dialettico tra le diverse visioni dell'ordine naturale di ogni soggetto. Questa è la via che ci mostra Francesco Gentile, all'esito della scoperta dialettica del criterio per mettere ordine nelle relazioni intersoggettive. Ma è una scoperta che esige una giustificazione più accurata. Infatti, nel contesto della relazione lacerata, della lite, non si è già di fronte a diverse visioni dell'ordine naturale. Il conflitto intersoggettivo si presenta come un conflitto reale, non un conflitto ipotetico come quello dello stato di natura. Qui diviene fondamentale il ruolo del giurista, soggetto cui le parti si rivolgono perché del conflitto vengano esplicitati oggetto e soggetti coinvolti. Oggetto del conflitto "*immediatamente è il dominio su di una cosa o su di una persona ridotta a cosa*"¹⁴³; soggetti del conflitto sono tutti coloro che, in via diretta o indiretta, sono coinvolti nella contesa, alimentandola in ogni modo, anche violento. Da ciò si comprende come il conflitto è qualcosa di innaturale, un disordine nella relazione, una deficienza di naturalità. È una rottura della relazione tanto intersoggettiva, quanto intra-soggettiva. Al giurista i contendenti si rivolgono "*come ad un paraclito, ad un soccorritore*"¹⁴⁴, chiedendo aiuto nell'esplicitare le ragioni delle pretese di dominio, cosicché alla pretesa di dominio subentri, eventualmente, il riconoscimento di un diritto sull'oggetto della lite. Il momento in cui le parti si rivolgono al giurista, che è il momento processuale, è il momento in cui le ragioni della pretesa, o delle pretese, subentrano alla volontà di dominio, trasformando l'originario conflitto in controversia. La parte passa "*dal dominio sulla cosa, alla riflessione sulle ragioni per le quali, a prescindere dalla capacità effettiva di domandarla, questa gli sia dovuta*".¹⁴⁵ Quanto appena descritto è il mutamento dell'oggetto della lite. Al giurista ci si rivolge, non per ristabilire un dominio ma per rappresentare un diritto, "*per riconoscere le ragioni per le quali si ritiene che un diritto debba essere riconosciuto*".¹⁴⁶ L'ufficio del giurista si mostra come un lavoro di traduzione, in termini giuridici, delle pretese delle parti, perché esse possano discutere su ciò che spetta a ciascuno. Il momento in cui muta l'oggetto della lite è anche il momento in cui il conflitto si trasforma in controversia, che

¹⁴³ *Ivi*, p. 268.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 269.

¹⁴⁵ *Ivi*, p. 270.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

è anzitutto riflessione sulle ragioni di una pretesa. Ma nella controversia, grazie al lavoro di traduzione del giurista, avviene anche quello scontro dialettico tra le diverse visioni dell'ordine naturale di ognuno, che non è più un conflitto innaturale, anzi: è ciò che, nella sede processuale, permette di mettere ordine nelle relazioni intersoggettive. L'ordinamento giuridico così strutturato è operazione che avviene solo nella relazione, ricostituita dal lavoro del giurista.

Il ruolo del diritto positivo nella traduzione del conflitto in controversia.

In questo contesto, la legge è lo strumento principale perché sia possibile la traduzione del conflitto in controversia. Francesco Gentile avverte subito: *“Un errore, che non esiterei a definire grossolano, [...] consiste nell’identificare immediatamente l’ordine, con il testo preciso della legge”*.¹⁴⁷ Applicare formalmente il disposto della norma, nel contesto della lite, non ha l’effetto di risolverla. Di più, non è l’ufficio del giurista applicare formalmente la legge. La legge è uno strumento operativo, utile, anzi fondamentale, per tradurre in termini giuridici la pretesa di dominio, cosicché le parti possano discutere rispetto alle ragioni per cui deve essere riconosciuto un diritto. Per comprendere la natura strumentale, ma non per questo meno rilevante, del diritto positivo, Francesco Gentile propone un paragone tra legge e concetto, sempre percorrendo il metodo dialettico:

Come il concetto, con la sua fissità interlocutoria, costituisce un principio regolatore della coscienza, nel senso che l’uomo, mediante il concetto, o meglio mediante la rete dei concetti, in cui si unificano le precedenti esperienze, si apre a esperienze nuove, così la legge, con la sua fissità interlocutoria, esercita la funzione di modello per l’azione umana, nel senso che l’uomo trova nella legge, o meglio nella rete delle leggi, in cui si sono raccolti i tratti qualificanti di una relazione, le indicazioni utili per disporsi alla relazione con gli altri; nel caso specifico della lite, superando le lacerazioni prodotte dai conflitti.

Certo, con Platone, potremmo obiettare che la legge non servirebbe se avessimo buoni magistrati, i quali saprebbero risolvere i casi concreti, ricomporre le lacerazioni causate dalle liti. E, tuttavia, la finitezza dell’essere umano abbisogna di una certa fissità, di un modello, seppur rozzo o apparentemente ignorante. E quel modello è la legge, la quale stante la sua fissità, qui interviene il giurista, dovrà sempre essere interpretata. Ciò che è importante è riconoscere la natura strumentale della legge, che non è essa stessa l’ordine, così come il concetto non è la cosa in sé che rappresenta. La legge è però lo strumento per il ristabilimento dell’ordine, nello scontro dialettico delle ragioni di parte. La legge non corrisponde al *sum* di ciascuno: essa è lo strumento che può guidare le parti in opposizione a riconoscerlo. Tuttavia, nell’ambito del paragone tra concetto e legge, sorge spontanea un’obiezione: se dietro il concetto vi è la conoscenza, dietro la legge vi è solo

¹⁴⁷ *Ivi*, p. 271.

la volontà. Anzitutto, dev'essere sottolineato come anche il concetto nasconda un atto di volontà, laddove nell'atto del concettualizzare, si giunge sempre ad un momento in cui la discussione si chiude e si prende una decisione in merito a quanto si è conosciuto. E lo si fa tramite atto di volontà.¹⁴⁸ Detto ciò, la relazione tra volontà e legge dev'essere specificata, poiché non si può accettare l'assunto geometrico per cui dietro la legge vi è solo un atto di volontà. Le geometrie legali, per sostenere quanto appena accennato, devono ipotizzare un sovrano che fissa le norme senza curarsi del loro contenuto. Ma così non è: il contenuto della legge non è affatto gratuito e indifferente. Allora, se carattere regolativo viene riconosciuto al concetto, lo stesso dev'essere riconosciuto alla legge: essa è funzionale a mantenere accesa una luce, anche in relazione ai conflitti più oscuri, ancorché sia un lume precario ed interlocutorio¹⁴⁹. La norma è un punto di riferimento nel mare aperto dell'esperienza, laddove il disordine causato dai conflitti intersoggettivi necessita di una guida, ancorché sempre deficitaria rispetto alla complessità del reale, perché le parti possano vedersi rappresentare il proprio di ciascuno, ricomponendo la relazione interrotta.

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 275.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

La trasformazione del conflitto in controversia: la giurisprudenza quale fonte del diritto naturale.

La lite si presenta, in origine, come scontro tra diverse volontà di dominio. Attraverso la traduzione delle singole volontà di dominio in ragioni per le quali le parti pretendono il riconoscimento del proprio diritto, possibile anche grazie allo strumento fondamentale che è la legge, il conflitto si trasforma in controversia. Allora, non più di volontà in opposizione si tratta, ma di diverse visioni dell'ordine naturale, le quali saranno rappresentate dalle parti non più sulla base del criterio della propria, innaturale volontà di dominio. Al contrario, il principio che guiderà lo scontro dialettico tra le differenti visioni dell'ordine sarà quello secondo cui *“a ciascuno deve essere riconosciuto il suo”*.¹⁵⁰ L'ordinamento, il mettere ordine nelle relazioni intersoggettive, si realizzerà mediante lo scontro dialettico delle diverse visioni dell'ordine: dovrà perciò riconoscersi una comunione, una possibile comunicazione tra le parti. A questo punto, appare chiaro che la fonte del diritto è da ricercarsi nella natura dell'uomo, nel *suum* di ciascuno secondo natura, riconosciuto all'esito dello scontro dialettico tra diverse visioni dell'ordine naturale. Ma è nella relazione, ricomposta, che si è riusciti a giungere al riconoscimento del proprio di ciascuno. E lo si è fatto cercando il comune nel diverso, cercando il terreno comune su cui ricostituire la relazione. Quella relazione che è l'essenza dell'uomo, e perciò, l'abbiamo visto, è l'essenza anche del diritto. Il giurista chiamato a dire ciò che è di ciascuno, chiamato a dire ciò che vi è di comune tra le diverse visioni dell'ordine, è il giudice, nella sede del processo. Ciò comporta due considerazioni fondamentali: in primo luogo, è nel processo che avviene lo scontro dialettico tra visioni dell'ordine naturale, le quali, con Opocher, potremmo chiamare le diverse, personali, declinazioni del valore. È nel processo che avviene la conversione del conflitto in controversia. È nel processo che, anche per Francesco Gentile, si riesce a mettere ordine nelle relazioni intersoggettive. Perciò, anche in Gentile, il processo è *“il fenomeno che possiede intrinseci ed originari i caratteri della giuridicità”*¹⁵¹. In secondo luogo, se è il giudice il soggetto chiamato dire il *suum* di ciascuno nel processo, allora, *“la fonte naturale del diritto – e qui è percepibile la connessione tra natura dell'uomo e diritto – è segnata storicamente dalla*

¹⁵⁰ *Ivi*, p.276.

¹⁵¹ ¹⁵¹ F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*. Padova, CEDAM, 1991, p. 4.

giurisprudenza: la giurisprudenza è il diritto naturale".¹⁵² Sembrerebbe una scoperta straordinaria, se non fosse che già la giurisprudenza romana ci aveva mostrato *"la via della iuris prudentia, quale autentica fonte da cui il diritto fluere coepit"*¹⁵³.

Si devono, inoltre, richiamare due punti fondamentali riguardanti il processo come luogo della trasformazione del conflitto in controversia: il primo, relativo alla partecipazione delle parti al processo dialettico di conoscenza che conduce alla decisione del giudice. *"Tutti i soggetti interessati dal provvedimento che definisce il processo, nel processo devono poter parlare"*.¹⁵⁴ Questa è la condizione perché vi possa essere quello scontro dialettico tra diverse visioni dell'ordine, fondamentale per risolvere la controversia e ricostituire la relazione lacerata. Di più, la più aperta e libera partecipazione delle parti a giudizio, fa sì che l'esito del processo conoscitivo definito nella sentenza del giudice sia un esito condiviso da tutte le parti: ciascuna delle parti che dovranno portare il peso dell'esecuzione della decisione che chiude il processo, sarà partecipe della decisione medesima. Cosicché, anche quella parte che dal processo esce condannata, porterà il peso della sanzione contenuta in una sentenza, alla formazione della quale ha attivamente partecipato, portando e sostenendo le proprie ragioni, con l'aiuto del difensore.¹⁵⁵ Quest'ultimo è il *paraclito* cui le parti si rivolgono nel momento del conflitto. È il giurista che ha il compito di sostenere la parte nella trasformazione del conflitto in controversia, nella traduzione dell'originaria volontà di dominio in particolare visione dell'ordine. All'*advocatus* la parte chiede *"il sostegno nel riconoscimento di un diritto"*¹⁵⁶, così che possa mostrare, nell'opposizione dialettica delle pretese, le ragioni che suffragano la richiesta di riconoscimento del proprio diritto. È chiaro che, l'opera dell'avvocato non si svaluta, anzi, mantiene eguale valore, anche se la parte da lui assistita, all'esito del processo, sarà destinata a portare il peso della sanzione: il giurista, assumendo l'obbligo di difesa, avrà sostenuto la parte nell'esplicitare le proprie ragioni; avrà permesso alla parte di partecipare alla decisione che chiude il processo, di contribuire attivamente alla sentenza che le impone una sanzione. Il momento processuale in cui le parti sono messe nelle condizioni di, ognuna, esprimere le proprie ragioni, è il momento del

¹⁵² Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 279.

