

FRANCESCO VIOLA

IDEOLOGIA E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO
NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Estratto dal volume

«INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO TRA SCIENZA E
POLITICA»

Aprile 1974

EDIZIONI CELUP S.R.L. - PALERMO

1. Premessa.

Lo studio degli aspetti ideologici dell'interpretazione può essere condotto in tre sensi: o da un punto di vista teorico, cercando di individuare i momenti ideologicamente rilevanti del procedimento interpretativo, o da un punto di vista sociologico, cercando di descrivere in che modo in un determinato contesto culturale ed in un determinato ordinamento giuridico l'ideologia influisce sulle decisioni e sulla produzione scientifica del diritto ed inoltre individuando anche i contenuti ideologici più diffusi, o, infine, da un punto di vista filosofico, avanzando cioè una determinata concezione del significato di 'ideologia' e del suo rapporto con i fatti sociali, ed inoltre sviluppando una valutazione critica delle ideologie esaminate ¹.

Qui a noi interessa solo fornire alcuni elementi per lo studio sociologico del problema al fine di orientare il futuro operatore giuridico, sia esso giurista, giudice o avvocato, verso una presa di coscienza del contesto culturale in cui si inserisce la sua attività. Infatti l'aspetto teorico dello studio delle ideologie in riferimento al pro-

¹ Per il Maihofer la sociologia del diritto si occupa della diagnosi della differenza sociologica ed ideologica sviluppando una critica sociale ed ideologica immanente, perchè si limita a constatare ed a spiegare le ragioni di questa sfasatura tra realtà sociale, coscienza sociale e realtà normativa. Abbiamo una critica dell'ideologia in senso proprio, quando ci poniamo il problema se una norma contrastante la scienza sociale è espressione o meno di una falsa coscienza, cioè quando per stabilire la vera o la falsa coscienza ricorriamo a criteri trascendenti la pura fatticità. Cfr. W. MAIHOFFER, « Rechtssoziologie und Ideologiekritik », in *Ideologie und Recht*, Frankfurt/m, 1969, p. XVII.

blema dell'interpretazione giuridica è stato già parzialmente messo in luce nel corso della prima e della seconda parte.

Per questo non riteniamo necessario impegnarci in una definizione filosofica del termine 'ideologia' bastandoci una caratterizzazione generica di questa. Intendiamo così per 'ideologico' qualsiasi elemento, presente nel processo di interpretazione e di applicazione del diritto, che dipenda da un atto di scelta dell'operatore in questione, sicché faccia parte integrante del procedimento stesso pur senza poter essere derivato con logica necessità dai segni da interpretare. In questo concetto estremamente allargato di ideologia hanno posto evidentemente sia i valori politici e sociali che i valori morali, economici, professionali, etc..., insomma tutte quelle scelte e prese di posizione che condizionano in qualsivoglia misura il risultato dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Gli aspetti ideologici si costituiscono in vere e proprie «ideologie», quando assumono una dimensione diffusa ed una certa consistenza in un dato gruppo sociale.

Uno studio globale dell'ideologia del giurista e del giudice nella società italiana di oggi richiederebbe quindi di necessità un'indagine completa di tutte le innumerevoli fonti di cognizione e dei documenti in cui le scelte in questione acquistano una dimensione ed una rilevanza fattuale.

Da una parte, per quanto riguarda i giuristi, si dovrebbero esaminare non solo le loro opere di carattere dogmatico e scientifico, ma soprattutto quelle che più direttamente sono volte a dirigere le scelte del giudice (come i commenti) o le scelte del legislatore (come le proposte o i progetti di riforma legislativa). Non bisognerebbe poi trascurare l'indagine intorno alle convinzioni che il giurista italiano ha sul proprio ruolo nella società attuale, cioè la sua ideologia professionale, perchè non sono rari i casi in cui questa ideologia condiziona proprio l'atteggiamento iniziale del procedimento interpretativo. In questi casi la presenza della « ideologia » è al contempo più rilevante e più difficile da individuare, perchè appare esterna ed estranea al procedimento stesso, che invece si presenta rigoroso e conseguente. Interessa anche conoscere non solo l'idea che i giuristi si fanno del proprio ruolo, ma anche la posizione che di fatto occupano nella società e l'atteggiamento nei loro

confronti assunto dalla medesima. Un'indagine così completa non è ancora stata compiuta e neppure settorialmente vi sono fino ad ora studi di rilievo su questo problema.

D'altronde molteplici rilievi, non ancora in verità coordinati tra loro, consentono già di prevedere i risultati più importanti a cui approderebbe un'indagine del genere. Il nostro compito, più modesto, è quello di esporre qui alcune di queste risultanze, limitandoci al punto di vista dell'attività interpretativa e mettendole in rapporto con i corrispettivi problemi applicativi del diritto.

Dall'altra parte, anche per quanto riguarda i giudici l'ideologia dell'applicazione del diritto dovrebbe essere prelevata sia dall'esame delle loro decisioni e delle motivazioni delle sentenze che dalla concezione che i magistrati italiani hanno della loro professione e dell'organizzazione della giustizia. Dalla « ideologia delle decisioni » si è voluta tenere distinta « l'ideologia della magistratura »². La prima infatti rispecchia le varie tendenze seguite dai magistrati nell'applicazione del diritto, mentre la seconda l'idea che la magistratura si è fatta del proprio ruolo e della propria funzione della società. Si tratta cioè di distinguere *l'ideologia politico-sociale* dalla *ideologia professionale* della magistratura. Su entrambi questi aspetti abbiamo già a disposizione ricerche di rilievo. Tuttavia esse si riferiscono o all'ideologia professionale dei magistrati³ o alla ideologia politico- sociale della giurisprudenza⁴. Questa distinzione è evidentemente dettata dalla difficoltà di accordare tra loro fonti diverse, che porterebbero di per sè a risultati diversi. Ai fini però di un'indagine veramente utile e concludente sulle scelte operate dai giudici nell'applicazione del diritto non si può, neppure per mera opportunità, distinguere ciò che nella realtà è strettamente connesso. « Non si può infatti dimenticare che nelle discussioni sui temi connessi alla professione sono implicite e ineliminabili le ideologie politico-sociali di ordine generale e che nelle sentenze dei giudici sono implicite e ine-

² Sulla necessità di operare questa distinzione cfr. la *Premessa* di D. GRECO a *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, pp. 39-42.

³ Come, ad es., lo studio del MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967;

⁴ Come, ad es., lo studio del GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche delle sentenze*, Bari, 1970.

eliminabili le ideologie di carattere particolare relative al ruolo professionale dei giudici stessi»⁵.

L'indagine sugli aspetti ideologici dell'interpretazione e della applicazione del diritto deve inoltre aver presente la distinzione tra il problema della *ideologia dell'interpretazione* e quello della *ideologia nell'interpretazione*. Si tratta, grosso modo, della distinzione tra gli aspetti strumentali e quelli finalistici. Infatti le varie teorie ed i vari metodi dell'interpretazione non sono altro che modelli di teoria generale e di filosofia del diritto, che, pur essendo dotati di un loro contenuto ideologico originario, sono di per sè indifferenti ai fini sociali e politici cui sono destinati a servire — come ben ha messo in luce il Treves⁶. Per giudicare di essi bisognerà allora rifarsi proprio a quelle ideologie politiche e sociali che ne costituiscono il contenuto storico di volta in volta mutevole. Ciò non significa che le varie teorie dogmatiche dell'interpretazione o le varie concezioni del rapporto tra il giudice e la legge siano prive di riferimenti ideologici o di per sè neutrali. Tutt'altro. Considerate dal punto di vista sociologico, esse si presentano come strumenti utilizzati in vista di certi fini. Tuttavia uno strumento non deve essere solamente giudicato rispetto al fine che permette di raggiungere, ma anche relativamente al suo modo proprio di attingere il fine ed alla maniera in cui concretamente è usato. Se l'ideologia dell'interpretazione è strumentale rispetto all'ideologia nell'interpretazione, bisogna anche considerare che la prima ha anch'essa una funzione di specificazione, realizzazione e concretizzazione di quei fini esterni alla tecnica interpretativa.

L'ideologia dell'interpretazione è spesso mascherata dietro l'uso prescrittivo delle tecniche e dei metodi. Il carattere, più o meno scientifico, della loro elaborazione nasconde l'aspetto valutativo e la scelta ideologica. Ciò vale non solo per le teorie della scienza giuridica, ma anche per i modelli filosofici del rapporto tra il giudice e la legge, quando si cela il problema di ciò che il giudice deve fare in una data struttura sociale sotto il problema generale ed astratto della sua funzione e del suo ruolo. Ora proprio questo celarsi della dimensione prescrittiva

⁵ R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, p. 20.

cfr. anche G. LUMIA, « Magistratura e ideologie », ora in *Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, Milano, 1971, pp. 169-186.

⁶ *Ibidem*, p. 96. Il Treves aveva già mostrato ciò, in relazione alle vicende subite dalla formula « Stato di diritto », in « Stato di diritto e Stati totalitari », in *Studi in onore di De Francesco*, II, Milano, 1957.

dietro la razionalizzazione scientifica e filosofica rende l'influsso ideologico della scienza e dei suoi modelli più autorevole, nei confronti dell'operato dell'interprete, dell'influsso scopertamente ideologico della politica. Del resto basterebbe a provare la portata ideologica dei metodi interpretativi il fatto che la motivazione della sentenza non ha esclusivamente il compito di razionalizzare una decisione, di fondarla su argomenti consistenti, ma anche quello di illustrare il senso ed il significato della decisione stessa, cioè di offrire gli strumenti d'interpretazione del dispositivo.

Ciò dipende anche dal particolare valore di resistenza che un modello teorico o filosofico ha in un determinato contesto interpretativo. In una società, infatti, in cui la scienza del diritto ha raggiunto, tramite un uso maturo (se non addirittura raffinato) dei mezzi logici, una autorevolezza incisiva ed una profonda influenza sull'operato del giudice e del legislatore, i modelli interpretativi da questa elaborati acquistano una rilevante funzione plasmatrice e di modifica dei contenuti ideologici per cui sono utilizzati. Ciò avviene cioè quando l'ideologia *dell'*interpretazione ha raggiunto un grado maggiore di razionalizzazione dell'ideologia *nell'*interpretazione. Il che non è ipotesi peregrina o rara a verificarsi, specie tenendo presente che sia i giuristi che i giudici sono esperti del diritto positivo ma non sempre (o quasi mai) sono esperti della vita etica, sociale e politica.

Di fatto oggi ad una sempre maggiore razionalizzazione dei mezzi si accompagna un processo di demistificazione della razionalità dei fini. Donde i mezzi e gli strumenti cominciano ad assolvere quelle funzioni di giustificazione razionale e di risposta al bisogno di verità e di certezza che v'è in ogni uomo. Per queste ragioni bisogna distinguere ma non separare l'ideologia *dell'*interpretazione dalla ideologia *nell'*interpretazione, per cogliere meglio la tensione dialettica che si instaura tra diritto e politica.

2. Rapporti tra ideologia ed interpretazione nel diritto statuito.

Possiamo fissare alcune tappe fondamentali della problematica ideologica intorno al problema dell'interpretazione giuridica, momenti che si ripetono con una certa costanza nella storia delle istituzioni giuridiche di origine legislativa e statutale.

La posizione nell'essere giuridico di una nuova norma fondamentale (come una costituzione) corona gli sforzi del potere legislativo, dando ad esso un ruolo di assoluta preminenza nei confronti degli altri poteri. Il ruolo del potere giudiziario è concepito allora nel senso di una traduzione puramente meccanica, in termini individuali e concreti, della volontà del legislatore. Il ruolo del giurista è quello di rendere conto della razionalità di questo volere, di mettere in luce la sua saggezza e le sue virtualità nascoste. Alla codificazione fa quasi sempre seguito una più o meno influente « scuola dell'esegesi ». Il che è perfettamente logico e normale quando il diritto è di esclusiva formazione statale. Quando poi (come nel caso nostro) il rinnovamento avviene a livello della norma fondamentale, ma non già a livello della legislazione ordinaria, allora il giudice applicherà il diritto partendo dal presupposto che la legge ordinaria è già di per sé una attuazione della Costituzione ed il giurista si affaticherà a dimostrare la fondatezza di questa presupposizione.

Però, col passare del tempo, sia la prassi applicativa del diritto che gli studi teorici su di esso incontrano sempre più spesso difficoltà e nell'adeguare in modo convincente il caso concreto alla sovrana volontà del legislatore e nel dimostrare la razionalità, la coerenza e la completezza di questo volere. Viene altresì in luce la sfasatura ideologica tra norma costituzionale e legge ordinaria. In realtà va lentamente venendo meno la fiducia nell'onnipotenza e nella preveggenza del sovrano e, conseguentemente, nella sua giustizia. Bisogna evidentemente correre ai ripari con i mezzi e gli strumenti che si hanno a disposizione. Gli operatori del diritto, attenendosi strettamente ai limiti del proprio ruolo così come è intenso in un dato contesto sociale, si sforzeranno allora di sanare le manchevolezze del legislativo attraverso una rinnovazione dei metodi d'interpretazione e d'applicazione del diritto. Così l'interpretazione meccanicistica della legge cederà il posto ad un'interpretazione più libera (o meno strettamente esegetica) che terrà conto anche, con minore o maggiore ampiezza, delle esigenze storico-sociali, del mutamento del costume, delle istanze del caso concreto e così via. Si opererà così un rinnovamento della ideologia dell'interpretazione nel senso sia di una nuova dottrina del metodo che di una presa di coscienza degli aspetti valutativi dell'applicazione del diritto. Si tratta ancora di timide *avances* ben lontane dall'essere rivoluzionarie e sovvertitrici. La sostituzione di nuovi

modelli teorici d'interpretazione è infatti ritenuta dai giuristi come un nuovo strumento più perfezionato per mettere in luce ancora una volta la razionalità della legge. La politica che si concede il giudice è pur sempre quella voluta e prescritta dal legislatore. L'ideologia dell'interpretazione è grosso modo quella della « scuola storica ». Si riafferma così il principio della certezza del diritto nel suo collegamento con il principio di legalità. In alcuni casi si preferisce un legislatore imperfetto a nessun legislatore, in altri si preferisce pensare (o illudersi) alla sostanziale perfezione ed adeguatezza dell'opera legislativa.