¹⁵³ F. Gentile, *Legalità, giustizia e giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, ESI, Napoli, 2008, p. 102.

¹⁵⁴ Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 280.

¹⁵⁵ *Ivi*, 281.

¹⁵⁶ Gentile, *Legalità, giustizia e giustificazione*, p. 106.

contraddittorio. Esso è il luogo del dire e del contraddire, laddove avviene lo scontro dialettico tra le diverse visioni dell'ordine, permesso, ancora una volta, grazie al sostegno del giurista alle parti. Nello svolgersi del contraddittorio il giudice, ed ecco il secondo punto fondamentale, non deve intervenire, inquinando il contraddire delle parti. Il giudice, l'abbiamo visto, non è parte del processo, è terzo. Il suo ruolo, fondamentale, è quello di dire come e quando si chiude il processo, è quello di riconoscere, all'esito del processo, il suo di ciascuno, e dirlo tramite la sentenza. Nel farlo, egli è l'autentica fonte del diritto naturale, colui che riconosce e dice il *suum* di ciascuno, risultante dall'opposizioni delle diverse visioni dell'ordine: *“la giurisprudenza è il diritto naturale”*¹⁵⁷.

È, però, doverosa, alla luce di quanto detto, una specificazione in ordine al diritto naturale. Esso è argomento complesso e oscuro, difficile da restituire con le parole. Quello che però va evidenziato è cosa esso non sia: *“non pensiamo al diritto naturale come a un codice naturale”*¹⁵⁸, come ad un insieme di norme alle quali, necessariamente, si debba obbedire per natura. Lo stesso Opocher mette in guardia rispetto al normativismo giusnaturalista: *“non si può mai raggiungere la certezza che lo scopo di un'azione, comandato da una regola precedente l'azione stessa, sia senz'altro un bene”*.¹⁵⁹ Queste riflessioni fanno riferimento a quelle prospettive per le quali

*il diritto è costituito originariamente da un sistema di norme il cui valore si pretende non dipenda da alcun fenomeno [...] ma si fonda sulla loro conformità alla giustizia, sulla loro capacità di indicare all'uomo fini intrinsecamente degni di venire comunque perseguiti.*¹⁶⁰

Il legame tra diritto e natura non sta nella posizione di norme che si presuppongono corrispondenti ad un ordine naturale, facendo di fatto coincidere il diritto naturale con il diritto positivo, avente come sovrano un soggetto dotato della presupposta, indimostrata, capacità di declinare norme secondo natura. Nell'affermazione di Francesco Gentile secondo cui *“la giurisprudenza è il diritto naturale”*¹⁶¹, vi è la consapevolezza che la natura si deve riconoscere nel caso concreto, nella relazione tra le parti che

¹⁵⁷ Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 279.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova, 1992, p. 28.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 26.

¹⁶¹ Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 279.

contrappongono diverse visioni dell'ordine, appunto, naturale. È, dialetticamente, immergendosi nell'esperienza delle relazioni intersoggettive, nella lacerazione delle stesse e nel tentativo di ricomporle, che è possibile individuare un diritto naturale, sempre interlocutorio, sempre transitorio e parziale, così com'è la natura dell'uomo. Sempre soggettivamente confinato tra le parti che hanno partecipato al processo di conoscenza nel giudizio. Codificare, con mire di generalità e astrattezza, un insieme di norme presupposte secondo natura, equivale a forgiare un diritto innaturale. Tutto ciò di cui non si è trattato esponendo la prospettiva processuale del diritto, così come viene strutturata da Francesco Gentile.

CAPITOLO IV: La giustizia politicizzata: un'analisi diacronica dell'operato delle nostre Corti

Il soggettivismo politico ieri e oggi: uno sguardo a *Intelligenza politica e ragion di stato* di Francesco Gentile

Quanto sin qui esposto ci permette di affrontare con sguardo più attento l'analisi dell'evidente aporia causata dall'opera della giurisprudenza delle nostre Corti. Il riferimento è a quell'atteggiamento della giurisprudenza, metodologicamente inalterato dalla fine degli anni '60 ad oggi, che può essere meglio chiarito le seguenti parole:

Il diritto giudiziario [...] è oggettivamente protagonista, quotidiano, sistematico, in termini alternativi o comunque supplenti, di scelte politiche sempre più spesso le più delicate e divisive, a volte oltre l'inerzia o comunque l'insipienza del legislatore, a volte deliberatamente contro le scelte di esso – epperò – sempre in nome della sovranità e al contempo contro di essa, e comunque sotto la sua protezione formale.¹⁶²

La questione così introdotta si inserisce all'interno delle considerazioni sin qui svolte, poiché, ha un fondamentale valore considerare la giurisprudenza quale fonte del diritto, all'esito dell'accoglimento della prospettiva processuale del diritto, così come intesa da Opocher, Cavalla e Gentile.

Tuttavia, altro è constatare che l'opera delle nostre Corti è caratterizzata da una vocazione creativa, volta a perseguire interessi terzi rispetto alle ragioni delle parti, i quali vengono imposti dalla giurisprudenza nel giudizio, stravolgendo quello che è il ruolo e la natura del processo come luogo di conversione dei conflitti in controversia.

Ma procediamo con ordine.

A titolo meramente esemplificativo, sarà utile far riferimento ad alcune sentenze delle nostre Corti, così che si possano enucleare i caratteri peculiari dell'operato giurisprudenziale, e cogliere, eventualmente, le loro note critiche.

Seguendo l'insegnamento di Francesco Gentile, in particolare con riferimento a quanto affrontato in *Intelligenza politica e ragion di stato*, si possono individuare “tre snodi

¹⁶² Alberto Berardi, *Il soggettivismo politico della giurisdizione; la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in Francesco Gentile, *Filosofia del diritto, Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, ESI, Napoli, 2017, p. 334.

teorici della maniera politicizzata d'intendere l'amministrazione della giustizia: [...] quello del finalismo alternativo-sovversivo, della supplenza all'inerzia legislativa e della concorrenza politico-costituzionale."¹⁶³

Il tratto alternativo-sovversivo della giurisprudenza viene ben colto in una sentenza dell'allora pretore, analizzata da Francesco Gentile: il contesto storico è quello degli anni '70, nel culmine del conflitto sociale protagonista di quella decade nel nostro paese. La vicenda oggetto della sentenza riguardava l'occupazione delle aule di una Facoltà Universitaria e la contestuale inibizione violenta dello svolgimento degli esami di profitto. I fatti di reato, quali invasione arbitraria di un edificio e interruzione di pubblico servizio, previsti dagli articoli 633 e 340 del Codice Rocco, furono ritenuti dal giudice penalmente irrilevanti:

*Perché le università, sentenziò il pretore, sono degli studenti e quindi la loro occupazione, diurna, notturna, fuoriorario, [...] mai poteva essere arbitraria, se chi l'aveva posta in essere ne aveva [...] diritto o altra legittima facoltà: diritto o facoltà che lo studente, rispetto all'istituzione accademica, incarnava di per sé, come cosa sua, prima e oltre l'istituzione, l'organizzazione, le regole, i regolamenti.*¹⁶⁴

E ancora:

*La prassi dell'irregolare costituzione amministrativa delle commissioni per gli esami di profitto – ecco che la regolamentazione funzionale accademica, carta straccia sul versante del diritto ad occupare, diviene lex aeterna sul versante del diritto ad interdire – rendeva gli esami stessi un non-pubblico servizio; di talché, chi tale non-pubblico servizio impediva, aggrediva, non solo non commetteva alcuna interruzione di pubblico servizio, ma, addirittura, agiva, semmai, per una più completa attuazione della legge.*¹⁶⁵

Le criticità del sistema giuridico vigente, allora spiegate alla luce dei conflitti di classe e gli antagonismi che caratterizzavano il contesto sociale italiano, dovevano essere superate, anche al prezzo di andare oltre, se non contro, il diritto positivo vigente.¹⁶⁶ Ecco che, allora, nel luogo di ricostruzione della relazione lacerata, il giudice incarna un ruolo

¹⁶³ *Ivi*, p. 324.

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 323.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 325.

differente da quello suo istituzionale, ergendosi a protagonista del conflitto, tradendo una chiara presa di posizione nel contesto giudiziale.

Quanto detto ci è utile a comprendere il secondo tratto caratterizzante l'opera giurisprudenziale, cioè l'intenzione di supplenza legislativa. “*La deficienza di carattere strutturale della legislazione*”¹⁶⁷, la natura ritardataria del diritto positivo rispetto ai cambiamenti sociali, sono dati ormai incontestati. La legge formale può cogliere il mutamento sociale solo una volta che lo stesso sia consolidato, comportando che le esigenze giuridiche di una comunità si evolvano, vedendo la legislazione rincorrere¹⁶⁸. La carenza strutturale del diritto positivo non è però sufficiente a giustificare l'operato suppletivo della giurisprudenza, mai come oggi alternativo e supplente rispetto al dato positivo.

Basti pensare, in passato, al tema del diritto alla vita: “*certamente indisponibile per il diritto legislativo vigente [...] – con riferimento allo stato della legislazione precedente alla riforma sulle dichiarazioni anticipate di trattamento – esso è certamente disponibile per il diritto alternativo vivente*”.¹⁶⁹ Esso è un riferimento utile, nonostante l'evoluzione del dato positivo, poiché, come vedremo in seguito, l'opera suppletiva della giurisprudenza della Cassazione ha come dato temporale il 2007, essendo invece del 2017 la riforma in tema di D.A.T.

Quanto al terzo tratto caratterizzante l'opera giurisprudenziale, definito da Francesco Gentile finalismo di concorrenza politico-costituzionale, esso si lega ad un dato ordinamentale quale quello del giudizio incidentale di costituzionalità della legge ordinaria. Quest'ultimo è un dato tanto frequente nel nostro tempo, quanto innovativo alla fine degli anni '60.¹⁷⁰ Ciò che Francesco Gentile ha lucidamente compreso e sottolineato è la tendenza della Corte Costituzionale, nel corso del tempo, a transitare “*dal ruolo di censore delle norme illegittime a creatore di diritto vivente costituzionalmente adeguato*”.¹⁷¹

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 325.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 326.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

In ciascuna delle tre declinazioni appena esaminate, il comportamento aporetico della giurisdizione può essere riassunto mediante questa sequenza: “*antipositivismo-sovrani-positivismo.*”¹⁷²

Aporetico perché, stante le mire alternative rispetto al diritto positivo, archetipo della sovranità politica contro cui la giurisdizione si scaglia in nome del superamento del conflitto sociale, il diritto positivo è allo stesso tempo anche lo scudo dietro al quale l’operato giurisprudenziale si protegge e si legittima: l’opera giurisprudenziale si svolge “*all’insegna e a riparo della sovranità dello stato; operando in suo nome e al contempo sotto la sua protezione formale.*”¹⁷³ Il diritto positivo viene proposto sì come bersaglio, salvo poi fungere da sicuro riparo, “*rivendicando, il giudice, la titolarità formale della propria azione, avendo per referente proprio quel potere sovrano, in nome del quale la giustizia veniva amministrata*”¹⁷⁴.