C'è un momento però in cui l'imperfezione diventa palesemente ingiustizia e l'illusione mala fede. Questo è il momento in cui tutti gli strumenti a disposizione del giurista e del giudice risultano incapaci di tamponare le carenze del legislativo (specie quando questo è inerte). L'ideologia dell'interpretazione o la dottrina del metodo ha esaurito tutte le possibilità di autorinnovazione, possibilità che sono naturalmente iscritte dentro l'ideologia delle fonti del diritto⁷. Evidentemente allora il centro del problema si sposta su quest'ultima. Ciò significa che l'attenzione passa dall'ideologia *dell'*interpretazione all'ideologia *dell'*interpretazione ed il problema da parzialmente giuridico diventa palesemente politico e sociale. Ma allora gli strumenti tradizionali del giurista e del giudice non bastano più o non sono più sufficienti perchè non sono più efficienti. Queste professioni entrano in crisi, debbono rivedere il loro ruolo e la loro funzione nel contesto sociale. La loro crisi coincide (o è causata) con la crisi del diritto e di una politica del diritto. In questo caso il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto passa in secondo piano, perchè ci si domanda: ma quale diritto, quale legge bisogna interpretare ed applicare? Sono interrogativi che ne celano uno più profondo e radicale: quale giustizia?⁸.

Questo schema dei rapporti tra metodi interpretativi ed ideologie politico-sociali è evidentemente prelevato dall'andamento del problema in questione nell'esperienza giuridica italiana dal 1948 ai

⁷ Cfr. lo studio sulla teoria dell'interpretazione di A. Ross che si trova in questa raccolta.

⁸ È questo il titolo significativo dato da un noto positivista ad un suo recente articolo. Cfr. N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in « Quale Giustizia », 1971, n. 8.

giorni nostri e quindi più che un'ipotesi di lavoro da verificare è una tesi da illustrare, tesi che può — a nostro avviso — acquistare una funzione paradigmatica rispetto all'esperienza giuridica nel diritto continentale.

Nell'illustrare più dettagliatamente questa tesi in riferimento all'esperienza giuridica dell'Italia repubblicana divideremo la nostra materia, per comodità d'esposizione, in tre periodi e tratteremo congiuntamente della magistratura e della « dottrina » per verificare l'entità delle loro reciproche influenze, tenendo presente il fatto, già stabilito in sede teorica, che come l'applicazione verifica l'interpretazione così la prassi applicativa verifica la teoria dell'interpretazione.

È bene avvertire infine che non ci proponiamo di realizzare quel programma ambizioso che abbiamo tracciato nelle pagine precedenti, ma solo delineare il clima generale in cui si muovono o si dovranno muovere quelle ricerche.

a) Neutralità ideologica e legalità.

La fine di una guerra rovinosa, il desiderio della pace e della ricostruzione segnano la sconfitta della politica e l'ascesa del diritto. Ma è possibile scindere la politica dal diritto? In realtà tutte le varie concezioni intorno alla ragion d'essere stessa del diritto sono divise proprio su questo interrogativo. Il diritto viene inteso o come strumento di pacificazione e di controllo sociale o come strumento di lotta politica. Ad un diritto come mediazione imparziale di interessi contrastanti (Solone, Aristotele, Kant) si oppone un diritto come utile del più forte o come strumento della classe dominante (Trasimaco, Machiavelli, Marx). Al diritto come pura logica o come puro calcolo d'interessi si contrappone il diritto come puro fatto ideologico. Il desiderio della pace e dell'ordine sociale portò a preferire, nei primi anni di vita della Costituzione repubblicana, la prima concezione, che tendenzialmente suggeriva la possibilità di porre il diritto al di fuori ed al di sopra della politica. Queste idee si diffusero omogeneamente e senza contrasti di rilievo tra gli operatori del diritto. Il livello operativo acquistò un rilievo preponderante rispetto a quello teorico. Si misero così da parte anche profonde divergenze teoriche per arrivare ad un incontro prammatico. Mentre i positivisti erigevano il principio di legalità a valore supremo ed assoluto del

diritto, i giusnaturalisti vedevano nella positività una caratteristica del diritto naturale⁹. Le correnti eclettiche, tendenze tipiche della nostra cultura filosofico-giuridica, vivevano un momento di esaltazione nella filosofia della cultura¹⁰ e nella filosofia dell'esperienza giuridica¹¹.

I caratteri generali dell'attività interpretativa ed applicativa del diritto sono in perfetta armonia con questo quadro. Sia l'una che l'altra attività non vogliono compiere alcuna forma di valutazione degli interessi in conflitto, ma limitarsi o a controllare giuridicamente il conflitto o a tracciare la risultante delle forze in contrasto. In tal modo il diritto proprio in uno dei suoi momenti più attivi e vitali si tiene le mani pulite dalla politica. È chiaro allora che l'attenzione si concentra sui procedimenti e metodi interpretativi, affinché essi siano liberati da scorie « politiche » e valutative.

Tuttavia anche questa neutralità dei metodi è un'ideologia dell'interpretazione, direi anzi che è « l'ideologia della interpretazione » in quanto è strettamente conseguente alla concezione del diritto inteso come tecnica sociale (versione positivistica) o come mediazione (versione giusnaturalistica). Questa ideologia dell'apoliticità del metodo, d'altronde, si accompagnava con il carattere ideologicamente composito e compromissorio della nostra Costituzione¹². Quest'ultima era il precipitato storico di un difficile equilibrio dei fini più diversi, mentre, d'altra parte, l'ideologia fascista era ancora presente ed operante a livello della legislazione ordinaria. Obiettivo principale del giurista e del giudice era dunque non tanto quello di portare avanti sul piano operativo i singoli valori politici e sociali difesi dalla Costituzione, ma soprattutto nel rendere più convincente ed efficace quell'operazione di compromesso ideologico che si trova senza dubbio nello sfondo della carta costituzionale. Ciò dava all'interpretazione del diritto il contrassegno di una certa astrattezza, poiché della Costituzione si « attuavano » i principi su cui v'era una convergenza effettiva¹³.

⁹ Cfr. *Diritto naturale vigente*, Roma, 1951.

¹⁰ R. TREVES, *Diritto e cultura*, Torino, 1947.

¹¹ Ci riferiamo qui evidentemente alle opere di G. CAPOGRASSI ed al significativo volume del FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, 1953.

¹² P. CALAMANDREI, « Introduzione storica sulla Costituente », nel *Commentario sistematico alla Costituzione*, Firenze, 1950.

¹³ « Quanto più divergenti sono le ideologie tanto più astratti (o più " alti ") sono i principi su cui concordano ». E. Moriondo, *op. cit.*, p. 61.

Abbiamo detto che il compito più urgente era quello di realizzare la pace sociale, la civile convivenza e, forse, anche un'efficace collaborazione tra le varie correnti politiche nello spirito della democrazia e della libertà. Questa preoccupazione aveva un fondamento reale e non possiamo perciò biasimarla nè taciarla con superficialità di conservatorismo. Se essa fosse stata sottovalutata, noi oggi non potremmo forse richiamarci, anche se in senso profondamente diverso, ai principi della Costituzione. Se raggruppiamo — come è d'uso — i diritti sanciti dalla legge suprema in diritti d'indipendenza o di libertà, diritti di partecipazione e diritti di autorealizzazione, tenendo presente che i diritti di partecipazione hanno una posizione strumentale sia rispetto ai primi che agli ultimi, possiamo affermare che l'attività giurisdizionale di quei primi anni fu principalmente diretta alla tutela dei diritti d'indipendenza ed a quelli di partecipazione per quella parte relativa ai primi¹⁴. Ciò in corrispondenza della funzione garantista che si era assunta il nuovo Stato in reazione all'antiliberalismo dello Stato fascista. Proprio la natura di questo compito rendeva il giudice particolarmente « soggetto alla legge », poiché egli non può tutelare che le libertà formalmente riconosciute dal sistema. Ciò contribuiva in generale a far sentire meno l'esigenza di un metodo interpretativo evolutivo.

Dietro questa « politica del diritto » tendente all'integrazione sociale quali i valori politici più sentiti dalla magistratura? Evidentemente quelli che più direttamente fanno riferimento alla funzione garantista dello Stato, cioè quelli che sono *super partes*, perchè non derivano dallo Stato, ma dall'uomo in quanto tale ed in quanto essere sociale, e che lo Stato « riconosce e garantisce » (art. 2 della Cost). « La libertà dei cittadini, un ordinamento democratico e il rispetto della legalità (Stato di diritto) sono dunque le finalità supreme della magistratura » in seguito alla Costituzione¹⁵. Ma la libertà può essere difesa solo da uomini liberi. Non c'è da stupirsi quindi se in questo primo periodo di attuazione della carta costituzionale il valore professionale più sentito dalla magistratura sia quello dell'indipendenza dagli altri poteri dello Stato (art. 104, I

¹⁴ G. LUMIA, *Giurisdizione e diritti fondamentali*, relazione presentata al « Convegno Nazionale dell'ANMI » tenutosi a Palermo, 17-18 feb. 1973.

¹⁵ E. MORIONDO, *op. cit.*, p. 56.

comma, della Cost.). Inoltre l'art. 98 (III comma) della Costituzione propendeva per l'apoliticità del giudice. Tale valore era inteso in senso attivo come divieto di ogni partecipazione attiva alla vita politica¹⁶. Se il diritto deve assicurare una giusta composizione di interessi, il giudice deve innalzarsi al di sopra del conflitto. D'altronde, poiché la politica, da cui si voleva tenere lontano il giudice, era la politica dei politici, l'apoliticità in senso attivo si configurava come apartiticità. Ciò non escludeva in linea di principio che il giudice si interessasse dei problemi politici e ne sentisse la vitalità e l'urgenza¹⁷. Tuttavia è utopistico pensare che in seno all'Associazione dei magistrati si potesse sviluppare un dibattito politico — come allora si auspicava — senza agganci e riferimenti alle varie posizioni dei partiti. Lo speravano e lo sperano ancora coloro che ritenevano e ritengono che la « politica del diritto » sia una cosa diversa dalla « politica dei politici ». La diversità consisterebbe nel fatto che la politica del diritto è la ricerca del pubblico bene e non già degli interessi di singoli cittadini o di una particolare classe di essi. Di fatto noi sappiamo che la politica del diritto è anche stata una politica di parte e che quella dei partiti vuol sempre dirigersi al bene comune.

In ogni caso la magistratura non sviluppò nè approfondì quel dibattito politico apartitico di cui s'era riservato il diritto.

Poiché i magistrati videro recepite in larga parte le loro istanze professionali dalla carta costituzionale¹⁸, ciò significò un'armonizzazione tra la loro ideologia professionale e l'ideologia politica della Costituzione. Notiamo quindi una perfetta corrispondenza tra il garantismo di quegli anni e l'indipendenza della magistratura come valore professionale. Questo conferma l'interazione tra ideologia professionale ed ideologia politica, in quanto il sorgere di nuovi interessi, di nuove esigenze sociali e politiche, a cui il giudice è chiamato a rispondere, indirizza la sua attenzione verso valori spesso ignorati dalla problematica interna alla stessa magistratura. D'altronde è anche vero che l'approfondimento dei problemi interni alla categoria ha reso più sensibili alle esigenze più vive della società.

I magistrati si sentirono così integrati nel sistema e ben dispo-

¹⁶ *Ibidem*, p. 114.

¹⁷ Cfr., nella ricerca del Moriondo, i passi citati alle pp. 118-9.

¹⁸ E. MORIONDO, *op. cit.*, pp. 148 e segg.

sti ad accettare il principio positivistico dell'applicazione del diritto. Così dice l'art. 101, titolo IV della Cost.: « La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge ». L'indipendenza in quanto libertà da ingerenze politiche era la condicio sine qua non della neutralità ideologica, postulato intoccabile della funzione giurisdizionale¹⁹. Infatti, in questo periodo, da parte dei giudici solo raramente e con scarsa convinzione si avanza l'idea di una qualche interferenza valutativa nell'opera d'interpretazione e di applicazione di diritto²⁰.

Così anche nell'interpretare la Costituzione si applica ad essa il modello della legge ordinaria, ritenendo le disposizioni costituzionali operanti per il giudice solo qualora abbiano la forma di comandi giuridici completi. Su questa base una sentenza delle Sezioni Unite penali (7 feb. 1948) aveva distinto le norme costituzionali in precettive e programmatiche o direttive. Donde si rinvenivano nella Costituzione tre categorie di norme: 1) Le norme programmatiche, che non contengono alcun precetto concreto ma solo direttive al legislatore futuro; 2) le norme precettive, che sono veri e propri comandi giuridici di applicazione diretta ed immediata; 3) le norme precettive di applicazione diretta ma non immediata, perchè richiedono altre norme giuridiche integrative²¹. È sintomatico che nella ideologia del giudice italiano di quegli anni la vera e propria legge da applicare fosse considerata pur sempre solo quella ordinaria, mentre quella costituzionale, se non si conformava a quel modello, veniva considerata solo come un invito rivolto al legislatore e quindi non in grado di rivaleggiare con le norme ordinarie già presenti nel sistema.

Con ciò non si vuol dire che i giudici siano stati ciecamente sottomessi alla legge. In molti casi provenne proprio dalla magistratura una spinta riformatrice, che purtroppo non trovò accoglienza né nell'esecutivo né presso gli altri operatori giuridici²².

¹⁹ S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in «Riv. trim. dir. proc. civ. » 1969, n. 2, pp. 413-455.

²⁰ G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in « Politica del diritto », 1972, n. 3/4, p. 474, ora in *L'uso alternativo del diritto* (Atti dell'incontro di studio svoltosi a Catania, 15/17 maggio 1972), Bari, 1973, p. 78.

²¹ G. AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in « Il Foro italiano », 948, IV, coll. 84-85.

²² U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in « Riv. di dir. proc. », 1970, p. 15.

La situazione della dottrina non era sostanzialmente diversa. Accanto ad una maggioranza di attenti esegeti della legge ben poco preoccupati di questioni metodologiche e politiche, v'erano coloro che proseguivano, con la moderazione ed il buon senso provenienti anche da un esercizio responsabile della professione forense, le tradizionali tendenze formalistiche della nostra giurisprudenza (come il Carnelutti della prima maniera), altri che colorivano il formalismo con un contenutismo giusnaturalistico (come il Barbero). V'erano poi gli innamorati della « scienza » giuridica ed i fautori della giurisprudenza sistematica (come l'Allorio). Evidentemente le bestie nere da combattere e debellare erano le teorie della giurisprudenza degli interessi e della interpretazione teleologica, teorie che avevano ripreso forza nelle more della riorganizzazione legislativa e che erano validamente diffuse e difese dal Betti²³. A queste ultime si imputava in linea generale di cadere nell'irrazionalismo e, quindi, di preparare la strada alla scuola del diritto libero. L'unica interpretazione vincolata della legge, che si riconosceva, era quella « razionale », mentre la valutazione degli interessi e dei fini era ritenuta un criterio facente capo ad un momento prelegislativo ed extralegislativo e quindi una eterointerpretazione²⁴.

In definitiva era opinione diffusa nella dottrina del tempo che suo compito fosse quello di riguardare all'aspetto oggettivo del diritto, cioè alla norma, indipendentemente dai fini avuti di mira dal legislatore, poiché ad essa si possono ricondurre in vario modo le diverse figure di qualificazione giuridica. La teoria kelseniana ritorna così a far sentire la sua potente influenza²⁵. Di Kelsen si accoglie il normativismo, ma si passa sotto silenzio l'elastica teoria kelseniana dell'interpretazione del diritto. Tuttavia i giuristi più sensibili tenevano a distinguere il logicismo della scienza giuridica dal puro e semplice legalismo. Non mi riferisco solo a quei giuristi come Gorla, Satta o Bettiol che a quell'epoca rappresentavano i contestatori, ma anche e soprattutto agli appassionati cultori della giurisprudenza sistematica. L'Allorio ammette che il metodo

²³ Cfr. la polemica sulla supremazia del metodo d'interpretazione concettuale rispetto a quello teleologico svoltasi tra il Rubino («Il Foro italiano», 1949, IV, col. 9) ed il BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 283 e segg.

²⁴ E. ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in « Jus », 1950, pp. 58-59.

²⁵ E. ALLORIO, *op. cit.*, p. 70.

sistematico serve anche a mettere in luce le contraddizioni della legge, sì da scacciare da essa l'irrazionalità, permettendo all'esperienza giuridica di colmare le lacune del sistema legislativo mediante ricorso a fonti extralegislative²⁶. Così il compito dello scienziato del diritto sarà quello di razionalizzare la legge. « Allora il metodo sistematico rivela anche la sua moralità profonda. Impedendo che nell'interpretazione s'insinui, sotto il pretesto della ricerca dei fini della legge, l'irrazionalità ed anzi l'arbitrio del singolo esegeta, il metodo sistematico conferisce rigore all'interpretazione, accresce la certezza del diritto »²⁷.

Si profilava dunque un contrasto tra la vecchia dogmatica, fondata sui concetti-base del diritto privato e diffusa largamente nella manualistica²⁸, ed una scienza più raffinata logicamente, che si serve del metodo sistematico, che privilegia il diritto costituzionale e che tenta una sintesi tra il normativismo d'oltralpe e l'istituzionalismo nostrano²⁹.

In ogni caso si rigetta dall'interpretazione giuridica qualsiasi elemento di tipo valutativo e di natura creativa. D'altronde, in queste prospettive, è ovvio che i problemi dell'interpretazione del fatto interessino in misura molto limitata rispetto a quelli dell'interpretazione della norma. E poi, alle accuse di astrattezza e di concettualismo, lo scienziato si difendeva facendo notare che proprio questo era il compito della scienza, che non spettava alla scienza applicare il diritto e quindi compiere delle scelte, che di astrattezza semmai si doveva accusare il giudice³⁰.

Si distingueva quindi il problema dell'interpretazione da quello dell'applicazione del diritto, non già al fine di operare una teorizzazione della creatività dell'attività del giudice (il che sarà proprio della seconda fase da noi considerata), ma perchè si era in generale convinti che i problemi applicativi del diritto fossero cosa ben diversa da quelli interpretativi e ben poco degni di attenzione da parte della scienza.

²⁶ *Ibidem*, p. 63, nota 2.

²⁷ *Ibidem*, p. 64.

²⁸ È quella che il MERRYMAN chiama « modello tradizionale » o « l'ortodossia », in *Lo stile italiano: la dottrina*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1966, pp. 1185-1189.

²⁹ E. ALLORIO, *op. cit.*, p. 71. L'Allorio si richiama ampiamente alle idee del Bobbio sui rapporti tra scienza e tecnica del diritto.

³⁰ P. CALAMANDREI, « La funzione della giurisprudenza nel tempo presente » (1955), ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 611.

In definitiva anche per la dottrina si può affermare che erano le basi su cui poggiava l'intero ordinamento giuridico (i principi della certezza del diritto, della sicurezza dei rapporti giuridici, della libertà dell'iniziativa privata, dell'intangibilità dei diritti soggettivi) che conducevano « a considerare il giudizio di diritto come un giudizio logico dichiarativo, nel quale nulla dovesse aggiungere il giudice di suo »³¹.

b) Valutatività ed equità interpretativa.

Gli anni cinquanta, dal punto di vista dell'ideologia professionale, sono caratterizzati dalla lotta per l'autonomia (autogoverno) della magistratura, per l'esclusione di ogni ingerenza governativa nella carriera del giudice. Corollari o strumenti dell'esigenza di autonomia sono naturalmente i problemi relativi all'unità della giurisdizione, alla Corte Costituzionale, all'unità della Cassazione³². Tutti questi elementi o mezzi, con cui affermare l'autonomia, manifestano, oltre ad una difesa dell'imparzialità del magistrato, anche un desiderio di supremazia della magistratura rispetto agli altri poteri. La stessa apoliticità — come abbiamo visto — non significava tanto il desiderio di sottrarsi alla gestione del potere quanto piuttosto la convinzione che in uno Stato di diritto ai custodi del diritto spettasse un ruolo di primo piano e che il potere non era necessariamente legato all'indirizzo politico. D'altronde si trattava anche qui di attuare la Costituzione, che nell'art. 104 parla di autonomia della magistratura e di divisione dei poteri³³. La titolarità del potere giudiziario spetta, secondo la convinzione del tempo, all'intero ordine giudiziario. « Il singolo magistrato è invece sottoposto ai provvedimenti amministrativi di questo stesso organo (Il Consiglio Superiore), non è quindi "sovrano" se non nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali »³⁴.

Questa convinzione ha particolare importanza per lo studio del problema dell'applicazione del diritto, poiché oltre ad una notevole

³¹ G. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, pp. 73-74.

³² E. MORIONDO, *op. cit.*, pp. 59-93.

³³ Questa lotta culminò nel 1958 con la legge sul Consiglio Superiore della magistratura, che realizzò solo in parte le aspirazioni dei magistrati.

³⁴ E. MORIONDO, *op. cit.*, p. 151.

coesione interna, permette e manifesta una ideologia comune, o almeno generalmente accettata, dell'interpretazione del diritto e soprattutto l'affermazione della necessità di tale uniformità ideologica. Tale necessità discende dalla teoria della divisione dei poteri. Se il potere legislativo riesce ad esprimere un'unità d'indirizzo attraverso il metodo parlamentare, nonostante la varietà delle correnti politiche, così il potere giudiziario sarà veramente tale qualora riesca ad esprimere una giurisprudenza unitaria. È questo tra l'altro uno sviluppo del principio della certezza del diritto, principio che non avrebbe nessun significato sul piano legislativo se non l'avesse soprattutto sul piano giurisdizionale. Certezza significa possibilità di prevedere la decisione e ciò non dipende solo dalla chiarezza delle leggi, ma anche e soprattutto dalla uniforme interpretazione data ad esse dai giudici.

Gli strumenti per realizzare questo obiettivo sono di diversa natura tra loro e rispetto a quelli utilizzati nell'organizzazione degli altri poteri dello Stato. Vi sono innanzi tutto strumenti validi sul piano strumentale ed organizzativo dell'ordine giudiziario. Così l'accentuazione del principio gerarchico nell'organizzazione interna, la pluralità dei gradi di giurisdizione culminante nella Corte di Cassazione, che ha lo specifico compito di realizzare quell'unità ed uniformità di cui abbiamo parlato (cfr. l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario).

E vi sono strumenti tipicamente ideologici, come l'accreditare una specifica ideologia dell'interpretazione. Dalla soggezione del giudice al legislatore era venuta fuori un'ideologia dell'interpretazione di tipo psicologico e volontaristico, perchè la legge veniva considerata sempre in relazione alla volontà del legislatore storico. Così la teoria meccanicistica si era sviluppata approfittando del fatto che l'atto di volontà era considerato già operante nell'ordinamento giuridico prima dell'intervento giurisdizionale. Al controllo di legittimità operata dalla Cassazione, controllo che solo dopo un certo lasso di tempo può mostrare in pieno la sua portata unificatrice ed uniformatrice, ed al realizzarsi dell'autonomia della magistratura con l'istituzione del Consiglio Superiore corrisponde un'ideologia dell'interpretazione basata sui valori della coerenza e della completezza dell'ordinamento giuridico, cioè sui valori « logici ». L'unitarietà della giurisprudenza viene intesa non come vincolo posto al giudice rispetto

ai valori politici e sociali da promuovere, ma come vincolo relativo alla prassi interpretativa ed applicativa del diritto. La coerenza del sistema legislativo richiede un uso costante ed uniforme dei mezzi interpretativi. La Corte di Cassazione, per le sue funzioni istituzionali, può controllare questa uniformità dei metodi, privilegiando il tipo di argomentazioni più consoni a rafforzare l'autonomia della magistratura nei confronti del legislatore, anche se non della legge. Questa autonomia nell'applicazione del diritto era realizzata dalla Cassazione col determinare quei caratteri formali che ogni legge deve possedere per essere una legge « giusta » emanata da un « buon » legislatore³⁵. È qui già palese la caratterizzazione ideologica dell'operato della Cassazione, che non si accontenta di un qualsivoglia legislatore, ma lo vuole fornito di certe caratteristiche.

Secondo la Cassazione una legge degna di questo nome deve predisporre un trattamento identico per gli uguali e diversificato per gli ineguali (regola di giustizia), non deve contenere precetti contraddittori (regola di coerenza), deve predisporre mezzi adeguati allo scopo (regola della razionalità conforme allo scopo), non deve ripetersi (regola della non ridondanza). Da queste caratteristiche si deducono quattro regole costanti d'interpretazione in uso nella nostra giurisprudenza: 1) non si deve interpretare una norma in modo da pervenire ad una disparità di trattamento tra esseri appartenenti alla medesima categoria; 2) non si deve dare alla norma un senso che la renda incompatibile con altre norme del sistema; 3) si deve dare alla norma quel senso che la renda il mezzo più adeguato allo scopo perseguito dal legislatore; 4) non si deve dare alla norma un senso tale che la renda una ripetizione inutile. « In altri termini, questo significa che tra tutte le interpretazioni possibili di una stessa norma il giudice sceglie sempre quella che riflette il più fedelmente possibile l'immagine di un legislatore giusto, coerente, ragionevole e non ridondante »³⁶. Ciò significa anche che non si ritiene necessario che il legislatore sia rigoroso nell'uso dei termini, sistematico

³⁵ N. BOBBIO ha sintetizzato i risultati di una ricerca sull'argomentazioni del giudice italiano della Corte di Cassazione, riproducendo l'immagine che tale giudice si fa del legislatore, in una comunicazione presentata al « Congresso mondiale di Filosofia del Diritto e Filosofia sociale » del 1971 dal titolo « Le bon législateur », in *Actes du Congrès mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie sociale*, Bruxelles, 1971, pp. 243-249.

³⁶ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 244-45.

nell'ordinamento delle norme, esaustivo nella determinazione dei casi specifici³⁷. Prova ne sia che gli argomenti decisionali, tratti fuori da queste ultime caratteristiche, sono considerati deboli rispetto ai primi.