Così facendo, la giurisprudenza, nei suoi tre tratti evidenziati da Francesco Gentile, veniva smascherata quale fonte del diritto, protagonista dell’evoluzione della comunità sociale, in particolare, nella sua declinazione alternativo-sovversiva, protagonista del conflitto sociale, non in virtù della sua opera di trasformazione dei conflitti in controversia, ma in ragione dell’imposizione del suo potere, mascherato dietro le mura della sovranità del diritto positivo. Dunque, al riparo dal peso della responsabilità politica che la propria opera dovrebbe comportare.

Le riflessioni in ordine alle tre declinazioni della giurisprudenza proposte da Francesco Gentile, costruite approfondendo il contesto sociale caratterizzante gli anni ’70, evidenziano la contraddizione tra il presupposto marxista – secondo il quale “*è sulla struttura economica che si elevano le sovrastrutture giuridiche e politiche, perché è il modo di produzione materiale che condiziona il processo sociale, politico e spirituale, giammai viceversa*”¹⁷⁵ – ed il reale ruolo giocato dalla giurisprudenza. La sentenza prima accennata dimostra come l’atteggiamento della giurisprudenza – la quale si erge a protagonista delle mire rivoluzionarie dell’epoca mediante le sentenze – si inserisca perfettamente nell’aporia evidenziata sopra: “*la giustizia politicizzata si muoveva bensì*

¹⁷² *Ivi*, p. 327.

¹⁷³ *Ivi*, p. 328.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

*contro o oltre la legge positiva, ma mai superando la linea di sbarramento della struttura della sovranità politica”.*¹⁷⁶

Calate nel nostro tempo, le riflessioni proposte da Francesco Gentile restano sorprendentemente valide e attuali. La centralità dell’opera delle Corti ha assunto, infatti, un’importanza senza precedenti:

*la determinazione giudiziale del contenuto giuridico dei comandi, soprattutto quello degli organi giurisdizionali superiori, è oramai momento essenziale e pregiudiziale del dinamismo giudiziario della nostra realtà giuridica.*¹⁷⁷

L’accennata deficienza della legge formale positiva rispetto alle evoluzioni sociali, richiamata¹⁷⁸ da Claudio Sarra e Paolo Moro nell’evidenziare la fine della “*chimera dell’ordine normativo completo, precostituito, da applicarsi meccanicamente agli infiniti casi controversi della vita*”¹⁷⁹, non fa che corroborare la convinzione della necessità di nuove riflessioni in merito alla figura del giudice. Egli è sì vincolato rispetto al diritto positivo, ma è, meglio, deve essere vincolato al caso concreto, così come emergente dal contraddittorio nel processo. È necessario, dunque, verificare se l’opera giurisprudenziale mantiene quel carattere aporetico che denunciò Francesco Gentile nel suo *Intelligenza politica e ragion di stato*, posto che, la posizione centrale assunta dalla giurisdizione oggi nell’esperienza giuridica italiana renderebbe l’esito positivo di questa verifica ancor più foriero di criticità.

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 328.

¹⁷⁷ *Ivi*, p. 333.

¹⁷⁸ Il testo di riferimento è *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*. Franco Angeli, Milano, 2018.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

L'attualità della riflessione di Francesco Gentile: tra giurisdizione e legislazione

Il tema che, più di ogni altro, in questi anni è stato penalizzato dal ritardo della legge formale è il tema dei diritti civili. Oggi il conflitto non è più *“fra classi e di classe ma, tra classe a una dimensione e licenze vestite da diritto soggettivo”*¹⁸⁰. Le libertà e i diritti fondamentali del cittadino sono al centro del dibattito politico e sociale, stante il carattere deficitario della disciplina normativa vigente, incapace di fornire una tutela al passo con le istanze della società civile. La tutela dei beni afferenti alla vita familiare – al netto dell'evoluzione del concetto di famiglia, dall'approvazione del Codice penale ad oggi – è un tema che si mostra di grande attualità proprio nell'ambito dei diritti civili. La realtà sociale oggi mostra un aumento esponenziale delle convivenze di fatto, unioni tra persone non fondate sul matrimonio, quest'ultimo non ritenuto più, dal tessuto sociale, caratterizzante il concetto di famiglia.

Ciò apre a rilevanti considerazioni sul versante giuridico, dal momento che, in ambito penale, rilevanti sono gli effetti prodotti dall'istituto del matrimonio. In mancanza di quest'ultimo, il legame affettivo-familiare della convivenza di fatto, stando alla disciplina normativa vigente, non riceve dall'ordinamento una tutela giuridica proporzionale alla rilevanza assunta dal suddetto legame nella società contemporanea.

Ma procediamo con ordine.

Con riferimento all'ambito dei diritti e delle garanzie in ambito processuale, l'art. 384 del Codice penale recita:

*Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto [307] da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore*¹⁸¹.

Esso disciplina la causa speciale di esclusione della punibilità per l'aver commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di salvare, sé stesso o un prossimo

¹⁸⁰ Berardi, *Il soggettivismo politico* in Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 326.

¹⁸¹ Art. 384 Codice penale.

congiunto, da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore. La nozione di prossimo congiunto è fornita dal comma quarto dell'art. 307 de Codice, il quale recita:

*Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole*¹⁸².

Nel dato positivo non si fa menzione del convivente *more uxorio*, elemento sicuramente non in linea con il sentimento culturale odierno, ma pur sempre elemento oggettivo e inequivocabile del dato normativo. Sulla scia di queste considerazioni, la Corte Costituzionale nel 2009¹⁸³ dichiara non fondata la questione di incostituzionalità dell'art. 384, comma 1, c.p., censurato nella parte in cui non contempla tra i soggetti che possono beneficiare della causa di non punibilità anche il convivente *more uxorio*.¹⁸⁴ La Corte riconosceva che il giudizio di ponderazione, relativo al confronto tra *“l'esigenza della repressione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, da un lato, e la tutela dei beni afferenti alla vita familiare, dall'altro”*,¹⁸⁵ soltanto all'esito del quale si sarebbe potuto estendere la disposizione dell'art.384 del codice anche a soggetti non compresi nel novero di quelli citati all'art. 307 c.p., è un giudizio *“che appartiene primariamente al legislatore”*.¹⁸⁶ Perciò, ritenne la Corte, la scelta *de qua* è sì *“politicamente legittima, ma non è affatto costituzionalmente doverosa”*.¹⁸⁷

Il mancato intervento legislativo successivo non ha però evitato l'evoluzione del diritto vivente: infatti, la I Sezione penale della Corte di cassazione, con sentenza del 2015, ha esteso al convivente di fatto la causa di non punibilità prevista per il coniuge dall'art. 384 del codice, in relazione ad alcuni reati contro il patrimonio sanzionati dall'art. 684 c.p.¹⁸⁸ Il percorso argomentativo della Corte è lineare:

¹⁸² Art. 307 Codice penale, comma quarto.

¹⁸³ Corte Costituzionale, Sentenza n° 140 del 4 maggio 2009

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 338.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 339.

Il concetto di famiglia non è sempre ritenuto legato all'esistenza di un vincolo di coniugio o comunque di una famiglia nata da tale vincolo, ma i precedenti giurisprudenziali spesso si riferiscono a qualsiasi consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e di solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo.¹⁸⁹

Infine, la Corte riprende il legislatore che, distratto e carente, non si era dimostrato interessato a riformare la disciplina al mutare della realtà sociale:

Il diritto non può non tener conto dell'evoluzione della società e della necessità di adattare le sue regole ai mutamenti della realtà sociale; oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell'indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio.¹⁹⁰

L'argomentare della Corte è impeccabile. Ciò non toglie che nell'aprile del 2015 il diritto positivo ancora non era cambiato, il legislatore ancora non aveva inteso mettere mano agli art. 384 e 307 c.p.

Ciononostante, il diritto vivente è cambiato lo stesso, senza che nessuno se ne assumesse la correlata responsabilità politica.

Invero, il legislatore, con la legge n° 76 del 20 maggio 2016 ha introdotto la disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Tuttavia, la parificazione formale tra coniuge e convivente di fatto, ai fini penali che qui rilevano, non è stata compiuta, essendo stata estesa la nozione giuridica di coniuge solo al vincolo formale dell'unione civile.¹⁹¹ Ad ogni modo, la scelta del legislatore sul tema sembra essere divenuta inutile, al netto dell'intervento successivo delle Sezioni Unite della Cassazione penale, le quali con Sentenza n° 10381 del 2021 hanno sancito il seguente principi di diritto:

l'art. 384, primo comma, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore.¹⁹²

¹⁸⁹ Sentenza n° 34147 del 2015, I Sezione penale della Corte di Cassazione, in *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ivi*, p. 340.

¹⁹² Sentenza n° 10381 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale, in <http://dejure.it>.

Va precisato che la motivazione della sentenza in commento si serve dell'istituto dell'analogia legis, qualificando, di conseguenza, come causa di non colpevolezza la previsione di cui all'art. 384 c.p. Infatti, se, come fa la giurisprudenza maggioritaria e la dottrina prevalente, si qualifica la previsione di cui all'art. 384 del Codice come causa di esclusione della punibilità, ne “*consegue la natura di legge eccezionale della stessa e la conseguente ontologica difficoltà di superare il dettato normativo dell'art. 14 delle disposizioni preleggi, che ne vieta l'applicazione analogica.*”¹⁹³

Perciò, è utile soffermarsi sul punto, viste le conseguenze rilevanti legate al percorso argomentativo scelto dalle Sezioni Unite nella sentenza n° 10381 del 2021. La Corte valorizza l'impostazione dottrinale secondo cui

*il dettato dell'art. 384 c.p., invero, più che tradursi in una rinuncia alla punibilità per ragioni di opportunità politica (in tale novero rientrano le cause di non punibilità), presuppone il difetto di colpevolezza dell'agente in ragione della particolare situazione soggettiva in cui lo stesso si trova, che rende inesigibile il suo comportamento conforme alla norma giuridica.*¹⁹⁴

Stante l'interpretazione maggioritaria in dottrina, secondo cui “*le scusanti o cause di esclusione della colpevolezza non costituiscono una norma eccezionale allorché siano espressione di un principio generale dell'ordinamento*”¹⁹⁵, da cui consegue la non applicabilità del divieto di analogia alle stesse¹⁹⁶, si apre la strada per un'interpretazione analogica *in bonam partem* dell'art. 384 del Codice penale, il quale come “*scusante soggettiva ben può e deve trovare applicazione anche a favore del convivente more uxorio.*”¹⁹⁷

Dev'essere messo in evidenza il differente percorso motivazionale che caratterizza la sentenza 10381 del 2021 rispetto a quello caratterizzante la sentenza 34147 del 2015. In quest'ultimo caso i Giudici di legittimità avevano fatto leva sulla necessità di rivedere i concetti di matrimonio e di famiglia, i quali oggi “*avrebbero una connotazione, anche giuridica, radicalmente differente rispetto a quelli vigenti al tempo della entrata in vigore*

¹⁹³ E. Fontana, *Diritto e giustizia*, fasc. 55, 2021, p. 7, in <http://dejure.it>

¹⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁹⁵ *Ibidem.*

¹⁹⁶ L'art. 14 delle preleggi vieta l'analogia *in bonam partem* con riguardo alle leggi di carattere eccezionale, in particolare con riguardo alle norme incriminatrici in materia penale.