Così la Cassazione non solo si costruiva un modello logico con cui vagliare la struttura ed il contenuto della legge, modello non ispirato a valori politici ma a quei valori su cui poteva fondarsi l'autonomia della magistratura senza concorrere con il legislativo, ma anche eliminava da questa immagine del « buon » legislatore alcune di quelle caratteristiche su cui si fondava l'interpretazione meccanicistica del periodo precedente, ed in particolare l'esaustività delle disposizioni legislative, permettendo così al giudice di sganciarsi parzialmente dalla « volontà » del legislatore storico. Ciò non significa che la logica del giudice abbia rinunciato alle caratteristiche del rigore e della sistematicità. Se il giudice vi rinuncia nei confronti dell'opera legislativa, è per recuperarli e recepirli attraverso l'opera della scienza. In sostanza non si rinuncia al rigore ed alla sistematicità, ma piuttosto alla subordinazione ideologico-interpretativa che queste caratteristiche implicavano. L'operato della Cassazione contribuì di conseguenza ad accreditare l'autorevolezza della dottrina nei confronti dei giudici di merito. Il distacco dalla politica porta a cadere tra le braccia della logica. L'influsso della dottrina sulla giurisprudenza divenne così determinante da far notare ad un osservatore straniero, il Merryman, che di fronte allo scienziato del diritto il giudice appare un tecnico. Il primo provvede alla sistematica, alle strutture giuridiche di carattere scientifico che il secondo accetta ed applica. La giurisprudenza non è soltanto dominata dalla dottrina, ma anche cerca di imitarla³⁸. Basti osservare la forma e lo stile delle sentenze italiane mediante cui anche il giudice « ben intenzionato » tende a mascherare il proprio ruolo creativo: la frequenza degli omissis, la forma più di estratti da trattati o commentari del codice che di ragionamenti di giudici che devono decidere un caso concreto, le massime più simili ad una collezione di norme che di precedenti giudiziari, e così via³⁹. Tuttavia ciò non significa che il giudice non possenga ora maggiori possibilità di sfuggire alla supre-

³⁷ *Ibidem*, pp. 248-49.

³⁸ J. H. MERRYMAN, *Lo stile italiano: l'interpretazione*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1968, 2, p. 378.

³⁹ *Ibidem*, p. 387.

mazia della dottrina di quante non ne abbia di fronte alla «volontà» del legislatore. Di fatto la dottrina non è uniforme, profonde discordie su punti capitali la dividono⁴⁰. È spesso possibile scovare un'interpretazione dottrinale che favorisca le esigenze di giustizia del caso concreto. E poi non è sempre vero che essa si limita a descrivere la struttura ed i contenuti dell'ordinamento, spesso (molto più di quanto non appaia) è decisamente prescrittiva e finisce per proporre una politica del diritto.

Tuttavia il modello di scienza giuridica, che era largamente diffuso in quel periodo, vedeva in essa una scienza puramente descrittiva delle regole giuridiche in quanto tali (teoria generale) e del loro contenuto (giurisprudenza come scienza), scienza « normativa » perchè aveva ad oggetto norme, equipaggiata con un metodo logico-formale⁴¹. A questo tipo di scienza giuridica si può imputare di essere più una scienza teorica che una scienza pratica⁴², di disinteressarsi dei fatti sociali, della effettività delle norme, di non tener conto delle conoscenze sociologiche⁴³, di aver trascurato il problema giuridico dell'interpretazione dei fatti⁴⁴ ed, infine, di non aver centrato neppure gli obiettivi che si proponeva e soprattutto quello della avalutatività, essendo caduta nel dogmatismo giuridico, che è la tendenza a far valere i concetti dogmatici fuori dai limiti di un dato ordinamento o di un dato settore di esso. Anche se tali accuse non fossero tutte giustificate, sta di fatto che lo stile dominante nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto nell'Italia degli anni cinquanta era fortemente contrassegnato dalle esigenze di coerenza e di sistematicità e ben poco sensibile a quelle della concretezza e socialità del diritto. Ciò non significa che i valori politici e sociali non fossero tenuti in conto sia dal giurista che dal giudice. Si può dire anzi che proprio il logicismo dominante costringeva il giudice sensibile ed il giurista antiformalista ad un uso apertamente ideologico degli stru-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 385.

⁴¹ È noto che il teorico italiano di questo tipo di metagiurisprudenza è stato il BOBBIO: cfr. « Scienza del diritto ed analisi del linguaggio », in *Saggi di critica delle scienze*, Torino, 1950.

⁴² S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in « Riv. it. se. giur. » 1950.

⁴³ M. S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, « Jus », 1957, pp. 223-234.

⁴⁴ A. NASI, voce *Fatto (Giudizio di)*, in « Enciclopedia del diritto », XVI, Milano, 1967.

menti logici e non fu raro che il bizantinismo dell'argomentazione celasse un'istanza realistica di concretezza.

Inoltre si andava via via acquistando, anche se lentamente, consapevolezza della necessità di ammettere all'interno stesso del lavoro scientifico ed, a maggior ragione, in quello operativo la presenza di valutazioni e di scelte. Già Carnelutti nel 1951⁴⁵, Calamandrei nel 1955⁴⁶, Betti nel 1949 e nel 1958,⁴⁷ Ascarelli nel 1955⁴⁸, Caiani nel 1954⁴⁹, De Marini nel 1959⁵⁰ affrontavano con piena consapevolezza il problema dell'atteggiamento ideologico del giurista e del giudice. Tutti questi autori si incontravano nella critica al logicismo ed al dogmatismo, consideravano come inscindibile il problema dell'interpretazione da quello dell'applicazione e, pur ammettendo l'aspetto prevalentemente logico del primo, di fatto lo vedevano determinato e condizionato da scelte valutative, rivalutavano l'importanza del « giudizio » come momento centrale ed obiettivo finale di tutto il processo interpretativo⁵¹, inserivano nella struttura stessa di questo processo giudizi di valore e proposizioni prescrittive. In genere questi autori avevano cura di far notare che non si trattava di proporre nuovi metodi interpretativi quanto di osservare come le cose effettivamente andavano e che il logicismo non era uno strumento adatto a realizzare quei fini per cui era stato apprestato. Infatti, se l'oggetto dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto è la norma e solamente questa, è pur vero che essa è costituita da un atto di volontà, espressione di una prospettiva politico-giuridica e di una conseguente valutazione normativa⁵². Quindi i giudizi della interpretazione devono tendere almeno a riprodurre la valutazione originaria della norma, se vogliono essere adeguati al loro oggetto.

⁴⁵ F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1951.

⁴⁶ P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit.

⁴⁷ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), cit.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.

⁴⁸ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, Milano, 1955.

⁴⁹ L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

⁵⁰ G. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit.

⁵¹ Il teorico del giudizio giuridico è il CARNELUTTI, che distingue tra giudizio storico o di esistenza e giudizio critico o di valore, che a sua volta è distinto in giudizio di legalità e di equità. Cfr. la terza ed. della *Teoria generale del diritto*, Roma 1951 e, tra gli altri *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in « Riv. dir. proc. » 1956.

⁵² L. CAIANI, *op. cit.*, p. 165.

Come notiamo, si cerca di eliminare il formalismo interpretativo senza rompere del tutto con l'ideologia tradizionale, anzi richiamando in vita la teoria psicologica (peraltro mai completamente dimenticata).

In sostanza questi scritti sull'interpretazione in genere non criticano i valori politici e sociali dominanti nella prassi interpretativa ed applicativa del diritto nè propongono nuovi valori da realizzare (come, ad es., un'autentica «attuazione» della Costituzione), ma si muovono quasi esclusivamente sul piano dell'ideologia dell'interpretazione, sul piano metodico. Sia il De Marini che il Caiani non attribuiscono all'opera del giudice alcun significato politico innovatore nel senso di una modificazione dell'ordinamento giuridico posto dal legislatore⁵³.

Le valutazioni dell'interprete, sia nel caso dei « giudizi ricostruttivi e statici » che in quello dei « giudizi ricreativi e dinamici »⁵⁴ sono nettamente distinte dal Caiani dai giudizi di valore che riguardano una presa di posizione ideologica o deontologica sulla giustizia o sull'opportunità o sull'idoneità tecnica della norma⁵⁵. Anche il De Marini distingue tra giudizi valutativi della norma e giudizi nell'ambito della norma⁵⁶. Solo per il Bettiol la giurisprudenza dei valori ha una portata politica decisamente innovativa.

La loro battaglia era condotta in nome della rivendicazione di una libertà dell'interprete sia nella scelta della natura e delle caratteristiche dello stesso problema interpretativo che nella scelta dei metodi e dei mezzi tecnici necessari a risolvere il quesito interpretativo stesso. Ma, in definitiva, il risultato, non sempre voluto, fu la subordinazione dell'orientamento metodologico alla scelta ideologica⁵⁷, anche se queste concezioni dell'atteggiamento ideologico dei giudici si mantengono nell'ambito politico dello Stato liberaldemocratico e della funzione che in esso il diritto esercita⁵⁸.

Le resistenze della teoria intellettualistica dell'interpretazione

⁵³ G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. » 1972, 3, p. 904

⁵⁴ L. CAIANI, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 173.

⁵⁶ G. DE MARINI, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁷ L. BAGOLINI, *La scelta del metodo nella giurisprudenza*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1957, pp. 1054-1066. Cfr. anche *Interpretazione giuridica e decisione*, in « Riv. int. di fil. del dir. », 1966, pp. 227-232.

⁵⁸ G. FASSÒ, *op. cit.*, p. 904.

al riconoscimento della valutatività dell'operato del giudice, anche se limitata all'ambito della norma, si manifestano con l'incoraggiare la giurisprudenza ad un maggior uso dell'equità interpretativa. È noto che la nostra esperienza giuridica non ammette se non un'equità sostitutiva ed un'equità integrativa e, conseguentemente, un giudizio di equità autonomo ed un giudizio di equità integrato in un giudizio di diritto⁵⁹, cioè l'ordinamento giuridico prevede casi in cui dà al giudice il potere di regolare equamente una data situazione e casi (più numerosi) in cui tale discrezionalità è limitata ad aspetti particolari dell'applicazione della norma. È ovvio anche che il legislatore « non può prevedere su un piano generale che l'interpretazione logica delle proprie norme possa essere contraria ad equità e non può quindi affiancare preventivamente ad essa anche un'interpretazione equitativa: sarebbe un rinnegare se stesso »⁶⁰. Coloro che ammettono la creatività dell'applicazione del diritto non ritengono necessario parlare di equità interpretativa come cosa diversa dal normale procedimento di applicazione del diritto⁶¹. Ne parlano invece coloro che, pur restando legati ad una teoria concettualistica, avvertono tuttavia l'esigenza di una giustizia del caso concreto, di una più umana o meno rigorosa applicazione del diritto⁶². Per costoro l'accentuazione dell'importanza dei giudizi di equità e l'invito in tal senso rivolto al giudice è il modo per mantenere ancora in vita quella caratteristica scissione tra interpretazione ed applicazione del diritto che resta pur sempre un motivo costante della nostra esperienza giuridica.

c) Politiche del diritto e della giustizia.

Agli inizi degli anni sessanta quel quadro d'insieme, che, pur nella sua inquietudine, manteneva ancora un'omogeneità complessiva, velocemente va frantumandosi ed i vari frammenti si allontanano sempre più gli uni dagli altri. Viene meno quella coesione ideologica della magistratura, che era fino ad allora stata lo sfondo su cui si erano costruiti tutti i discorsi sull'interpretazione del di-

⁵⁹ G. DE MARINI, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁰ G. DE MARINI, *op. cit.*, p. 205.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 276-280.

⁶² P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit.

ritto. Il disaccordo ideologico diviene talmente profondo da rendere preferibile parlare di « ideologie dei magistrati » piuttosto che di «ideologia della magistratura»⁶³. Segno premonitore di questa rottura è la scissione del gruppo UMI (Unione Magistrati italiani) dalla Associazione nel 1961.

Dal punto di vista professionale l'ideologia della magistratura ha subito un rapido ed inatteso mutamento nel campo dei rapporti interni fra i giudici. « Appena essi ottennero dal governo un alto grado di autonomia con la legge del 1958 sul Consiglio superiore, venne meno la compattezza che avevano mantenuto per lottare contro i politici, e salirono in primo piano le tensioni interne all'organizzazione giudiziaria che covavano ormai da qualche anno »⁶⁴. Il mutamento ideologico più importante fu il sorgere del problema della *indipendenza interna*, cioè quella che mirava a tutelare la libertà di coscienza di ciascun giudice dalle coartazioni impostegli dai superiori attraverso il controllo della carriera⁶⁵. In ciò si è anche visto il segno di un'influenza delle norme costituzionali sul pensiero dei magistrati. « Vi furono norme, come quelle sull'uguaglianza dei giudici (art. 107, III comma), che non erano state proposte dall'Associazione, ma di cui i magistrati avrebbero scoperto tutta la potenzialità nei decenni successivi »⁶⁶.

Di rilevante c'è da notare lo spostamento della sede della funzione giurisdizionale dall'ordinamento giudiziario nel suo complesso al singolo giudice. Ciò significa che la funzione giurisdizionale *si personalizza* in ogni magistrato investito del suo esercizio. Ciò rende inconciliabile ogni forma di carriera e gerarchia con l'ordinamento dei giudici e quindi postula l'equivalenza delle varie funzioni giurisdizionali⁶⁷. La distinzione tra ideologia professionale ed ideologia politica si va facendo sempre più esigua. L'esigenza dell'eguaglianza dal punto di vista professionale (nell'esercizio della funzione giurisdizionale) rende più sensibili all'uguaglianza come valore politico e sociale re-

⁶³ G. LUMIA, «Magistratura e ideologie», *op. cit.*, p. 178.

⁶⁴ E. MORIONDO, *op. cit.*, p. 252.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 327.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 164.

⁶⁷ CAPPELLI, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, in «Il Ponte», 1968, n. 6/7, pp. 776-7.

cepito dalla Costituzione. Si prende coscienza della grave inattuazione di essa almeno rispetto a quest'ultimo valore. Questo mutamento di prospettive ha naturalmente i suoi riflessi sull'ideologia dell'interpretazione. Esso indica che « la polemica, varcati i limiti del sistema professionale, giungeva ad attaccare quel regno della giurisprudenza in cui avevano fino ad allora dominato, pressochè senza ostacoli, gli indirizzi ideologici della corte suprema di cassazione »⁶⁸. E « ...siccome è impensabile che si chieda l'indipendenza da qualcuno se non si ha qualcosa di diverso da dire, ben presto vennero in luce profonde divergenze fra la magistratura di merito e quella di vertice riguardo ai metodi con cui si deve interpretare e applicare il diritto. Si levarono critiche sempre più energiche al conformismo e al formalismo giurisprudenziale, e siccome la corte di cassazione, anzicchè mutare i suoi indirizzi per mantenere la propria supremazia, preferì valersi della propria supremazia per far valere i suoi vecchi indirizzi dottrinali, a un certo punto la " causalità ideologica " scattò nuovamente e i settori più radicali della magistratura di merito presero a demolire il " fine ultimo " che giustificava la supremazia della cassazione sul resto dell'ordinamento giudiziario: la certezza del diritto »⁶⁹.

La situazione attuale si configura così nel senso di un'iscindibilità tra ideologia professionale, ideologia politica ed ideologia dell'interpretazione. Questi tre aspetti relativi alla posizione del magistrato e del giurista nella società italiana del nostro tempo non stanno più tra loro nei rapporti in cui si rifletteva una concezione liberaldemocratica dello Stato basata sulla riaffermazione della teoria della divisione dei poteri. L'ideologia professionale non può più essere considerata semplicemente come la somma delle aspirazioni di un ceto professionale, per quanto importante possa essere la sua funzione. È diventata piuttosto l'immagine che un potere si fa di se stesso e della sua opera nella società, un potere che si è reso conto della portata normativa e creativa dell'applicazione del diritto, e che vuole partecipare con autonomia al processo di decisione politica. La divisione delle correnti all'interno dell'ANMI (Associazione nazionale magistrati italiani) dimostra la tendenza dell'ideologia pro-

⁶⁸ E. MORIONDO, *op. cit.*, p. 327.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 327.

fessionale a non ignorare l'ideologia politica, anche se permangono ancora i tentativi (sempre meno convincenti) di camuffare quest'ultima nei panni della prima. Inoltre crolla anche un'altra convinzione, e cioè quella dell'autonomia della dottrina dei metodi interpretativi rispetto ai fini da raggiungere tramite la loro applicazione, e conseguentemente viene meno anche un'unitaria ideologia dell'interpretazione poiché l'interpretazione sente il bisogno di una più ampia libertà nella scelta dei metodi e nel loro uso. La teoria dell'interpretazione assume quindi l'aspetto più di una rassegna degli strumenti a disposizione dell'interprete che quello di una dottrina unitaria dotata di forza precettiva. Certamente ritornano a galla e riacquistano grande importanza il metodo teleologico e, soprattutto, i metodi socio-evolutivi, ma noi li troviamo valorizzati più da coloro che continuano a difendere l'autonomia dei metodi e la neutralità ideologica dell'interprete che da quelli che apertamente considerano il problema dell'interpretazione del diritto come problema politico. La differenza delle due posizioni è ben comprensibile, ove si pensi che gli uni non ritengono che si possa rispondere alle nuove istanze sociali con i vecchi schemi, le vecchie strutture e, in varia misura, postulano una riforma profonda del sistema giudiziario e della amministrazione della giustizia, mentre gli altri pensano che è sufficiente allargare la vecchia dottrina del metodo senza modificare la posizione del giudice nei confronti della società e della legge. Come si vede la divergenza è palesemente politica.

Non abbiamo intenzione di fornire un quadro completo di tutte le vicende di questo problema dal 1965 ai giorni nostri, poiché, data la complessità della questione, bisognerebbe allargare la prospettiva a problemi che solo indirettamente hanno a che fare con l'interpretazione del diritto, anche se poi finiscono sempre per condizionarne la soluzione proposta. Desideriamo solo offrire alcuni esempi particolarmente significativi delle posizioni principali, rifacendoci per quanto riguarda le ideologie dei magistrati agli atti dei congressi dell'ANMI.

Gli aderenti all'UMI, che raccoglie tra le sue file per lo più magistrati di cassazione, portano avanti con piena coerenza e compattezza l'ideologia tipica del giudice in uno stato di diritto. Sostengono la tesi che l'esercizio dell'attività giurisdizionale deve

essere politicamente neutrale ovvero che la politica del giudice è quella del legislatore. La neutralità politica non è una scelta del magistrato, ma è una necessità dettata dal suo ruolo e dalla sua funzione così come è intesa nel nostro ordinamento costituzionale o, addirittura, è una caratteristica del giudice in tutte le epoche della storia. Infatti «... sempre, per mezzo del giudice, lo Stato si è proposto di difendere la legge, cioè se stesso perchè, se non vi è legge, non vi è Stato »⁷⁰. Il giudice non deve e non può sostituirsi alla legge, perchè alle sue pronunzie mancherebbero quelle caratteristiche di generalità ed astrattezza proprie della legge in quanto tale. In tal caso si sostituirebbe alla legalità ed alla certezza del diritto il personale arbitrio dei giudici, ognuno dei quali porterebbe avanti la « propria giustizia » o in ogni caso una giustizia di parte⁷¹. Ciò significherebbe evidentemente la disintegrazione dello Stato. È vero che l'uniforme interpretazione e la certezza del diritto non sono valori realizzabili in assoluto, ma ciò non vuol dire che bisogna rigettarli come miti, essendo piuttosto « linee di tendenza »⁷².

La crisi della giustizia italiana non è imputabile alla magistratura, ma per larga parte all'inefficienza del potere legislativo, che non opera o opera male non coordinando e collegando le nuove disposizioni con le preesistenti⁷³.

Inoltre, nel conflitto che si va profilando tra Cassazione e Corte costituzionale, l'UMI si sforza di richiamare quest'ultima al atteggiamenti più giurisdizionali o meno politici⁷⁴, rammentando che « la corte costituzionale era stata istituita come custode del limite di competenza che separa il potere costituente da quello legislativo ordinario, non certo come organo destinato ad operare scelte politiche »⁷⁵. Dalla crisi attuale, che è crisi non tanto della giustizia quanto dello Stato di diritto, non v'è altro rimedio che questo: « da un lato, i giudici — tutti i giudici — devono lasciare al Par-

⁷⁰ G. COLLI, *La funzione del giudice nella società contemporanea*, in « Rassegna dei Magistrati », maggio/giugno 1972, p. 195.

⁷¹ *Ibidem*, p. 196.

⁷² *Ibidem*, p. 198.

⁷³ A. CHECCHINI, *Il giudice e la politica*, in « Rassegna dei magistrati », aprile 1970, pp. 175-76.

⁷⁴ G. FIORE, *La corte di cassazione e la Costituzione*, in « Rassegna dei Magistrati », giugno 1965, pp. 241-252. PIZZALUNGA, *Interpretazione della legge e sindacato costituzionale*, in « Rassegna dei Magistrati », giugno 1965, pp. 258-263.

⁷⁵ G. COLLI, *La funzione del giudice nella società contemporanea*, cit., p. 200.

lamento il compito di fare, modificare o abrogare le leggi, limitandosi ad assolvere il compito per cui sono stati istituiti, cioè applicare la legge quale è e non quale ad essi piacerebbe che fosse »⁷⁶.

Queste tesi sono state riassunte nella mozione finale approvata a conclusione del III Congresso nazionale dell'UMI (Salerno, 1970), dove si rifiuta decisamente « ogni tentativo di allargare il concetto di interpretazione fino ad attribuire al giudice compiti che, in una democrazia, spettano soltanto alle Camere elettive, espressione diretta della sovranità popolare »⁷⁷. Tuttavia nel Congresso di Terracina (1966), pur rifiutandosi la concezione del diritto libero, si era ammessa l'interpretazione storico-evolutiva, cioè una certa libertà dell'interpretazione alla luce della realtà sociale che sempre si rinnova⁷⁸. C'è da sottolineare che non si parla nè d'interpretazione socio-evolutiva nè di interpretazione puramente e semplicemente evolutiva, ma *storico-evolutiva* per indicare che mai il giudice deve staccarsi dall'ideologia del legislatore nell'adeguare le norme alle situazioni nuove.

Se esaminiamo gli atti degli ultimi Congressi dell'ANMI, risulta evidente quanto il problema dell'interpretazione abbia assunto un ruolo centrale ed un'importanza decisamente primaria, come risulta evidente, altresì, il fatto incontestabile che tale problema venga osservato non in relazione ai procedimenti ed alle tecniche interpretative ma in relazione ai valori cui il giudice si ispira o deve ispirarsi nell'emettere la sua decisione. Il dibattito quindi si concentra e le posizioni si contrappongono proprio sul problema del fine dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. È superfluo notare che da questa prospettiva, vero punto di Archimede, si mette in discussione la posizione stessa del giudice, sia nei confronti della legge che nei confronti della società. Proprio il rapporto giudice-società diviene il tema dominante del dibattito della magistratura dopo il 1965⁷⁹.

Dapprima ci si chiede se si può parlare di un « indirizzo po-

⁷⁶ *Ibidem*, p. 201.

⁷⁷ La mozione in questione si trova in « Rassegna dei Magistrati », maggio 1970, p. 219.

⁷⁸ Cfr. la comunicazione di F. Trotta su *Il legislatore, la legge e il giudice*, p. 12 dell'estratto.

⁷⁹ E. MORIONDO, *op. cit.*, p. 329.

litico della magistratura ». È il primo tema del Congresso di Gardone del 1965. Bisogna naturalmente inquadrare questo problema nel contesto di unamagistratura che ha o crede di avere ormai conseguito quella indipendenza ed autonomia, di cui già si è parlato, per comprendere quanto lasci ora insoddisfatti la risposta tradizionale che suona: la politica della magistratura è quella del legislatore e null'altro che quella. D'altra parte non bisogna neppure pensare che la magistratura sia passata da una posizione di semplice ossequio delle leggi (che d'altronde non ha mai dominato incontrastata) ad un'intransigente critica di queste. In effetti, in un primo momento, si cerca di aprire un varco ad una maggiore libertà nell'esercizio della funzione giurisdizionale e alle scelte del giudice « entro gli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge »⁸⁰. Si dà però pacificamente per scontato che l'interpretazione giudiziale sia creativa, ma il concetto stesso di « creazione » assume una portata più radicale. Il giudice infatti non crea soltanto individualizzando il precetto generale, ma anche intervenendo con le proprie scelte ad integrare la norma. « Rimane il fatto che solo un cieco potrebbe disconoscere l'importanza, anche nel più intransigente sistema di diritto scritto, della produzione giudiziale del diritto, attraverso la interpretazione e la integrazione della norma scritta »⁸¹. « Il giudice non è dunque, non deve essere, ma soprattutto non può essere un perfetto robot, produttore di perfetti sillogismi giuridici... Necessariamente produttore di diritto, il giudice è dunque anche necessariamente portatore e attuatore di un indirizzo politico. Questo spiega l'esistenza di contrastanti correnti giurisprudenziali, che sarebbe ingenuo ed erroneo ricondurre solo a una maggiore o minore perfezione di tecnica interpretativa, a una migliore o più scadente costruzione del robot giudiziario »⁸². Assume quindi particolare rilievo la personalità del giudice, la sua concezione di vita. L'indirizzo politico del giudice deve essere quello della sua coscienza. Così si evita il pericolo di dare al corpo giudiziario in quanto tale,

⁸⁰ Questa affermazione è contenuta nella mozione conclusiva concordata dalle tre correnti Magistratura Democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere, in *Atti e commenti del XII Congresso Nazionale Brescia-Gardone 25-28/IX/1965*, Roma, 1966, pp. 309-310 e ripetuta anche nella *Prefazione* a p. 8.

⁸¹ G. MARANINI, « Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione », in *Atti e Commenti del XII Congresso*, cit., p. 23.

⁸² *Ibidem*, p. 23.

nel suo complesso, una funzione che propriamente spetta al legislativo. Non si può parlare quindi di politica della magistratura come ideologia unitaria. Essa invece si sostanzia — a detta del Maranini — nella sintesi spontanea delle varie e spesso contrastanti tendenze giurisprudenziali, risultanti dalla libera coscienza del singolo giudice⁸³.

Ma il problema non si può con questo ritenere pacificamente risolto, anzi risulta più ingarbugliato che mai. Le critiche, che queste tesi del Maranini hanno suscitato (come, ad es., quelle intransigenti rivoltegli dal Leone, che preferisce parlare piuttosto di « indirizzo costituzionale » che di « indirizzo politico »⁸⁴), consistono in sostanza nel far notare che parlare di « libera coscienza » quando si vuole dire qualcosa di più di una pura e semplice tautologia, come sarebbe dire « cerchio rotondo », a proposito dell'interpretazione significa non solo mettere il giudice al di sopra della legge, ma distruggere il principio della certezza del diritto ed introdurre un estremo solipsismo interpretativo. Tuttavia nel campo politico-ideologico le tesi sostenute non devono essere giudicate in se stesse, ma in funzione di ciò a cui si oppongono, di ciò che combattono. E qui ci si oppone al predominio giurisprudenziale esercitato dalla Cassazione, per cui il solo problema di coscienza del giudice diventa quello di appoggiarsi alle massime consolidate ed alle tendenze giurisprudenziali della suprema corte. La rivalutazione della « libera coscienza » ha questa funzione polemica, non vuole certo essere il punto di riferimento assoluto delle decisioni giudiziarie. Questo punto di riferimento, come fonte da cui attingere i valori-guida dell'applicazione del diritto, è ormai decisamente la Costituzione nel suo complesso. La mozione conclusiva, di cui già si è parlato, afferma « che spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte Costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte

⁸³ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁴ Cfr. la cronaca dell'intervento di G. LEONE a p. 286 degli *Atti del XII Congresso*, cit., e l'articolo dello stesso nella «Stampa» del 30/X/1965.