¹⁹⁷ *Ibidem.*

*del Codice penale*¹⁹⁸, ponendosi in netto contrasto con il dato normativo ma senza stravolgere la qualificazione, pacificamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, dell'art. 384 c.p. quale causa di non punibilità. Invece, con la sentenza n°10381 del 2021 le Sezioni Unite scelgono di servirsi di un istituto, quale quello dell'analogia, che le obbliga a riconfigurare la previsione di cui all'art. 384 c.p. come una causa di non colpevolezza. Riqualficato in questo senso, la natura di scusante dell'art. 384 si fonda sulla *“particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto che tiene la condotta anti-giuridica, situazione che ne esclude la colpevolezza.”*¹⁹⁹

Ciò detto, nonostante la mancata presa di posizione formale del legislatore²⁰⁰, il quale però è intervenuto, seppur tardivamente e parzialmente, sulla materia, il diritto vivente è cambiato lo stesso. Riecheggiano le parole di Francesco Gentile, spese con riferimento alla giustizia politicizzata degli anni '70: il ruolo di supplenza legislativa proprio della nostra giurisdizione trova la sua causa e la sua *“motivazione fondamentale nell'inadeguatezza delle leggi vigenti ad ordinare la tumultuosa e variegata realtà sociale”*.²⁰¹

Invero, sono ancor più evidenti, riflettendo sulla successione tra pronunce giurisdizionali e interventi legislativi, sia il fisiologico ritardo del legislatore rispetto all'evoluzione sociale, che comporta una sempre maggiore soggezione del Parlamento alle indicazioni della giurisprudenza. Sia la centralità del momento processuale quale momento di emersione del giuridico e quale momento ontologicamente primo dal punto di vista del diritto. Ciò, tuttavia, ripropone ancor di più il carattere patologico dell'operato giurisprudenziale. Si ripresenta, dunque, nuovamente come fondamentale la questione riguardante il ruolo della giurisprudenza: essa deve svolgere il suo ufficio di conoscenza

¹⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ Si deve precisare che, l'orientamento interpretativo abbracciato dalla Cass. 10381/2021 vede nel silenzio della legge n° 76 del 2016, la quale inserisce nel novero dei prossimi congiunti di cui all'art. 307 comma 4 c.p. esclusivamente i soggetti uniti civilmente e non il convivente *more uxorio*, non un'esplicitazione del principio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Al contrario, alla luce della giurisprudenza in materia di convivenza di fatto, e delle modifiche normative intervenute successivamente alla legge Cirinnà, il silenzio del legislatore del 2016 non avrebbe alcuna valenza negatoria. (E. Fontana, *ibidem.*)

²⁰¹ *Ivi*, p. 341.

fedele alla sua essenza, cosciente che la sua opera è volta alla ricomposizione della relazione intersoggettiva, alla risoluzione della lite.

Cambiando contesto, affrontando la spinosissima questione riguardante il diritto alla vita, e in particolare la sua disponibilità o meno da parte del singolo soggetto, dobbiamo anzitutto guardare alla disciplina normativa vigente attualmente. In tale ambito molte sono state le evoluzioni normative negli ultimi quindici anni, una in particolare compiuta non dal legislatore ma dalla Corte Costituzionale.²⁰²

La principale novità dal punto di vista del diritto positivo è sicuramente la legge n° 219 del 22 dicembre 2017, con la quale il legislatore ha voluto introdurre nel nostro ordinamento una disciplina organica riguardante le dichiarazioni anticipate di trattamento. Come noto, la disciplina precedente a questa riforma prevedeva la possibilità, la più coerente sul piano sistematico, per il soggetto capace d'intendere e di volere, di rifiutare un trattamento sanitario, mediante il dissenso personale, attuale e informato, esimendo di conseguenza il medico curante da ogni responsabilità in ordine alle conseguenze del suo mancato intervento, il quale ultimo corrispondeva esattamente alla volontà del paziente²⁰³. Doveva perciò esserci un dissenso, personale, attuale e informato, fornito dal soggetto capace d'intendere e di volere.

Restava il problema, drammatico e purtroppo non infrequente, relativo a quelle situazioni in cui il soggetto al quale doveva essere fornito un trattamento terapeutico salvavita, non

²⁰² Il riferimento è alla Sentenza della Corte costituzionale n° 242 del 22 novembre 2019, tramite la quale la Corte costituzionale ha dichiarato *“l’illegittimità costituzionale dell’art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) - ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione -, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.”* Stante la natura particolare dell’operato della Corte costituzionale e le sue funzioni peculiari rispetto alle altre Corti del nostro ordinamento, si rinvia al prossimo paragrafo per un approfondimento.

²⁰³ È l’omissione nella prosecuzione delle cure che, revocato il consenso alle stesse, non è più causa giuridica della morte. Scenario diverso sarebbe invece se occorresse, per interrompere il trattamento sanitario in essere, una condotta commissiva da parte del medico.

era nelle condizioni di esprimere il proprio dissenso, perché incapace d'intendere e di volere.

La normativa introdotta nel 2017 è volta a ovviare a questa problematica, mediante la previsione della possibilità di redigere un documento nel quale il soggetto, quando ancora capace d'intendere e di volere, nell'ottica di una futura condizione d'incapacità, disciplina e indica il suo consenso/dissenso in ordine ai trattamenti terapeutici cui eventualmente dovrà essere sottoposto.

Resta, in ogni caso, il problema relativo a quei soggetti i quali si trovino in condizione di incapacità, epperò non abbiano precedentemente prodotto una dichiarazione anticipata di trattamento. Problema che invece è stato affrontato e risolto dalla Corte di Cassazione già nel 2007, la quale, con sentenza n° 21748 della I Sezione civile, ha stabilito che

il tutore della persona incapace può ricostruire la presunta volontà della persona in stato d'incoscienza, alla stregua di chiari univoci e convincenti elementi di prova, dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza. [Il tutore] ha il compito di completare quest'identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto se fosse stato capace.²⁰⁴

Questo il primo dei due criteri necessari, secondo la Cassazione, per ottenere dal giudice l'autorizzazione a sospendere i trattamenti di idratazione e alimentazione artificiali che permettono di tenere in vita il soggetto in stato vegetativo permanente. Il secondo criterio, cumulativo rispetto al primo, è *“l'irreversibilità accertata dello stato vegetativo permanente.”²⁰⁵*

Rispetto al requisito soggettivo la Corte prevede la possibilità d'interruzione del trattamento salvavita

sempreché tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero

²⁰⁴ Berardi, *Il soggettivismo politico* in Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 335.

²⁰⁵ L. Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridici. Un caso per il biodiritto: il giudizio sostitutivo*, in P. Moro e C. Sarra, *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 257.

*dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.*²⁰⁶

Tale rilievo lascia intravedere la possibilità di scorgere²⁰⁷ nella sentenza “*il riconoscimento per via giudiziale del testamento biologico.*”²⁰⁸

Letizia Mingardo sottolinea come “*il problema giuridico esaminato nel caso Englaro è analogo a quello affrontato nei casi americani Quinlan (1976), Cruzan (1990) e Schiavo (2005).*”²⁰⁹ Tutte le Corti americane interpellate decidono per la legittimità della richiesta di interruzione del trattamento salvavita dei pazienti in SVP, ponendo l'attenzione sul fatto che l'incapacità del soggetto in SVP a manifestare la propria volontà non può essere motivo di “*una discriminazione in punto di autodeterminazione terapeutica fra pazienti capaci e incapaci*”²¹⁰. Perciò, dev'essere individuato un soggetto che esprima per l'incapace la volontà sui trattamenti. La stessa linea argomentativa è seguita dalla Cassazione italiana, la quale ritiene necessario

*ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.*²¹¹

Inoltre, il giudizio sostitutivo, anche se diversamente declinato dalle varie Corti americane interpellate, è in tutte caratterizzato da un certo

assillo volontaristico, in ossequio al quale si ritiene indispensabile “ricercare e scoprire l'approvazione o la disapprovazione delle cure, espressa in forma anche tacita o presunta ma inequivoca, ed anche in stato di incoscienza, per legittimare l'intervento sanitario.”²¹²

Nelle decisioni Quinlan e Cruzan, così come nella sentenza Englaro, sembra, dunque, ricercarsi una volontà, anche laddove “*il paziente non ne ha espressa alcuna.*”²¹³

²⁰⁶ Cass. Civ., sez. I, sent. n° 21748 del 2007, cit. in *Ibidem*.

²⁰⁷ Così E. Calò in *La Cassazione “vara” il testamento biologico*, in “Corriere giuridico”, n. 12/2007, pp. 1686-1695.

²⁰⁸ Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti*, p. 257.

²⁰⁹ *Ivi*, p. 258.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Cass. Civ. sez. I, sentenza 21748 del 2007, cit. in *ibidem*

²¹² P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. Zanuso, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, cit. in *Ibidem*.

²¹³ A. Santuosso, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in “Foro italiano”, pt. IV/1991, coll. 66-72:71, cit. in *ibidem*.

Il ruolo centrale che riveste la questione della volontà del paziente in stato di SVP è il tema di cui è principalmente debitrice la sentenza Englaro, rispetto alla giurisprudenza americana. Infatti, la Corte suprema del New Jersey nella sentenza Quinlan sancisce che un quadro probatorio insufficiente non permetta di desumere l'effettiva volontà del paziente. Tuttavia, al contempo, la Corte sostiene che *“la mancanza di prove convincenti e chiare non sia di ostacolo a che si individui comunque una persona (substitute) in grado di prendere la decisione finale, basandosi sul complessivo stile di vita del paziente.”*²¹⁴

Questa linea argomentativa è volta ad evitare quella che anche la Cassazione italiana ritiene un'irragionevole discriminazione del paziente in SVP rispetto al paziente cosciente. Tuttavia, come specifica Letizia Mingardo, l'appello alla volontà del paziente costituisce una *fiction voluntatis*, al netto della consapevolezza che il rappresentante della volontà del paziente incapace costruisce una volontà distinta e semmai solo riferibile a quella che il soggetto in stato di SVP avrebbe eventualmente espresso²¹⁵.

Al contrario, la Corte Suprema degli USA con la sentenza Cruzan sostiene la necessità di *“riorientare il giudizio sostitutivo a una decisione sulle cure che possa dirsi del paziente e non del sostituto.”*²¹⁶ La Corte è ferma nel sostenere che il potere di interruzione delle cure spetti al paziente. In assenza di documenti che attestino la volontà del paziente di interruzione del trattamento terapeutico, *“si può sì far ricorso a procedure di esercizio del potere sostitutivo, a patto che garantiscano il rispetto della effettiva volontà del paziente.”*²¹⁷ Per giungere a questo grado di accuratezza nella corrispondenza tra volontà rievocata dal *surrogate decision maker* e volontà effettiva del paziente, la Corte si rifà a quanto elaborato dalla Corte del New Jersey nel caso Conroy: il rifiuto alle cure è subordinato al compimento di un test soggettivo, basato sul principio di *self-determination*, superato il quale risulti *“rigorosamente provato che il paziente avrebbe rifiutato il sostegno artificiale se avesse potuto prevedere lo SVP.”*²¹⁸

Il giudizio sostitutivo, perciò, viene caratterizzato dalla necessità di un quadro probatorio che evidenzi l'effettiva volontà del paziente. Si mostra come evidente la necessità che le

²¹⁴ Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridici*, p. 261.

²¹⁵ *Ivi*, p. 262.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ivi*, p. 263.

²¹⁸ *Ibidem*.

prove della volontà dell'incapace siano chiare e convincenti, capaci di produrre una ferma convinzione e determinazione nell'animo del giudice, circa la verità delle allegazioni²¹⁹. È ciò che sarà richiesto anche dalla Cassazione italiana nel caso Englaro.

Dunque, da un lato, nel caso Quinlan, l'identità fra volontà del paziente e volontà del surrogato è una mera finzione, di cui è consapevole la stessa Corte Suprema americana. La volontà viene (ri)costruita dal *surrogate decision maker* come solo riferibile al paziente. Dall'altro, nel caso Cruzan, la volontà del paziente viene letta come un fatto, *“come un oggetto di cui è possibile dare una rappresentazione [...] oggettiva e corrispondente al reale.”*²²⁰ La chiara e convincente prova dell'effettiva volontà del paziente si basa sulla convinzione di poter provare una volontà effettiva riferita al paziente in SVP.