le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale»⁸⁵. È importante riconoscere la novità di queste affermazioni, pur se per taluni esse avevano semplicemente lo scopo di esautorare le direttive giurisprudenziali della Cassazione. La novità consiste nel fatto che la norma fondamentale dello Stato italiano diviene così anche il criterio fondamentale dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Ciò vuol dire che la Costituzione non deve essere osservata attraverso i filtri della legislazione ordinaria (come era avvenuto a proposito della distinzione tra norme precettive e programmatiche), ma che è quest'ultima a dover essere applicata solo in quanto attua o non contrasta con i valori recepiti dalla Costituzione. Si comprende così agevolmente quanto v'è di novità in queste prese di posizione della magistratura italiana. Parlare infatti di funzione politica del giudice e di applicazione del diritto secondo la Costituzione può voler dire sia che nell'interpretare la legge ordinaria bisognerà preferire quel significato che attua i valori della Costituzione e rigettare quelli che ne violano i principi (ed in questo caso non si dice nulla di particolarmente nuovo) sia che il giudice deve cercare di supplire, servendosi di tutti gli strumenti a sua disposizione, alla inattuazione della Costituzione per l'inerzia del legislativo (ed in questo caso si profila un superamento dei vecchi schemi positivisticamente aganciati al principio di legalità). Nel 1965 è più vivo il problema della persona del giudice e del suo rapporto con la società, e non sempre ci si rende conto perfettamente delle conseguenze implicite in certe affermazioni ancora troppo vaghe. Così, accanto alla ancora troppo generica tesi dell'indirizzo politico della magistratura, si esaminano più diffusamente quei fattori generali che condizionano in varia misura la scelta interpretativa. Ma anche qui ci si sofferma piuttosto su ciò che il giudice non deve essere, sui condizionamenti da cui deve liberarsi che sui contenuti nuovi che deve recepire ed applicare. Questa deontologia professionale « negativa » parla di un giudice fornito di una nuova mentalità libera dal complesso della ricerca della « questione giuridica » ad ogni costo, dalla tendenza a fare di un caso concreto una fattispecie astratta, dalle preoccupa-

⁸⁵ *Atti e commenti del XII Congresso nazionale*, cit., p. 309.

zioni di carattere ambientale che tendono a burocratizzarne la funzione, dall'aspirazione a far carriera e così via⁸⁶. Si approda così ad una concezione « etica » del magistrato⁸⁷, cara agli indirizzi del personalismo giuridico esistenzialistico e spiritualistico, che non sono mai del tutto tramontati nella nostra cultura giuridica e che, allo interno di essa assolvono la preziosa funzione di richiamare la tecnica giuridica ad una dimensione più umanistica. Ma questo equipaggiamento etico che il giudice deve possedere (cultura generale, equilibrio, fermezza di carattere, obiettività, capacità critiche, etc...) è sufficiente a dare un nuovo volto all'interpretazione ed applicazione del diritto secondo le esigenze della società di oggi? Che sia necessario non v'è dubbio. Che sia necessaria una riforma dell'uomo e non solo una riforma della struttura è comprensibile. Per fornire alla società un « nuovo » giudice bisognerà senza dubbio rivedere i criteri di reclutamento dei magistrati, curare accanto ad una formazione tecnicamente giuridica una formazione culturale più vasta, provvista di conoscenze psicologiche, sociologiche, etc...⁸⁸. Bisognerà altresì selezionare le capacità dei magistrati, servendosi degli strumenti più avanzati della psicologia e delle scienze umane in generale. Ma se ciò significa dare una soluzione « etica e personalista » al problema dell'interpretazione giuridica⁸⁹, in cui alla neutralità positivista e formalistica venga sostituita un'etica del neutralismo politico, allora non si sarà evitato il pericolo per il giudice di continuare a compiere scelte politiche senza accorgersene. Se invece per concezione « etica » della magistratura s'intende una determinata concezione dell'uomo, della società e dei suoi fini, allora vi sarà il pericolo che, dietro il paravento di un reclutamento più efficiente e selettivo dei magistrati, li si condizioni mentalmente secondo le esigenze del potere. Così anche il richiamo ad una maggiore personalizzazione della funzione applicativa del diritto, al di là di un utile appello ad un ridimensionamento di essa in senso più umanistico, suscita più problemi di quelli che è chiamato a risolvere. In ogni caso la co-

⁸⁶ R. DI FIORE, «Giudizio di merito e giudici di merito nello Stato democratico», in *Atti e Commenti del XII Congresso Nazionale*, cit., p. 90.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁸⁸ P. PAJARDI, «La scelta, la formazione e la selezione del giudice di merito», in *Atti e Commenti del XII Congresso Nazionale*, cit., pp. 74-75.

⁸⁹ A. C. MORO, *Il giudice nello Stato contemporaneo*, in « Il Ponte », 1968, n. 6/7.

scienza del giudice è solo fonte di cognizione dell'attività interpretativa e non può essere certo considerata la fonte di produzione dei valori politici e sociali da realizzare.

Ma parlare della Costituzione come punto di riferimento dell'indirizzo politico della magistratura non risolve certo tutti i problemi. La Costituzione, norma fondamentale dello Stato, è pur sempre una legge. Nei confronti di essa si ripropongono tutti i problemi tradizionali della interpretazione delle leggi. Ed è a questo punto che l'accordo parzialmente raggiunto nel Congresso del 1965 manifesta tutta la sua inconsistenza ed artificiosità. Il problema dell'interpretazione della Costituzione sia nei fini che nei metodi divide profondamente le varie correnti dell'Associazione. Ciò risulta evidente nel Congresso di Trieste del 1970. I due temi fondamentali di tale Congresso riguardano proprio i fini politici da realizzare (1° tema: « Uguaglianza dei cittadini e la giustizia ») ed i criteri mediante cui interpretare le leggi (2° tema: «Evoluzione democratica e certezza del diritto »). La distinzione delle varie posizioni può essere compiuta utilizzando ormai schemi prelevati dalla scienza politica⁹⁰, specie tenendo conto del fatto che il primo tema ha assunto un'importanza determinante nei confronti del secondo. È significativo inoltre che il valore più discusso della Costituzione sia proprio quello dell'uguaglianza e non più quello della libertà. L'art. 3 della Costituzione afferma nel primo comma il principio dell'uguaglianza giuridica formale e nel secondo il principio dell'uguaglianza sostanziale. Su questo rapporto si impernano la maggior parte delle relazioni e delle discussioni.

Si possono così delineare tre posizioni fondamentali, seguendo l'analisi critica dello Scarpelli. La posizione formalistica ha fuso il discorso sull'uguaglianza con il problema della certezza del diritto, poiché certezza è intesa come uguaglianza di tutti di fronte alla legge in quanto solo attraverso la prevedibilità delle decisioni basate su interpretazioni oggettive e costanti è possibile eliminare l'incertezza e la parzialità nell'amministrazione della giustizia. Le accuse che da questo punto di vista si possono muovere al sistema attuale

⁹⁰ Cfr. U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, in « Riv. dir. proc. », 1970, pp. 646-659.

sono naturalmente di tipo formale e generico (la lentezza nell'amministrazione della giustizia, l'incorente elefantiasi della legislazione ordinaria, l'imperfezione della stessa Costituzione rispetto alla trasformazione della società e così via)⁹¹.

I magistrati formalisti-sostanzialisti, cioè ispirati alla democrazia sociale in senso riformista, si sforzano di portare avanti insieme le due esigenze, riconoscendo che l'uguaglianza formale diviene un vuoto simulacro se permette la disuguaglianza sostanziale. In definitiva la Costituzione recepisce sia l'una che l'altra, escluderne o privilegiarne una delle due significa tradire la Costituzione. Non spetta evidentemente al giudice attuare questa simbiosi tra certezza e giustizia, ma al potere legislativo attraverso un piano organico di riforme. L'ideologia della simbiosi tra certezza e giustizia⁹² si riflette sul piano dell'attività interpretativa nel senso che il giudice, pur restando fedele interprete della legge, sceglierà quelle soluzioni più coraggiose, avanzate e progressive, tese ad una più profonda certezza realizzatrice di uguaglianza. I magistrati appartenenti a questo indirizzo si distinguono poi in base ad una accentuazione maggiore o minore dell'uguaglianza formale rispetto a quella sostanziale. Così il Cusani⁹³ sottolinea con forza l'esigenza sostanzialistica, mentre il Giacobbe⁹⁴ piuttosto quella formalistica e, quindi, il garantismo della nostra Costituzione, un garantismo naturalmente più aperto in cui si comprendono anche tutti gli interventi politici dello Stato in campo socio-economico⁹⁵. Se poi ci chiediamo in base a quali criteri si può distinguere un'interpretazione più avanzata da una meno coraggiosa, i magistrati in questione ci rispondono che questo criterio risiede nel comune sentimento di giustizia, nelle « aspirazioni dell'intera comunità sociale »⁹⁶ e non nelle ideologie di una parte

⁹¹ G. CONSO, *La certezza del diritto ieri, oggi e domani*, in « Relazioni sul II tema del XIV Congresso Nazionale dell'ANM (Trieste, 10/13 sett. 1970) », Roma, 1970, pp. 9-19.

⁹² A. CHIAVELLI, *Evoluzione della società democratica e certezza del diritto*, in « Relazioni sul II tema del XIV Congresso Naz. », cit., p. 39.

⁹³ D. CUSANI, *La giustizia è meno uguale per i poveri*, in « Relazioni sul I tema del XIV Congresso Naz. dell'ANM », Roma, 1970, pp. 29-56.

⁹⁴ G. GIACOBBE, in « Relazioni sul II tema del XIV Congresso Naz. », cit., pp. 47-68.

⁹⁵ G. GIACOBBE, « Evoluzione e creatività della giurisprudenza », in *Il giudice oggi*, Roma, 1971, p. 18. (Si tratta di una raccolta di scritti di magistrati aderenti alla corrente di Magistratura indipendente).

⁹⁶ G. GIACOBBE, in « Relazione al II tema del XIV Congresso Naz. », cit., p. 67.

di essa⁹⁷. Rifiutano perciò quegli indirizzi che si sforzano di indirizzare l'operato dei giudici verso una determinata ideologia, poiché ciò significherebbe ammettere una giustizia di parte, negatrice dell'indipendenza dei giudici e della separazione dei poteri voluta dalla Costituzione. Ammissione quindi della creatività dell'interpretazione, ma rifiuto dei suoi aspetti ideologici se intesi in senso partitico. L'operato del giudice dovrà seguire l'evoluzione della società (giurisprudenza evolutiva) e « la logica ed armonica evoluzione del sistema », armonizzando le componenti del sistema normativo con le tensioni sociali⁹⁸. Ciò che distingue queste concezioni dalla posizione sostanzialistica (che Scarpelli considera « totalitaria ») è proprio la differenza che passa tra « comune sentimento di giustizia » e « coscienza popolare » intesi come criteri interpretativi della Costituzione. La differenza che passa tra un criterio, che proprio perchè giuridico deve essere pacificante, ed un criterio, che proprio perchè giusto deve essere discriminante e porta con sè una scelta di classe. E qui è evidente quanto il discorso rimetta in discussione la funzione stessa del diritto nella società.

« La Costituzione va conosciuta quindi dal giudice, non già in una immutabilità contrastante con la mobilità della vita degli uomini, ma nei contenuti continuamente riscoperti, riformulati e precisati dalla coscienza popolare »⁹⁹. « La conservazione della Costituzione nel suo contenuto giuridico e politico vissuto dal popolo costituisce il fondamentale elemento della certezza del diritto »¹⁰⁰. Questa coscienza popolare può essere colta solo attraverso una preliminare « scelta politica programmatica nell'attribuzione di significato alle norme »¹⁰¹. Allo stesso modo anche il valore della certezza assume un altro significato. Si rigetta infatti il senso formalistico della certezza, perchè per motivi storico-sociali è in contrasto con il programma egualitario¹⁰². « La certezza del diritto comincia a delinarsi con una nuova fisionomia: come consenso e partecipazione del popolo »¹⁰³.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁹⁹ F. PROVIDENTI, in « Relazioni al II tema del XIV Congresso Naz. », cit., p. 101.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 101.

¹⁰¹ E. PACIOTTI, *Appunti per una politica della giustizia*, in « Relazione al I tema del XIV Congresso Naz. », cit., p. 98 (sott. mia).

¹⁰² *Ibidem*, p. 100.

¹⁰³ T. GRIMALDI, in « Relazioni al II tema del XIV Congresso Nazionale dell'Anm. », cit., p. 84.

« Non più certezza come stabilità, come sicurezza nella conservazione di un diritto che finisce per diventare il diritto di pochi a danno della collettività, ma certezza come consenso democratico costantemente verificato nella continua evoluzione dei valori della società »¹⁰⁴. Si privilegia così il significato più lato possibile attribuibile al II comma dell'art. 3 della Costituzione in modo da favorire attraverso l'opera dei giudici sia « completezza di sviluppo della personalità individuale » sia « effettiva partecipazione dei lavoratori alla gestione del potere »¹⁰⁵.

Le idee della posizione sostanzialistica sono state portate alle estreme conseguenze dalla corrente di estrema sinistra dell'Associazione (« Magistratura Democratica »), che ha lanciato il programma di una « giurisprudenza alternativa », che consiste nell'applicare « fino alle loro estreme conseguenze » i principi eversivi dell'apparato normativo borghese, in modo da approfondire le contraddizioni, da accentuarne gli squilibri. Ciò significa tutelare i diritti dei lavoratori « in funzione dirompente » rispetto al sistema¹⁰⁶. Questo gruppo di magistrati sostiene evidentemente la necessità di riconoscere un'ineliminabile momento politico nell'esercizio della funzione giudiziaria e, quindi, l'assunzione da parte del giudice della responsabilità delle scelte. L'apoliticità e la neutralità ideologica del giudice sono miti da abbattere, perchè celano una politica conservatrice di appoggio alle classi dominanti¹⁰⁷. I vari indirizzi giurisprudenziali non sono quindi altro che la tecnicizzazione giuridica di indirizzi e scelte politiche. Quindi la scelta di una giurisprudenza « alternativa » rispetto alla tradizionale giurisprudenza di ispirazione autoritaria non deve essere considerata come una scelta per una giurisprudenza più politicizzata rispetto a quella apoliticizzata, ma per una giurisprudenza politicizzata in senso diverso e contrario, « cioè orientata non più alla difesa e al servizio dell'assetto capitalistico vigente bensì alla tutela degli spazi d'azione delle forze sociali d'opposizione e all'emancipa-

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 84.