La costante di entrambe le impostazioni è la sostituibilità della volontà del paziente con quella del surrogato. Ma vi sono delle differenze importanti nei procedimenti di sostituzione dell'una volontà con l'altra. Tali differenze dipendono dalle concezioni della rappresentabilità dei fatti e degli stati fatte proprie dalle due Corti, concezioni che si muovono tra le maglie dello scetticismo e del dogmatismo.²²¹

Abbiamo già incontrato le due concezioni della realtà nel primo capitolo, laddove si è definita *“comunque scettica [...] la tesi che, negando l'esistenza di ogni realtà diversa dai fenomeni spazio temporali, riconduce lo sviluppo dell'esperienza sociale interamente all'effetto di tecniche efficaci”*.²²² Il dogmatismo invece l'abbiamo definito quella concezione che attribuisce all'uomo la capacità, presupposta, di conoscere il vero autonomamente²²³. Calato in questo contesto, il dogmatismo si presta a caratterizzare il filone giurisprudenziale Conroy-Cruzan. Infatti, la volontà del paziente viene concepita come un oggetto, un fatto da rappresentare così come corrispondente al reale.²²⁴ Secondo quest'impostazione,

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ivi*, p. 271.

²²¹ *Ibidem*.

²²² F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, p. 16.

²²³ *Ivi*, p. 17.

²²⁴ Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridici*, p. 271.

*la conoscenza sarebbe dunque in grado di istituire momenti di confronto biunivoci e tendenzialmente non controvertibili fra pezzi di linguaggio (asserti conoscitivi) e pezzi di realtà (oggetti, eventi, fatti, ecc.), prendendo semplicemente atto della struttura ontologica della realtà.*²²⁵

Proprio ciò che accade nel caratterizzare il giudizio sostitutivo come una relazione biunivoca tra decisione del surrogato e volontà del paziente.

Lo scetticismo, invece, ben si presta a spiegare l'approccio al reale che traspare dalla sentenza Quinlan, in merito alla ricostruzione della realtà: l'identità tra volontà del paziente e volontà del sostituto è mera finzione. Il giudizio sostitutivo giunge ad una decisione soltanto riferibile alla volontà del paziente. Ed è tale perché non smentita, non perché effettivamente conoscibile. Interpretando gli elementi a propria disposizione, il surrogato costruisce una volontà che ipoteticamente (ma mai con certezza) è del paziente. Il fine del giudizio sostitutivo 'alla Quinlan' è proprio la costruzione di una volontà nuova, basata sul complesso degli elementi a disposizione per rendere tale volontà riferibile al paziente.²²⁶ Si cerca di attingere ad un risultato efficace, che sia funzionale al raggiungimento di un obiettivo operativo, data la presupposta non conoscibilità del *dato* volontà del paziente.

La sentenza Englaro, come ho anticipato, è debitrice di entrambe le correnti qui riproposte della giurisprudenza americana, ed in particolare sembra proprio oscillare "*fra i due poli del giudizio sostitutivo americano*²²⁷". Ed è questo oscillare tra l'uno e l'altro polo che rende l'argomentare della Cassazione foriero di criticità.

Infatti, dapprima nella sentenza la Cassazione fa riferimento alla necessità di reperire elementi di prova chiari, univoci e convincenti della volontà del paziente²²⁸, richiedendo altresì che "*il sostituto muova dalla volontà del paziente*"²²⁹ e che l'istanza d'interruzione delle cure sia "*realmente espressiva della voce del paziente.*"²³⁰ Sono tutti elementi questi, che riconducono l'argomentare della Corte all'impostazione della giurisprudenza Cruzan-Conroy. Tuttavia, in altri passi della sentenza, la Corte parla di "*presunta volontà*

²²⁵ *Ibidem.*

²²⁶ *Ivi*, p. 272.

²²⁷ *Ibidem.*

²²⁸ *Ivi*, p. 268.

²²⁹ *Ibidem.*

²³⁰ *Ibidem.*

*del paziente*²³¹, oppure, ancora, fa riferimento ad un sostituto che decide “in luogo” dell’interessato, “ricostruendo la decisione ipotetica che [il paziente] avrebbe assunto ove fosse stato capace”²³². In questi passi i Giudici di legittimità dimostrano di abbracciare, contrariamente a quanto fatto in precedenza, l’impostazione ‘alla Quinlan’.

Ciò che trascina la soluzione della Cassazione verso il giudizio sostitutivo ‘alla Quinlan’ è il fatto che, nel principio di diritto, unica parte della sentenza vincolante per il giudice di rinvio, i Giudici di legittimità si esprimono in termini alternativi in merito al tema delle fonti di prova. Infatti, per il principio di diritto formulato dalla Corte, il tutore, nell’opera di ricostruzione della volontà del paziente, deve trarre elementi di prova “*dalle sue [del paziente] precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti*”.²³³

La formulazione alternativa del passo appena citato lascia intendere che il tutore possa, nel ricostruire la volontà del paziente, fondare il bagaglio probatorio esclusivamente sul complessivo stile di vita dell’incapace, vedendosi una particolare somiglianza tra il giudizio sostitutivo della Corte il giudizio sostitutivo di stampo costruttivista, inaugurato dal filone Quinlan.

Ciò che differenzia la sentenza Quinlan dalla decisione Englaro è l’inconsapevolezza dimostrata dalla Cassazione rispetto alla *fictio voluntatis* di cui si serve il giudizio sostitutivo strutturato ‘alla Quinlan’. Infatti, se la Corte Suprema del New Jersey è ben consapevole della finzione di cui si serve per identificare la volontà del surrogato con quella dell’incapace, l’oscillare della motivazione della Cassazione verso il polo della giurisprudenza Cruzan mostra che i giudici della Corte di Legittimità italiana ricerchino in realtà una rappresentazione effettiva della volontà del paziente, consentendo però che il tutore possa decidere raggiungendo solo una mera apparenza della stessa²³⁴. In questo modo, l’ordinamento attribuisce al sostituto un carico responsabilità ancor più pesante,

²³¹ *Ibidem.*

²³² *Ibidem.*

²³³ Cass. Civ. I sez. sentenza n° 21748 del 2007 in <http://dejure.it>

²³⁴ Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti*, p. 273.

permettendo di giungere ad una decisione in merito all'interruzione del trattamento salvavita senza vagliare numerosi aspetti relativi alla presunta volontà del paziente²³⁵.

In definitiva, le sentenze qui richiamate dimostrano come, l'aspirazione a mettere ordine nelle relazioni intersoggettive nella sede del processo si debba confrontare con le concezioni di uomo, vita e diritto che caratterizzano i discorsi in opposizione a giudizio. È, però, necessario muoversi seguendo criteri guida che riconoscono l'uomo come soggetto dotato di autonomia, volto all'attuazione di sé stesso, senza cadere nelle secche dello scetticismo o del dogmatismo.²³⁶

Inoltre, il tema del biodiritto è emblematico nel mostrare l'atteggiamento giurisprudenziale su cui stiamo riflettendo: l'idea della norma giuridica precostituita al giudizio e capace di vincolare la decisione finale dello stesso è ormai tramontata. Al contempo, la giurisprudenza si mostra forse troppo consapevole di questo assunto, attribuendosi "*esplicite prerogative di riforma dell'ordinamento*"²³⁷, rinnovando la critica di coloro che da tempo definiscono l'operato giurisprudenziale una forma di imperialismo giuridico.²³⁸

Giova dunque sottolineare che, non solo per il quadro della normativa vigente nel 2007, la sentenza della Cassazione Civile, I sezione, n° 21748 del 2007 è una decisione nella quale si ritrova quell' "*intenzione alternativa, nel senso di rivoluzionaria rispetto all'organizzazione giuridica vigente, rispetto alla legalità positivisticamente intesa*"²³⁹, che Francesco Gentile già aveva denunciato in *Intelligenza politica e ragion di stato*. Si tratta di una decisione rispetto alla quale nessuno sostiene il peso di responsabilità politica che ne deriva. E non lo farà nemmeno il legislatore con la riforma sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, essendo assente nella disciplina delle stesse una previsione in linea con quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione nella decisione appena accennata.

²³⁵ Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridici*, p. 273. In particolare, il tutore può giungere a ricostruire la presunta volontà tacita del paziente senza approfondire eventuali trattamenti precedentemente presi in considerazione dal paziente; se l'opinione sulle cure è alimentata da una consapevolezza effettiva del rischio morte, ovvero frutto di una speculazione astratta sul senso dell'esistenza; se è stata considerata dal paziente l'eventualità di morte altrimenti evitabile. Cfr. P. Sommaggio, *La scomparsa di Abele* in F. Cavalla, F. Todescan, a cura di, *Pena e riparazione*, Padova, 2000, pp. 293-317:310.

²³⁶ *Ivi*, p. 274.

²³⁷ Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridici*, p. 275.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ Berardi, *Il soggettivismo politico della giurisdizione*, in Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 337.

Già in queste prime esemplificazioni si nota quanto la giurisprudenza delle nostre Corti, dimentica di quello che è il suo ruolo di conoscenza volto alla conversione del conflitto in controversia, abbia assunto il ruolo di arrangiatore, innovatore, ribaltatore del diritto positivo vigente. Sempre però al sicuro, protetta dallo scudo del diritto positivo, sovrano contro cui si scaglia e al quale, contemporaneamente, chiede riparo.²⁴⁰

Nell'atteggiamento dei giudici delle nostre Corti non si scorge quel mero applicatore della norma, messaggero della volontà sovrana quale è il giudice nelle costrizioni geometriche dell'ordinamento.

Al contempo, mediante questo protagonismo del giudice nel contesto processuale, questa ingerenza della sua volontà rispetto alle ragioni delle parti, egli si allontana da ciò che gli spetta, dal suo indispensabile ruolo di conoscitore del giusto nelle cose, di attento ascoltatore delle parti, e diviene parte, inevitabilmente più potente rispetto alle altre, fisiologiche parti del giudizio.

In ciò, la giurisprudenza "*potente*"²⁴¹, così come la definisce Alberto Berardi, dimostra di scegliere, come i geometri del diritto, la forza come criterio di regolazione delle relazioni intersoggettive, alimentando il conflitto intersoggettivo, invece di prestarsi alla sua trasformazione in controversia e alla successiva ricomposizione della relazione.

Per approfondire la relazione che si instaura tra sentenza e diritto positivo, nel tentativo di riconoscere il giurista quale medio tra gli estremi individuati rispettivamente nell'assoluto applicatore e nell'assoluto creatore del diritto²⁴², è necessario ora soffermarsi su alcuni profili riguardanti l'interpretazione e il dato positivo, prendendo le mosse dal particolare contesto del giudizio d'illegittimità costituzionale delle leggi.

²⁴⁰ *Ivi*, p. 346.

²⁴¹ *Ivi*, p. 347.

²⁴² Ugo Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico, sei studi di teoria generale del diritto*, Terza edizione, CEDAM, Padova, 2001, p. 65.

Le particolarità della giurisprudenza costituzionale: tra vocazione legislativa e vocazione giurisdizionale.

La costituzione offre infatti al giurista e al filosofo contemporaneo, la norma di riconoscimento sostanziale che contrassegna le disposizioni giuridicamente rilevanti della comunità, per cui, anche ammettendo che i problemi di ermeneutica costituzionale non esauriscano pienamente il complesso delle questioni teoriche, con le quali si misura la teoria dell'interpretazione, questi stessi temi, non di meno, appaiono particolarmente, e doppiamente, rilevanti ai fini delle nostre riflessioni.²⁴³

Così Ugo Pagallo introduce la complessa tematica relativa all'attività d'interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale. L'interpretazione del testo costituzionale incontra problematiche peculiari rispetto all'attività interpretativa della giurisprudenza di merito e di legittimità delle nostre Corti. Seguendo l'impostazione analitica, la qualificazione giuridica di una fattispecie avviene mediante lo schema del sillogismo giuridico, il quale si svolge mediante la sussunzione della premessa minore nella premessa maggiore. Ora, nel giudizio di legittimità costituzionale, la premessa maggiore sono le disposizioni costituzionali di una Carta fondamentale che, nel caso della Costituzione italiana, è una Costituzione rigida. Allora, è necessario individuare, anzitutto, la funzione assegnata al dettato costituzionale:

o quella di essere il documento che registra il 'fondamento' di un programma o progetto politico, nel quale, dunque, si rinvergono i principi basilari dell'ordinamento che dovranno essere attuati in seguito dalla legislazione ordinaria; oppure, quale 'barriera' del sistema giuridico, entro il quale appaiono illegittime (vale a dire, viziate di illegittimità costituzionale) soltanto quelle disposizioni che violano palesemente i principi della Carta fondamentale.²⁴⁴

La stessa Corte costituzionale, con la sua prima sentenza²⁴⁵ in materia di diritto di sciopero, precisa che la Costituzione indica sì i criteri di validità formale, cui sono sottoposte le singole norme ordinarie dell'ordinamento; cionondimeno,

il medesimo documento, inteso come fondamento della civiltà giuridica maturata dalla comunità, determina che l'esegesi dei suoi testi comporti ora l'invalidazione delle norme

²⁴³ Ugo Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, terza edizione, CEDAM, Padova, 2001, p. 52.

²⁴⁴ *Ivi*, p. 54.

²⁴⁵ Corte Costituzionale, Sentenza n° 1 del 5 giugno 1956 cit. in *Ivi*, p. 54.

*ordinarie che contrastano [...] con i principi costituzionali, ora l'interpretazione 'adeguata' delle clausole e dei principi dell'ordinamento.*²⁴⁶

Perciò, stante l'esistenza di vizi sostanziali della legge ordinaria, dovuti al valore sostanziale di alcune delle disposizioni della Carta costituzionale, segnatamente quelle che delimitano, con comandi o divieti, il contenuto normativo della competenza del legislatore ordinario, nel giudizio di legittimità costituzionale il tema della tutela dei principi costituzionali, finisce per essere strettamente legato al tema della discrezionalità del legislatore ordinario.²⁴⁷

Infatti, se il legislatore dev'essere attento, nell'esercitare la propria discrezionalità, “*ora ad attuare i programmi costituzionali, ora invece a non violarli*”²⁴⁸, è inevitabile che la sua discrezionalità si traduca nella ridefinizione degli stessi principi costituzionali, premessa maggiore del giudizio d'illegittimità costituzionale. Allora, se così stanno le cose, nel giudizio di legittimità della legge ordinaria, la premessa maggiore del sillogismo giuridico non è la legge ordinaria, ma le disposizioni costituzionali, e la premessa minore non è il caso concreto, ma la legge ordinaria sospettata d'illegittimità costituzionale²⁴⁹. Tutto ciò implica la possibilità di sostenere, come fatto in precedenza analizzando il rapporto tra legge ordinaria e fatto concreto, che la legge ordinaria sospettata di incostituzionalità influenzi ed abbia ruolo centrale nell'attività interpretativa dei giudici di Palazzo della Consulta, finendo per “*ridefinire, indirettamente, il significato stesso delle disposizioni costituzionali, mediante le quali si provvede al sindacato di legittimità della legislazione subordinata*”²⁵⁰ ? Per meglio affrontare la questione, conviene muovere dall'ormai risalente sentenza²⁵¹, con la quale la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 5 del Codice penale per parziale contrasto con il comma terzo dell'art. 27 della Costituzione. In quel caso la Consulta, attraverso un'interpretazione ‘sistematica’ ed ‘evolutiva’ del testo costituzionale, aveva sancito che l'ordinamento giuridico, nel caso in cui un soggetto si trovi nell'inevitabile (scusabile) ignoranza della

²⁴⁶ *Ivi*, p. 55.

²⁴⁷ *Ivi*, p. 56.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ivi*, p. 61.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ Sentenza n° 364 del 24 marzo 1988 della Corte costituzionale.

legge penale, non poteva “*comprimere la sfera giuridica [del soggetto] con divieti non riconoscibili ed interventi sanzionatori non prevedibili*”²⁵².

La Corte precisa che si tratta di un’*“interpretazione da dare all’art. 5 ‘nel momento in cui lo si ‘confronta con gli articoli della Costituzione’”*²⁵³, ammettendo di considerare quell’inevitabile relazione dialettica che si instaura tra legge ordinaria e Costituzione che *“finisce per ridefinire, indirettamente, il significato stesso delle disposizioni costituzionali”*²⁵⁴. Infatti, in primis la Corte richiama il concetto di diritto vivente, il quale deve *“suffragare quella interpretazione [...] che, tra le diverse letture proposte dalla comunità giuridica, viene assunta dalla Corte come termine a quo dell’esegesi del testo fondamentale”*.²⁵⁵ Inoltre, l’interpretazione sistematica che la Corte attua nei confronti delle disposizioni costituzionali, si arricchisce *“[del]la valenza storica che appartiene all’ermeneutica della legislazione ordinaria.”*²⁵⁶ È perciò pienamente legittimo, anche nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale, porsi il problema relativo alla vocazione e giurisdizionale e discrezionale-politica, da attribuire alla giurisprudenza (costituzionale). La tesi scettica, nel campo dell’interpretazione, proposta da Kelsen in contrapposizione alla già criticata tesi analitica, condurrebbe il discorso intrapreso ad una conclusione deludente: ogni criterio interpretativo, il quale ammetta o meno la relazione dialettica tra i due estremi dell’atto interpretativo (che in questo caso sono la legge formale ordinaria e la Carta costituzionale) è in sé da rifiutare perché incapace di spiegare il momento dell’interpretazione. Infatti, *“i giudici che devono risolvere i casi loro sottoposti, godono di una tale discrezionalità, che rende di per sé arbitraria ogni decisione o, per lo meno, creatrice di nuove norme giuridiche.”*²⁵⁷ Questo assunto condurrà Kelsen, come già visto, alla costruzione di una teoria formale dell’ordinamento giuridico, rifiutando ogni connotazione sostanziale e valoriale del comando giuridico, così da evitare il paradosso dello scetticismo. Si sono già approfonditi i tratti salienti dell’aporia causata dalla teoria formale del diritto kelseniana, con particolare riferimento al fondamento dell’ordinamento giuridico kelseniano, individuato nella *Grundnorm*. Così come si è già criticata ogni costruzione teorica caratterizzata dallo scetticismo. Allora, al

²⁵² *Ibidem.*

²⁵³ *Ibidem.*

²⁵⁴ *Ibidem.*

²⁵⁵ *Ibidem.*

²⁵⁶ *Ibidem.*

²⁵⁷ *Ivi*, p. 17.

netto del riconoscimento della relazione dialettica tra le ‘premesse’ del sillogismo giuridico, ed al conseguente continuo mutamento della premessa maggiore per mano della giurisprudenza costituzionale, è possibile mettere in discussione la vocazione esclusivamente giurisdizionale della Corte costituzionale.

L’abbiamo visto accennando alla vicenda relativa all’art. 5 Codice penale, così come alla sentenza n° 242 del novembre 2019 riguardante gli artt. 579 e 580 del Codice penale: vi è

*l’esigenza di chiarire il significato che assume la stessa produzione normativa dell’ordinamento, quella medesima produzione che si ha non solo in negativo con le interpretazioni costituzionali della Consulta.*²⁵⁸

Ed infatti, si ripropone, con tutti i suoi limiti ma non senza interesse teorico, la tesi schmittiana che “*riconosce nel ‘giudice delle leggi’ [...] un profilo discrezionale decisamente ‘politico’ e non certo ‘giurisdizionale’*”.²⁵⁹

Il contesto del giudizio di legittimità costituzionale ci aiuta a comprendere come,

*se la dottrina e la teoria giuridica hanno più spesso insistito sui risvolti creativi dell’attività dell’interprete, appare ora importante ridiscutere, nondimeno, il significato della sovranità di chi pone in essere ex nihilo le norme dell’ordinamento.*²⁶⁰

In tal modo, Ugo Pagallo ci conduce esattamente dinanzi ai problemi affrontati nei capitoli precedenti. La prospettiva processuale permette di ridiscutere, all’esito delle questioni sorte sul piano dell’interpretazione, proprio il significato della sovranità, o meglio, il suo ruolo di fondamento dell’ordinamento giuridico. Il principio costituzionale di divisione dei poteri, baluardo degli ordinamenti liberal-democratici moderni, così come il conseguente art. 101 della Costituzione, secondo il quale “*il giudice è soggetto soltanto alla legge*”, sono gli estremi positivi da tenere in considerazione dinanzi al problema del giurista che “crea” le norme, interpretandole. Se da un lato,

²⁵⁸ *Ivi*, p. 64.

²⁵⁹ *Ivi*, p. 63.

²⁶⁰ *Ivi*, p. 64.

*il tema di “creazione” e di “applicazione” delle norme, tra clear cases e hard cases, rinvia necessariamente alla peculiare idea di ordinamento, che una determinata comunità giuridica ha maturato all’interno della propria tradizione,*²⁶¹

dall’altro, non si può non tener conto della positiva sovra ordinazione della sfera legislativa rispetto alla sfera giurisdizionale, che rimanda agli aspetti della rappresentanza e della responsabilità politica. Consapevoli della relazione inscindibile tra questi due elementi, la relazione cioè tra legislazione e giurisdizione, il *genus proximum* che collega questi due estremi “*sembra doversi ricercare nella definizione di ‘ordine’ fondativo della esperienza del diritto*”.²⁶²

Allora, nonostante le indubbie differenze tra giustizia ordinaria e giustizia costituzionale, gli approdi cui siamo giunti riflettendo in ordine all’interpretazione delle disposizioni costituzionali, non fanno che corroborare la vitale centralità del momento processuale nell’ordinamento delle relazioni intersoggettive. È tenendo bene a mente l’indissolubile legame tra giurisdizione e legislazione, tra positività e giurisprudenza, che si può ricercare la giusta misura, tra la naturale e l’indebita creazione del diritto, da parte della giurisprudenza.

Appare indubbio che, anche nel giudizio di legittimità costituzionale – nonostante la differente funzione che ricopre, rispetto alle giurisdizioni ordinarie, la Corte Costituzionale, garante dei principi costituzionali e innovatrice degli stessi – il processo si svolga, meglio, si debba svolgere, nel più aperto contraddittorio tra le parti (tra le quali vi è lo Stato che difende il suo provvedimento)²⁶³. È la fede e l’attenzione dei giudici della Consulta a ciò che emerge dal contraddittorio che permette agli stessi – in quella che Winfried Hassemer²⁶⁴ definisce la spirale ermeneutica che caratterizza la relazione tra estremi dell’atto interpretativo – di compiere il loro lavoro di conoscenza. Perché, anche nel caso del giudizio costituzionale, il processo è luogo di conoscenza e non di violenza. Non di imposizione di forze esterne ma di emersione del comune nel diverso.

²⁶¹ *Ivi*, p. 84.

²⁶² *Ivi*, p. 85.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ivi*, p. 26.

La giurisdizione potente: una conferma.