¹⁰⁵ E. PACIOTTI, *op. cit.*, p. 91. Cfr. anche G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., pp. 487-8.

¹⁰⁶ Cfr. la relazione di ACCATATIS, FERRAJOLI e SENESE presentata al Congresso di Magistratura Democratica di Roma (3-5/X/1971). Cfr. anche G. TARELLO, *op. cit.*, pp. 489-91.

¹⁰⁷ L. Ferrajoli, « Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria », in *L'uso alternativo del diritto*, I, cit., pp. 108-111.

zione delle classi subordinate »¹⁰⁸. Tuttavia, in seguito forse alle sfavorevoli accoglienze che queste tesi eversive hanno avuto presso larga parte della magistratura e della pubblica opinione, la Magistratura Democratica ha dato una veste più rigorosa alle proprie argomentazioni, cercando di prendere le mosse proprio da quel sistema giuridico che contesta. Così questa politica del diritto è fatta risalire all'art. 3 (2° comma) della Costituzione che « impone alla Repubblica — e quindi anche ai giudici — il compito di rimuovere quegli ostacoli che di fatto si oppongono all'attuazione dell'effettiva libertà e della sostanziale eguaglianza di tutti i cittadini »¹⁰⁹. Ciò vuol dire che la giurisprudenza alternativa non nega il principio di legalità, ma va verso una « nuova legalità », che è ben diversa da quella borghese¹¹⁰. La giurisprudenza alternativa si distingue anche dalla « giurisprudenza evolutiva » teorizzata dal riformismo e si distingue da essa proprio nei contenuti ideologici che non sono quelli della razionalizzazione neocapitalista e riformista tesa sostanzialmente alla conservazione degli « equilibri » sociali.

Questa ideologia politico-sociale produce naturalmente un'ideologia dell'interpretazione che ne assicuri la realizzazione. Questa dottrina del metodo si basa sul capovolgimento del rapporto tra norma e fatto. Il fatto (che è poi quello economico-sociale) è assunto come « oggetto primario e privilegiato di conoscenza », cosicché non si giudica di esso, ma si giudica della norma in base al fatto in modo da trarre dalla norma quegli elementi « fattualmente rilevanti », cioè adeguati effettivamente alla realtà in tutta la sua concretezza. Ciò significa operare una vera e propria rivoluzione copernicana nell'applicazione della legge e rompere con i metodi borghesi di interpretazione, che guardano alla realtà attraverso gli occhiali della giuridicità e sovrappongono ad essa gli schemi irreali della « realtà giuridica »¹¹¹.

Queste tesi interpretative, che si rifanno alla versione marxista della « natura del fatto »¹¹² ed agli studi recenti sul pensiero giuridico sovietico¹¹³, sono ora introdotte nella nostra cultura giuridica

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 113.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 114.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 115..

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 116-118.

¹¹² N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit*, Paris, 1965.

¹¹³ Oltre gli studi del Cerroni e del Guastini sul pensiero giuridico sovietico, cfr. R. Guastini, « Fondamenti teorici del cosiddetto " uso alternativo del diritto " nel marxismo », in *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., pp. 3-14.

anche ad opera della scienza del diritto, che si fa critica di se stessa, dei propri modelli e categorie logiche, andando alla ricerca delle basi reali (cioè economiche e sociali) dei suoi procedimenti di astrazione generalizzante¹¹⁴.

Per esaminare le varie correnti delineatesi in seno alla magistratura nel Congresso di Trieste ci siamo serviti di modelli di tipo politico, dando per ammesso che ormai la problematica dell'interpretazione aveva assunto una dimensione chiaramente politica e che ci si chiedeva non tanto come interpretare, ma cosa interpretare ed in vista di quali fini. Per illustrare questa nuova situazione i vecchi schemi tratti dalla teoria dell'interpretazione non servivano più. Nell'esaminare ora la *Relazione annuale sullo stato della giustizia del 1970* a cura del Consiglio Superiore della Magistratura¹¹⁵ dobbiamo premettere che questi modelli politici a loro volta debbono essere sostituiti da modelli sociologici. A questo proposito sono state enucleate dal Treves¹¹⁶ tre diverse concezioni solitamente ricorrenti negli studi attuali sull'amministrazione della giustizia in Italia. La concezione struttural-funzionalista (Parsons) concepisce la funzione del diritto come diretta a mantenere una certa stabilità sociale, stabilità che è tanto più salda quanto maggiore accordo v'è intorno ai valori fondamentali di una società. La concezione conflittuale pluralistica (Dahrendorf e Touraine) attribuisce invece ai conflitti ed alle tensioni della vita sociale una funzione positiva ai fini del mutamento sociale. La concezione del conflittualismo dicotomico (Marx) vede nella società solamente due classi in lotta e nel mutamento sociale le vicende di questa lotta. Orbene, il modello a cui si ispira la Relazione del 1970 è quello del conflittualismo pluralistico¹¹⁷. È « il carattere marcatamente conflittuale dei rapporti sociali, che da una parte modifica la realtà dei comportamenti individuali e di gruppo e dall'altra (modificando sostanzialmente le caratteristiche generali del-

¹¹⁴ Per tutti cfr. *l'Introduzione* di P. Barcellona a *L'uso alternativo del diritto*, I, cit., pp. XIV-XVII.

¹¹⁵ *Realtà sociale e amministrazione della giustizia*, («Relazione annuale sullo stato della giustizia 1970»), Roma.

¹¹⁶ R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., pp. 91-93.

¹¹⁷ R. TREVES, *op. cit.*, p. 102.

la società) incide profondamente sui ruoli delle diverse funzioni e strutture dello Stato »¹¹⁸. Notiamo che un modello ispirato al conflittualismo pluralistico è particolarmente indicato in uno studio che non vuol essere espressione di una corrente della magistratura italiana, ma anzi vuol essere portavoce delle principali istanze che i magistrati hanno avanzato in questi ultimi anni. Opera di questa *Relazione* è quella di armonizzare queste tendenze, sì da ricostruire un quadro meno disorganico e drammatico del rapporto tra il giudice, la legge e la realtà sociale. Si ritorna così a sottolineare che l'indipendenza dell'ordine giudiziario rispetto agli altri poteri è strumentale nei confronti dell'indipendenza del singolo giudice, «che è quella che conta per assicurare la rispondenza della decisione solo alla volontà della legge e quindi per garantire concretamente la libertà del cittadino e l'eguaglianza di tutti... »¹¹⁹. Il giudice viene presentato non già come tecnico del prodotto normativo, ma come « esperto della vita sociale », non semplice portavoce di conoscenza ma anche di volontà¹²⁰. Accanto a quello strutturale e funzionale si sottolinea l'importanza del fattore umano, della viva consapevolezza che il giudice deve avere del proprio ruolo nella società di oggi¹²¹. Dal punto di vista più strettamente interpretativo si critica la teoria del sillogismo decisionale e ci si configura l'applicazione del diritto come una continua scelta tra strade tutte logiche, ma di cui solo alcune rispondono ad esigenze di giustizia « non soltanto formale, ma anche e soprattutto sostanziale »¹²². Si riafferma il principio della subordinazione alla legge, che però non deve essere inteso in modo meccanicistico, « ma in quel modo complesso e articolato che la realtà della vita impone »¹²³. In sostanza si avanza la necessità di un'interpretazione

¹¹⁸ «Realtà sociale e amministrazione della giustizia», cit., p. 14 e pp. 16-20. Cfr. R. BERIA DI ARGENTINE, *La prima relazione annuale del Consiglio Superiore della Magistratura nel quadro delle garanzie costituzionali*, in « Giurisprudenza italiana », 1971, IV, coll. 36-42.

¹¹⁹ «Realtà sociale ed amministrazione della giustizia», cit., p. 152.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 154-155.

¹²¹ *Ibidem*, p. 150.

¹²² *Ibidem*, p. 154.

¹²³ *Ibidem*, p. 155.

evolutiva della norma in quei termini generici e comprensivi in cui tutti sono d'accordo. « Il giudice deve osservare onestamente e lealmente la legge, qualunque essa sia, e deve guardarsi dalla tentazione di adulterare ipocritamente la legge stessa di fronte alle sin- gole fattispecie, distruggendola così sostanzialmente »¹²⁴.

Proprio la sua opera di vivificatore della legge in accordo alle esigenze sociali richiederà un uso più impegnato e profondo del rinvio della norma all'esame della Corte Costituzionale, in ciò si sostanzia l'opera « politica » del giudice¹²⁵. Si riaffermerà perciò in tutta la sua estensione l'esigenza dell'imparzialità¹²⁶ e dell'apoliticità del giudice¹²⁷.

Dal punto di vista operativo questa indagine del Consiglio superiore ha un taglio decisamente riformistico. Essa manifesta la fiducia nell'intervento della ragione nella vita sociale, nella possibilità di prevedere le disfunzioni sociali e di programmare tempestivamente gli opportuni interventi. Questi interventi di risanamento sociale sarebbero dettati in sostanza dalla « politica della ragione » piuttosto che dalla politica dei politici. Questa tendenza riformistica e razionalizzatrice è rappresentata in seno all'Associazione dalla corrente di « Impegno Costituzionale »¹²⁸, il cui periodico « Giustizia e Costituzione » porta avanti, tra l'altro, nel diritto penale un programma ed una politica di « difesa sociale »¹²⁹. È significativo il collegamento esistente tra questo gruppo di magistrati, il Centro di prevenzione e di difesa sociale e la Commissione che ha preparato la prima relazione annuale del Consiglio superior¹³⁰. Ciò significa che l'atteggiamento riformistico, contrassegnato dalla fedeltà alla legge e da una politica evolutiva del diritto, va

¹²⁴ *Ibidem*, p. 155.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 155-56.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 156.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 168.

¹²⁸ Cfr. la *Mozione programmatica di Impegno costituzione e Terzo Potere*, in «Giustizia e Costituzione», ag.-ott. 1971, pp. 14-17.

¹²⁹ Questo programma affonda le sue radici nella Scuola positiva italiana di diritto penale e si ricollega al movimento promosso da M. Ancel e dalla Société internationale de Défense sociale. Essa postula in campo penalistico un umanesimo giuridico e giudiziario adeguato ai progressi delle scienze umane. Cfr. CHAZAL, *Marc Ancel e la nuova difesa sociale*, in «Giustizia e Costituzione», aprile 1971, pp. 21-24 e TARTAGLIONE, *Il Movimento di difesa sociale*, in «Giustizia e Costituzione», aprile 1971, pp. 25-28.

¹³⁰ R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., p. 101.

divenendo sempre più un punto di incontro delle varie correnti della magistratura italiana (ad esclusione di quelle estremiste).

Così la Relazione annuale sullo stato della giustizia del 1971¹³¹ si limita a riaffermare quella configurazione dell'attività interpretativa e quella visione della figura del giudice nella società attuale. « L'attuale società è caratterizzata dal rifiuto di una funzione esclusivamente garantista dello Stato, dal riconoscimento del fenomeno del pluralismo giuridico e dalla correlativa tutela di tutti i diritti delle persone e delle formazioni sociali, infine dalla distribuzione del potere statale tra più organi parimenti ordinati e che reciprocamente si controllano »¹³².

Quindi anche la magistratura dovrà assumere questo nuovo ruolo « non formalisticamente ma sostanzialmente garantista — e pertanto in qualche modo promozionale — dei diritti del singolo e degli organismi sociali in cui il cittadino esplica la sua personalità... »¹³³. Tale azione di tutela dei diritti del cittadino dovrà intendersi quindi, soprattutto, nel senso attivo di promozione di tali diritti nei limiti e nelle forme consentite alla funzione giurisdizionale. La Relazione del 1971 si sofferma particolarmente sulla tutela giudiziaria dei diritti del lavoratore (cap. VI), dei minori e della famiglia (cap. VII), e sulle esigenze sociali in rapporto ai diritti individuali nella giustizia penale (cap. VIII).

In queste tesi si sostanziano quindi gli indirizzi politici della «giurisprudenza evolutiva». Ma sotto questa formula si celano divergenze a volte molto profonde. Abbiamo visto che gli atteggiamenti della magistratura italiana nei confronti del problema dell'interpretazione e della applicazione del diritto possono distinguersi in base allo spartiacque dell'accettazione o del rifiuto dell'ordinamento attuale e degli schemi genericamente positivistici del rapporto tra giudice, legge e società.

Tra coloro che accettano questi schemi vi sono quelli che vi aderiscono toto corde, dando ad essi un'interpretazione restrittiva che concede ben poco spazio a quell'opera di adeguazione del diritto scritto alla realtà sociale. Vi sono poi quelli che, pur restando (o credendo di restare) fedeli all'immagine che del giudice si fa lo Stato di diritto, fanno leva sul concetto di interpretazione evolutiva come punto centrale di raccordo tra la legge ed il divenire sociale. Ma tale concetto non è univoco, anzi di esso si finisce per fare un uso talmente

¹³¹ *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini*, « Relazione annuale sullo stato della giustizia », 1971.

¹³² *Ibidem*, p. 19.

¹³³ *Ibidem*, p. 19.

libero da renderlo puramente metaforico. L'interpretazione evolutiva è divenuta una sorta di ripostiglio da cui trarre le cose vecchie e le cose nuove. Serve infatti ai formalisti per dimostrare che non sono poi così ciechi all'evoluzione sociale. È utilizzata dai formalisti-sostanzialisti per dimostrare che nella loro opera di rinnovamento si servono pur sempre di strumenti tradizionali e legittimi. Restare a livello di queste formulazioni generali, politicamente accorte, alla lunga diviene poco produttivo o addirittura deviante rispetto all'effettiva prassi interpretativa, poiché qui più che davanti a teorie della interpretazione siamo di fronte a formulazioni ideologiche tese ad accreditare la propria opinione, rintuzzando le accuse che pesano su di essa.