Tornando alla giurisdizione *potente*, come la definisce Alberto Berardi, un'ultima esemplificazione può essere d'aiuto per calare quanto detto nelle righe immediatamente sopra, nel contesto del giudizio ordinario. Il tema è quello dei fenomeni corruttivi nelle pubbliche amministrazioni. Tra il 2012 e il 2019, il legislatore ha particolarmente inasprito le cornici sanzionatorie nell'ambito dei fenomeni corruttivi, confermando ed estendendo la scelta politico-criminale di “*sottrarre alla disponibilità del reo le risorse e i vantaggi economici derivanti dal compimento dell'attività delittuosa*”,²⁶⁵ approcciando il fenomeno dal punto di vista preventivo, nel tentativo di neutralizzare la fruttuosità economica derivate dal comportamento criminoso. In effetti, sin dal 2000, anno d'introduzione dell'art. 322-ter nel Codice penale, venne previsto l'istituto della confisca obbligatoria del prezzo e del profitto dei reati di riferimento. Istituto che prevede, nell'eventualità che tale prezzo o profitto non sia più reperibile, la confisca per equivalente di beni, anche di origine lecita, nella disponibilità del reo.²⁶⁶ La confisca è possibile, stando a quanto prevede l'art. 322-ter, per l'ipotesi di condanna dibattimentale o abbreviata, ovvero anche per l'ipotesi di applicazione della pena su richiesta delle parti, il cosiddetto patteggiamento, quale nel nostro ordinamento non è ritenuto del tutto equivalente ad una condanna. Invero, con il D. Lgs. 01/03/2018, n. 21, il legislatore ha introdotto nel Codice di procedura penale l'art. 578-bis, successivamente novellato dalla L. n° 3 del gennaio 2019. Su tale riforma ci soffermeremo successivamente.

Perciò, il diritto positivo, prima della citata riforma, perché si potesse applicare l'istituto della confisca, diretta o per equivalente, richiedeva una sentenza di condanna, compresa l'eventualità in cui le parti abbiano optato per la via del patteggiamento. Ciò che non era dubitabile, è il necessario accertamento della responsabilità dell'imputato. Certo, stando all'art. 322-ter, nel caso di proscioglimento, anche per prescrizione del reato, la confisca non sarebbe stata applicabile.²⁶⁷ Eppure, se si fraintende la natura del processo, ritenendolo il luogo del controllo sociale e di pulizia sociale, ecco che il diritto giudiziario offre la sua soluzione alternativa al dato positivo.

²⁶⁵ A. Berardi, *Il soggettivismo politico*, in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 341.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ivi*, p. 342.

Infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n° 31617 del 2015, hanno sancito che, nel caso del proscioglimento causato dalla prescrizione del reato, avvenuto in secondo grado dopo una sentenza di condanna in primo grado, allora l'art. 322-ter resta comunque applicabile, onde evitare le conseguenze deleterie delle lungaggini processuali che caratterizzano l'amministrazione della giustizia. “C'è proscioglimento e proscioglimento”,²⁶⁸ osserva infatti la Corte. Nonostante l'impossibilità di certificare in una condanna formale la responsabilità dell'imputato, stante la prescrizione del reato. Stante l'omogenea natura della confisca ex art. 322 Codice penale e della confisca diretta del prezzo del reato ex art. 240 c.p., la Corte ritiene che

*il concetto di 'condanna' necessario e sufficiente per procedere alla confisca anche nell'ipotesi in cui sia successivamente intervenuta la prescrizione del reato, dev'essere 'modulato', per entrambe le figure di ablazione, in termini del tutto sovrapponibili.*²⁶⁹

Dunque, il diritto vivente introduce, intermedio rispetto al genere delle sentenze di condanna ex art. 533 c.p.p. e al genere delle sentenze di proscioglimento, tra cui la specie del non doversi procedere, quella dell'assoluzione e della dichiarazione di estinzione, ex artt. 529, 530, 531 c.p.p., il genere ibrido della condanna *modulata*.²⁷⁰ Non è detto dalla Corte cosa sia questo nuovo genere di condanna, ma viene prontamente specificata la sua funzione:

*il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240 c.p., comma 2, n. 1, la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter c.p., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alle responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato.*²⁷¹

E allora, nulla importa che il diritto penale nel nostro ordinamento sia istruito al principio di legalità e stretta interpretazione in materia sanzionatoria, nulla importa che nel testo dell'art. 322-ter non si trovi l'accento ad una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione ma solo a sentenze di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ Sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione n° 31617 del 2015, cit. in *ivi*, p. 343.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ivi*, p. 344.

parti. “*Il diritto giudiziario, invece, ha preso un’altra strada, [...] al di fuori della legalità penale*”²⁷². E lo ha fatto nel luogo del processo, in quel momento che dovrebbe essere delle parti, di tutte le parti della controversia, che in tal caso è rimasta nei termini del conflitto, se mai alimentato dalle spinte della Corte.

Quando il processo penale diviene “*strumento di controllo sociale*”²⁷³, nell’ottica geometrica della non-relazione intersoggettiva, la comunicazione sociale si interrompe, e si vede neutralizzato il naturale confronto tra le parti, sostituito da istanze esterne a quelle naturalmente componenti il processo, che ripropongono il criterio della forza come criterio per mettere ordine nelle relazioni intersoggettive. Tutto ciò, sempre fuggendo da ogni responsabilità politica, dietro la sicura protezione del diritto positivo. I brevi cenni riportati in merito a questa decisione della Corte di Cassazione ben si interfacciano con le riflessioni proposte in tema di interpretazione. La relazione dialettica intercorrente tra legislazione e giurisdizione, mai dovrebbe declinarsi nei termini qui evidenziati. Il diritto positivo, fondamentale strumento per tradurre il conflitto in controversia, per esplicitare, in termini giuridici le ragioni delle parti, sempre soggetto ad una ridefinizione da parte del giurista per mezzo dell’interpretazione – stante la spirale ermeneutica che si sviluppa tra fatto concreto e disposizione normativa nell’atto d’interpretazione – mai può essere apertamente ignorato o del tutto ribaltato dall’interprete, in virtù di una sua, personale, istanza. La giurisprudenza *potente*, consapevole del suo sempre più solido potere – poiché, “*maggiore è la capacità di un soggetto di esprimere forza e più alta è la tentazione dello stesso di affermarsi come istanza politica, quale forma del potere*”²⁷⁴ – tradisce, nelle decisioni qui proposte, quello che è il suo ufficio: conoscere e dire ciò che è di ciascuno. E lo fa “*con furore iconoclasta, che investe tutti gli istituti, ma non arriva mai ad insidiare la concezione, positivista, della funzionalità del diritto rispetto al potere*”.²⁷⁵

La prospettiva processuale del diritto, così come proposta da Enrico Opocher, Francesco Gentile e Francesco Cavalla, riconoscendo la centralità del momento processuale nell’esperienza giuridica, nell’opera di ordinamento delle relazioni intersoggettive, e

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ivi*, p. 347.

²⁷⁵ F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit. in *ivi*, p. 346.

rifiutando il criterio della forza come criterio di regolazione dei rapporti intersoggettivi, si pone in netta antitesi rispetto all'operato giurisprudenziale contemporaneo. Poiché, riconoscere che “*la giurisprudenza è il diritto naturale*”, significa riconoscere la tendenza dell'uomo all'autonomia personale, la naturale istanza di bene che, insita in ogni essere umano, è esplicabile, mediante la dialettica, nel luogo del processo. Altro sarebbe sostenere che il processo è il luogo della produzione delle norme positive, in virtù di un'imposizione violenta da parte del giudice, al fine di neutralizzare la relazione e piegare il diritto a “*tecnica di espressione della propria forza*”.²⁷⁶

Prima di terminare le nostre riflessioni, si deve dar conto di un ulteriore elemento caratterizzante la relazione tra giurisdizione e legislazione, emergente dal tema della confisca per equivalente. Infatti, come anticipato, dopo la pronuncia della Cassazione nel 2015, il legislatore è intervenuto in materia con le già citate riforme²⁷⁷, mediante le quali è stato introdotto l'art. 578-bis del Codice di procedura penale. L'art. 578-bis c.p.p. recita:

*Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240 bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322 ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*²⁷⁸.

Perciò, com'è evidente dal testo dell'articolo in commento, il legislatore ha, nella sostanza, recepito i dettami della giurisprudenza di legittimità in materia di confisca, ancorché si sia allineato a quanto previsto dalla giurisprudenza di legittimità percorrendo una via diversa da quella indicata dalla Cassazione. Il legislatore non introduce il genere ibrido della *condanna modulata*, espediente utilizzato dalla Corte di Cassazione nella decisione n° 31617 del 2015 per decidere comunque ai fini della confisca, nonostante vi sia stata, nel secondo grado di giudizio, sentenza di proscioglimento. Tuttavia, dimostra di voler giungere al medesimo risultato, introducendo una disciplina che permetta al

²⁷⁶ *Ivi*, p. 346.

²⁷⁷ D. Lgs. 01/03/2018, n. 21 e L. n° 3 del gennaio 2019.

²⁷⁸ Art. 578-bis Codice di procedura penale.

giudice di seconde cure o di legittimità, di decidere comunque ai soli effetti della confisca, nonostante l'estinzione del reato per prescrizione o amnistia.

Ciò è emblematico della natura ritardataria e inadempiente del legislatore rispetto ai mutamenti sociali. Ma, soprattutto, è segno dell'inversione, cronologica ma anche ontologica, tra giurisdizione e legislazione, dei rispettivi ruoli e delle rispettive funzioni. E di quest'inversione la nostra giurisprudenza sembra essere perfettamente consapevole.

Conclusioni

Quanto sin qui argomentato vorrebbe aver messo in luce le potenzialità di una prospettiva processuale del diritto, così come enucleata da Enrico Opocher, Francesco Cavalla e Francesco Gentile, in particolare. La scintilla che ha acceso le nostre riflessioni è stata il rifiuto, necessario e fermo, della forza come criterio di ordinamento delle relazioni intersoggettive. Non per un'opzione apriori, ovvero guidati da un'onda emotiva. Al contrario, è stata la consapevolezza della contraddittorietà delle costruzioni teoriche basate sulla forza, a condurre queste considerazioni verso altri lidi. Il metodo scientifico, infatti, applicato alla complessità delle relazioni intersoggettive, ha condotto Hans Kelsen verso quella che Francesco Gentile indica come l'aporia della Grundnorm. Inoltre, la ricercata purezza dalla dottrina del diritto kelseniano, la quale preclude "*qualsiasi possibilità di conoscere il diritto in sé [...] essendo tesa a definire in modo formale e virtuale come con esso si possa operare*"²⁷⁹, ha comportato la costruzione, da parte del filosofo praghese, di un ordinamento giuridico del tutto virtuale, che nulla dice sulla complessità delle reali relazioni intersoggettive, e perciò incapace di mettere ordine nelle stesse.

Al contrario, è con atteggiamento di autentica apertura verso il reale e grazie a quel "*desiderio ardente di sapere*"²⁸⁰, che Enrico Opocher trova, nella concezione del diritto come valore, la chiave per concepire il diritto e la forza come entità del tutto scollegate. Il valore in Opocher, così come la personale visione dell'ordine in Gentile, implicano il rifiuto dell'ipotesi dello stato di natura. Le geometrie legali, per usare la terminologia di Francesco Gentile, hanno bisogno dell'ipotesi dello stato di natura per sostenere che il criterio di ordinamento della comunità sia la forza: ipotizzando un uomo incapace di autonomia, prevaricatore votato esclusivamente all'annientamento dell'altro, il diritto, coincidente con il comando del più forte, diviene strumento di controllo sociale. Emblematico di ciò è il fine che persegue Kelsen nella formulazione della sua concezione di ordinamento giuridico: la trasformazione del potere in diritto.

²⁷⁹ Francesco Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, ESI, Napoli, 2017, p. 120

²⁸⁰ Gentile, *Filosofia del diritto*, p. 196.

L'ordinamento giuridico, in quest'ottica, è la maschera della forza, il vestito del potere. Allora, il ruolo del giudice, relegato a messaggero di una volontà esterna al processo, acquista una rilevanza preoccupante: egli diviene enzima del potere.

La prospettiva processuale del diritto, invece, restituisce al giudice il suo ruolo di conoscenza nel processo, conoscenza del giusto nelle cose. Ed è nell'essenza del ruolo del giudice, nei caratteri del suo ufficio di conoscenza che si sono dimostrati più fecondi gli esiti cui ci ha condotto la prospettiva processuale del diritto. Il luogo del processo e il ruolo dei soggetti che lo vivono sono, in una concezione dell'esperienza giuridica processualmente orientata, gli elementi da valorizzare, perché l'opera di *ordinatio* all'interno della comunità non abbia il carattere della virtualità, ma sia capace di confrontarsi con la complessità del reale. Riconoscere che il processo è “*il fenomeno che possiede intrinseci ed originari i caratteri della giuridicità*”²⁸¹, luogo di conoscenza e non di violenza, ha permesso di rifiutare la concezione kelseniana del diritto – la quale identifica quest'ultimo in uno strumento di potere – per accedere al concetto di diritto come valore. Di più, una teoria del diritto processualmente orientata ha permesso accedere al concetto di ordinamento giuridico come strumento della comunicazione sociale. Infatti, in Opocher, il valore del diritto è la possibilità che la ragione di parte assuma valore, sia valida e condivisibile anche per le parti che in origine si opponevano alla stessa. Ciò avviene, nel processo, grazie al *suum cuique tribuere* che è la funzione del giudice. L'opera di rappresentazione del suo di ciascuno nel processo avviene mediante il metodo della dialettica, il quale implica e necessita di una relazione tra opposti, tratto caratterizzante non solo il momento processuale, ma lo stesso essere umano. La capacità di ogni uomo di mettere ordine all'interno della relazione intrapersonale che lo costituisce, quella che Francesco Gentile definisce autonomia personale, è il pilastro su cui basare l'ordinamento delle relazioni intersoggettive. E l'opera di ordinamento non può che avvenire nello scontro dialettico delle diverse visioni personali dell'ordine, nel luogo del processo. Laddove, sarà proprio il giudice a dire ciò che è di ciascuno, all'esito della conversione del conflitto in controversia. Perché prima dell'opera di traduzione del giurista (segnatamente del *paraclito*, l'avvocato che traduce

²⁸¹ F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*. Padova, CEDAM, 1991, p. 4.

in termini giuridici il conflitto interpersonale insorto tra le parti in lite), lo scontro tra pretese si presenta sotto forma di conflitto, come volontà di prevaricazione e di dominio sull'altro. Il momento processuale – grazie al fondamentale strumento del diritto positivo, il quale permette la traduzione del conflitto in controversia – mette le parti nella condizione di sostenere la propria ragione e contraddire quella altrui, confrontarsi, dialogare e trovare un terreno comune. Nella ricerca di questo terreno comune si riscontra quel fine di comunicazione sociale, sotteso all'ordinamento giuridico nella lettura di Enrico Opocher e Francesco Gentile.

Dal momento che nel processo si oppongono le diverse visioni personali dell'ordine, con Opocher diremmo le diverse declinazioni del valore, ciò che il giudice rappresenterà all'esito dello scontro dialettico delle pretese è proprio il diritto naturale, ciò che è di ciascuno all'esito della ricomposizione della relazione precedentemente lacerata. Perciò, l'esito più fecondo della prospettiva processuale del diritto sta proprio nel riconoscimento della giurisprudenza quale fonte del diritto naturale, del processo come luogo di ordinamento. È, dialetticamente, immergendosi nell'esperienza delle relazioni intersoggettive, nella lacerazione delle stesse e nel tentativo di ricomporle, che è possibile rappresentare il diritto di ciascuno, sempre interlocutorio, sempre transitorio e parziale, così com'è la natura dell'uomo.

Di fronte a questo approdo, ci siamo confrontati con lo stato dell'arte della giurisprudenza italiana, constatando una grave aporia nel suo operato: esso è caratterizzato da una spiccata vocazione creativa, alternativa, suppletiva rispetto al diritto positivo, epperò sempre sotto la protezione formale dello stesso. Le nostre Corti operano al contempo in nome e contro la sovranità, causando un vuoto di responsabilità politica che non può essere sottaciuto. Si è potuto evidenziare questo tratto caratterizzante l'operato giurisprudenziale, per citare un esempio, grazie alla sentenza n° 31617 del 2015 della Corte di Cassazione, in materia di confisca per equivalente, laddove la Corte crea una nuova specie di sentenza, quella di *condanna modulata*, andando palesemente contro al dettato dell'art. 322-ter del Codice penale. Ciò che interessa sottolineare è lo stravolgimento della funzione del processo che – da luogo di conversione del conflitto in controversia – diviene “*formidabile strumento di controllo sociale [...] luogo di*

purificazione collettiva".²⁸² Ciò che, rispetto alla realtà precedentemente analizzata da Francesco Gentile in *Intelligenza politica e ragion di stato*, caratterizza peculiarmente l'operato giurisprudenziale odierno, è la difficoltà di "apprezzarne l'obiettivo"²⁸³, rendendo il soggettivismo politico "ancora più potente, poiché oggettivamente imprevedibile."²⁸⁴ Non resta che constatare che la funzione del processo – luogo cui la prospettiva processuale del diritto restituisce come centrale la funzione di conoscenza – è, nelle nostre Corti, luogo di potere, di forza, di violenza: luogo in cui

*Il potere si legittima come politico, e piega strutturalmente il diritto a tecnica di espressione della propria forza, anzitutto in ragione della sua effettività: perché diventano fatti politici solo quelli che presentano i tratti dominanti dell'autorità, della sovranità e del potere.*²⁸⁵

Di fronte a questo scenario sconcertante, non si deve però perdere la bussola. Il lavoro di Enrico Opocher, Francesco Cavalla e Francesco Gentile, parzialmente rievocato in queste pagine, ci mostra le potenzialità di una prospettiva del diritto processualmente orientata. Il diritto come valore, come visione personale dell'ordine, la centralità del contraddittorio quale momento di opposizione dialettica delle diverse visioni dell'ordine, l'essere del giudice *tra* i discorsi che costituiscono quest'opposizione, con il compito di dire ciò che è comune nell'opposizione, ciò che per tutti ha valore, sono tutti elementi che permettono di definire il processo quale luogo di ordinamento. Ciò permette di riconoscere che un *ordinatio* può avvenire anche senza imposizioni esterne, senza l'ingresso della forza nel processo. Ma, soprattutto, un ordinamento giuridico che si fonda, non sulla necessità di limitare un incontrollabile e violento essere umano, ma sull'autonomia personale di quest'ultimo, restituisce al diritto e – quale fenomeno avente i caratteri intrinseci ed originari della giuridicità – al processo, la funzione di mettere ordine nelle relazioni intersoggettive, trasformando l'originario conflitto, l'originaria volontà di dominio, in controversia.

²⁸² Alberto Berardi, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco gentile, trent'anni dopo*. Cit. in Francesco Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, ESI, Napoli, 2017, p. 344.

²⁸³ *Ivi*, p. 347.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ivi*, p. 346.

Ringraziamenti

Vorrei dedicare alcune righe per ringraziare, anzitutto, Alberto Berardi, mio relatore, per la disponibilità e la passione con cui mi ha seguito nella stesura del presente elaborato.

Un ringraziamento alla mia famiglia, mamma, papà, Cello, Body, e Claudio, per il sostegno ricevuto in questi anni.

Un ringraziamento a Luigi Garlando e Giorgio Gaber, fonti di ispirazione l'uno e di domande l'altro, indispensabili per percorrere con passione e consapevolezza la strada che ho intrapreso.

Un ringraziamento a tutti gli affetti che mi sono stati accanto in questo percorso, in particolare al furone.

Infine, un pensiero a Susy.

Bibliografia

- [1] E. Ancona, *Via iudici. Contributi tomistici alla metodologia del diritto*, Capitolo II, Padova, CEDAM, 2012.
- [2] M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, Decima edizione, Milano, CEDAM Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 761-765.
- [3] A. Berardi (a cura di), *Il processo e la conversione del conflitto. Relazioni ed interventi dell'incontro di studi, nel trentesimo anniversario dell'omicidio di Fulvio Croce*, Padova, CEDAM, 2009.
- [4] A. Berardi, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile trent'anni dopo*, in F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- [5] F. Casa, *Appunti per una teoria processualmente orientata dell'interpretazione giuridica* in Paolo Moro e Claudio Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2018.
- [6] E. Calò in *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, in "Corriere giuridico", n. 12/2007, pp. 1686-1695.
- [7] F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, CEDAM, 1991.
- [8] F. Cavalla, *L'origine e il diritto*, Milano, Franco Angeli, 2017.
- [9] A. Checchini – G. Amadio, *Lezioni di diritto privato*, Undicesima edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2017, pp. 269-287.
- [10] E. Fontana, *Diritto e giustizia, fasc. 55, 2021*, p. 7, in <http://dejure.it>
- [11] G. Galilei, *Terza lettera del sig. Galileo Galilei al sig. Marco Velserei delle macchie del sole* (1.XII.1612)
- [12] E. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1970.

- [13] F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- [14] F. Gentile, *Legalità, giustizia e giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, ESI, 2008.
- [15] F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, Giuffrè Editore, 1984.
- [16] F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Terza edizione, Padova, CEDAM, 2005.
- [17] W. Heisenberg, *Fisica e filosofia*, 1958, tr. It., Il saggiatore, Milano, 2008, p 229.
- [18] Th. Hobbes, *De cive, Lettera dedicatoria*, 1642.
- [19] Th. Hobbes, *Leviatano*, traduzione di Gianni Micheli, saggio introduttivo di Carlo Galli, 2018, 5. ed., Milano, BUR biblioteca Univ. Rizzoli, 1651, I, 5.
- [20] H. Kelsen, *General theory of Law and State*, 1945. Routledge, 1^a edizione, 2005.
- [21] H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, 1960, a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 2021.
- [22] H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veroffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, De Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, III, p. 55
- [23] L. Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridici. Un caso per il biodiritto: il giudizio sostitutivo* in Paolo Moro e Claudio Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2018.
- [24] U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Terza edizione, Padova, CEDAM, 2001.
- [25] A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Seconda edizione, Parte II, Capitolo I, par. da 2-3-4, Torino, Giappichelli Editore, 2017.
- [26] Platone, *Politico*, p. 285 a-b.
- [27] Platone, *Repubblica*, 313c, 431a-432a, 433c.
- [28] P. Moro e C. Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 7-15.

Giurisprudenza di legittimità:

Corte di Cassazione, I Sezione civile, Sentenza n° 21748 del 2007 in <https://dejure.it/>

Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, Sentenza n° 31617 del 2015.

Corte di Cassazione, I Sezione penale, Sentenza n° 34147 del 2015 in <https://dejure.it/>

Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, Sentenza n° 10381 del 2021 in <https://dejure.it/>

Giurisprudenza costituzionale:

Corte Costituzionale, Sentenza n° 1 del 5 giugno 1956.

Corte Costituzionale, Sentenza n° 364 del 24 marzo 1988 in <https://dejure.it/>

Corte Costituzionale, Sentenza n° 140 del 4 maggio 2009 in <https://dejure.it/>

Corte Costituzionale, Sentenza n° 242 del 2019 in <https://dejure.it/>