Così, sempre a proposito dell'interpretazione evolutiva, è significativo che in un convegno di giuristi cattolici¹³⁴ proprio intorno a questo aspetto abbiano ruotato la maggior parte degli interventi tanto da divenire il vero pomo della discordia.

Per il Satta, il cui formalismo è molto simile a quello di Santi Romano, il giudice attraverso l'interpretazione opera quel processo di concretizzazione della norma, per cui essa riceve vita e dimensione sociale¹³⁵. Creazione qui significa «concretizzazione», il diritto si evolve per il fatto stesso che nasce e si inserisce nella vita sociale. La politica del giudice e del giurista è la politica dello Stato. Tuttavia a questa politica il giudice partecipa non già da semplice spettatore, ma da operatore consapevole. Così vi sono norme che ricevono la loro determinazione dal calarsi nel concreto (quelle in cui entrano come componenti idee generali come il dolo, il buon costume, la buona fede, etc...). Rispetto ad esse l'opera creativa dell'interpretazione giudiziale è particolarmente evidente¹³⁶. Ma, al di là di questi casi, il Satta non dice nella sua relazione quando il diritto è un prodotto vivo e quando nasce morto. Problema a cui invece si fa attento l'altro relatore, il Pajardi, per cui « il criterio interpretativo più sicuro è quello della ricerca della *ratio legis* obiettivamente *incorporata* nella norma, del tutto distaccata da

¹³⁴ *Il giudice e la legge*, Atti del XXI Congresso Nazionale di studio dell'UGGI, Roma (6-7/XII/1970), Milano, s. d.

¹³⁵ S. Satta, in *Il giudice e la legge*, cit., p. 7.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 13-14.

quella propria dell'organo legislatore... »¹³⁷. Questa ratio può evolversi, perchè la norma vive nel tempo e nello spazio. Non solo quindi il giudice deve rendere concreto il comando astratto della legge, ma deve dare ad essa un'anima, la stessa che il legislatore le darebbe se dovesse porre in quel momento la norma. Oltre i limiti massimi dell'interpretazione evolutiva, di fronte ad una rottura insanabile tra norma e coscienza popolare, il giudice « deve applicare ugualmente la norma sia pure nel modo socialmente meno dannoso, tutt'al più denunciando nella sentenza l'avvertita rottura »¹³⁸. Ma se la norma viola i principi della Costituzione, si servirà del rimedio a ciò predisposto. Il Pajardi è d'accordo sul fatto che la politica del giudice è la politica della legge. Ma qual è effettivamente tale politica? Per scoprirlo occorrerà conoscere la realtà sociale, cui la scelta politica della legge è rivolta e « poi garantire la persistenza della scelta in tutti i casi e in tutti i tempi... »¹³⁹. « Interpretare e applicare una norma in modo avulso dalla persistenza attuale di un messaggio del legislatore è attuare una norma inesistente o peggio ancora non voluta dal legislatore, nè l'originario nè l'attuale... »¹⁴⁰.

Come si nota, queste tesi denunciano lo sforzo di utilizzare la tradizionale teoria e ideologia dell'interpretazione del diritto ai fini di un'autentica esigenza evolutiva, per cui quella tesi non soccorre più. Infatti si parla di « responsabilità politica dei giudici », di una funzione sociale dell'operato del giudice in continuità con quello del legislatore, del « mito » della certezza del diritto, di « una giustizia propria del caso » e così via¹⁴¹. Tutti ingredienti, che, seppur presentati in sede di proposte, mal si accordano con quella visione dell'interpretazione. In definitiva dice bene il Cotta quando sostiene che il contrasto tra Satta e Pajardi è piuttosto quello tra padre e figli. In ogni caso ciò dimostra tutte le profonde incertezze ed ambiguità che si celano sotto la tesi dell'interpretazione evolutiva.

Tutte queste polemiche sul problema dell'interpretazione non hanno evidentemente lasciato indifferenti gli scienziati del diritto.

¹³⁷ P. PAJARDI, in *Il giudice e la legge*, cit., p. 31.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 34-35.

¹⁴¹ « Il governo della legge non sarà meno sicuro oltre che meno proficuo del governo di giudici-uomini? », *Ibidem*, p. 24.

Bisogna dire però che la dottrina è arrivata in ritardo e tra dubbi, perplessità e pentimenti. Ovviamente i giuristi sono troppo affezionati a quel modello di scienza giuridica, neutrale, descrittiva ed avalutativa, che — come abbiamo visto — consentiva loro di svolgere un ruolo autorevole nella stessa applicazione del diritto, per voler abbandonare facilmente questa allettante posizione. E poi molti di loro avevano ed hanno un sincero orrore per l'introduzione della politica nel sacrario della scienza. Tuttavia studi recenti¹⁴² sulla natura ed i caratteri del discorso dei giuristi italiani degli ultimi vent'anni, appoggiati prevalentemente su alcune concezioni metagiurisprudenziali quale quella di A. Ross, hanno dimostrato che per una buona parte la scienza giuridica è prescrittiva, contiene consigli¹⁴³ rivolti all'interprete e sviluppa una vera e propria politica del diritto. Questi risultati non sono stati pacificamente accettati. Alcuni hanno pensato che non si dovesse confondere l'opera dello scienziato in quanto scienziato con il dovere collaterale e subordinato di proporre miglioramenti o trasformazioni degli istituti giuridici, cioè con la politica del diritto *de lege ferenda*, ovvero con i consigli rivolti al giudice sull'opportunità di certe scelte, cioè con la politica del diritto *de sententia ferenda*. In base a questa distinzione si vuole mantenere in piedi la teoria positivista dell'interpretazione e, nel contempo ammettere — ma in separata sede — una funzione prescrittiva della scienza ai fini dell'applicazione del diritto. V'è però un piccolo ed avanzato gruppo di giuristi che non accetta tale assurda dicotomia ed ammette apertamente che la scelta dei valori è intrinseca ed essenziale alla stessa scienza giuridica e si batte per una nuova figura di giurista più aperto ai problemi sociali, più competente nelle scienze sociali e soprattutto consapevole che la sua funzione politica di costruttore e ricostruttore delle istituzioni sociali non è per nulla marginale rispetto alle sue specifiche funzioni. Lo studioso del diritto « deve essere, a un tempo, l'inventore delle nuove strutture e il ricostruttore dei lineamenti di un ordine così rinnovato....»¹⁴⁴.

¹⁴² Mi riferisco agli studi venuti fuori dal Convegno di Torino (19 marzo 1967) e pubblicati nella «Rivista intern. di fil. del diritto» del 1967.

¹⁴³ N. BOBBIO, «Consigli e comandi», ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970.

¹⁴⁴ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Riv. dir. Comm.», 1967, I, p. 99.

Da parte di questi giuristi provengono sia proposte per una ristrutturazione giuridica della società attuale che più modesti, ma più concreti tentativi di guardare alle strutture attuali con più moderni strumenti interpretativi. D'altronde sono queste sempre state due correnti all'interno della « giurisprudenza sociologica », che comprende — secondo il Treves — tutte quelle dottrine dei giuristi sensibili ed aperti ai problemi reali della società ¹⁴⁵, quali la giurisprudenza degli interessi, la scuola del diritto libero, il realismo americano, l'istituzionalismo, la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, del diritto delle società intermedie e così via. Porteremo solo alcuni esempi per illustrare l'una e l'altra posizione.

Per il Rodotà la crisi del diritto è giunta a tal punto da richiedere una profonda revisione dei tradizionali rapporti tra legislazione, scienza ed applicazione della legge. Non si può certo pensare che un'interpretazione più libera o meno vincolata possa risolvere gli urgenti problemi che oggi si pongono. Nè la soluzione di essi può essere fondata esclusivamente sull'operato di giudici sensibili ed aperti ¹⁴⁶. Infatti proprio il principio della personalità della funzione giurisdizionale non consente alla magistratura di svolgere un intervento programmato, coerente ed organizzato ¹⁴⁷, cioè in sostanza di sviluppare organicamente una politica del diritto. Il giudice ha davanti a sé il caso concreto. Suo compito è di dare ad esso una regolamentazione giuridica, non già di dissolverlo in una strategia politica globale. Al contrario si tratta di attuare nel caso concreto le scelte etico-politiche della società. Per queste ragioni la funzione dello scienziato torna a riacquistare tutta la sua importanza di centro di coordinazione tra la legislazione e la giurisdizione. Ciò non significa però che bisogna ritornare ad una visione formalistica della scienza giuridica. Di fatto la scienza giuridica è necessariamente agganciata alla maniera di strutturare ed intendere l'insieme delle leggi. Una legislazione di tipo regolamentare — quale è la nostra — è diretta a fissare nel modo

¹⁴⁵ R. TREVES, « Sociologia del diritto e giurisprudenza sociologica », ora in *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., p. 139.

¹⁴⁶ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 94.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 99.

più esauriente possibile la gamma dei comportamenti ipotizzabili. La scienza che ne deriva sarà di conseguenza nutrita di concetti dogmatici che tradiranno la ormai riconosciuta storicità dei *concetti giuridici*¹⁴⁸. Questo tipo di legislazione si è rivelata inadatta ormai a prevedere tutta la varietà dei nuovi comportamenti che sorgono alla ribalta della vita sociale¹⁴⁹. Essa dovrà essere sostituita, almeno nel campo civilistico da una legislazione per principi, articolata in massime generali, elastiche ed aperte ad un'estrema varietà di applicazioni¹⁵⁰. Il ricorso alla tecnica legislativa delle clausole generali non significa abbandonare il cittadino all'arbitrio del giudice, poiché le opzioni dell'operatore giuridico sono sempre relative ai mezzi di attuazione dei principi e non ai principi stessi. Una legislazione siffatta consente di ipotizzare anche una nuova figura di giurista, per cui l'apporto delle scienze sociali è divenuto essenziale. « L'opera del giurista è nella costante riflessione sulla gran massa dei dati che la realtà sociale, le diverse tecniche, le scelte politiche fanno emergere, e nel loro orientamento secondo un costante disegno, reso palese nella sintesi che la scelta di ciascun strumento manifesta. Così, il giurista non è irrimediabilmente diviso tra idealità professate e specializzazione prescelta: ideologia e tecnica devono ricongiungersi, reintegrando il diritto nella cultura del suo tempo »¹⁵¹.

Questa tesi del Rodotà ha il pregio di essere palesemente innovatrice, pur mantenendo una visione dell'ordinamento giuridico ancora legata agli schemi positivistici. Per Rodotà bisogna sottoporre a revisione i rapporti tra legge, giurista e giudice senza eliminare nella sostanza nessuno di questi termini, ma dando ad essi una funzione ed un ruolo che metta in grado il diritto di tenere il passo con il divenire sociale.

Si tratta in sostanza di eliminare dall'attività legislativa l'ideologia propria della codificazione, che cerca di mettere i ceppi ai piedi dell'attività interpretativa. Tra la tesi dell'interpretazione vincolata e quella dell'interpretazione libera il Rodotà è in definitiva per un'interpretazione « pilotata » da principi e da clausole generali.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 86.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 89.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 99.

Mentre il Rodotà è convinto che la crisi attuale del diritto ha raggiunto tali dimensioni da rendere più urgente per il giurista la progettazione di nuove strutture, il Bianca ed il Lipari pensano che già un rinnovamento in senso sociologico della teoria e dei metodi interpretativi permetterebbe all'interprete una soluzione soddisfacente dei suoi problemi e delle sue difficoltà. Entrambi si muovono sulla scia dell'Ascarelli, che — come è noto — ha cercato di far coesistere il principio della subordinazione alla legge con quello della piena ed effettiva autonomia dell'interprete e di mantenere in vita queste due esigenze, in cui si sostanzia — come abbiamo visto — la « giurisprudenza evolutiva ».

Per il Bianca « non si tratta di negare il valore operante della legge (e della tradizione) o di auspicare l'abolizione del sistema della codificazione e neppure di *concedere* all'interprete una *maggiore* libertà, vincolandolo a limiti più ampi, costituiti ad es. dalla coscienza generale o dai principi fondamentali dell'ordinamento. Si tratta piuttosto di prendere atto dell'autonomia che è effettivamente e sostanzialmente esercitata nei confronti della legge da parte di chi l'interpreta ed applica »¹⁵². Il principio della subordinazione alla legge deve essere inteso come subordinazione all'ordinamento giuridico. « Nel momento interpretativo ed applicativo il principio è effettivamente soddisfatto se la soluzione enunciata dall'interprete sia riconosciuta dall'ordinamento come sua regola o come applicazione di una sua regola »¹⁵³.

Il principio di continuità, invocato dall'Ascarelli, è a sua volta soddisfatto, quando il risultato dell'interpretazione, acquistando forza operante nella vita di relazione, diviene in sostanza norma dell'ordinamento¹⁵⁴. « Proprio nella concreta conversione delle singole decisioni in operanti criteri di condotta e di decisioni future può ravvisarsi, come si è visto, un'*autonoma fonte produttiva di diritto*» (sott.mia)¹⁵⁵. Ciò che per il Bianca è fondamentale è il valore giuridico che acquista il risultato dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, mentre, a livello dei criteri,

¹⁵² C. M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in « Riv. dir. civ. », 1964, I, pp. 493-494.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 491.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 491.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 494. Queste tesi sono state in seguito sviluppate da L. LOMBARDI nel suo *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

l'interpretazione non è necessariamente ed univocamente vincolata nè dalla norma nè dalla realtà sociale. V'è infatti un'inadeguatezza della norma al divenire sociale come vi può essere viceversa un'inadeguatezza della realtà sociale alla norma. L'interprete deve essere libero di poter giudicare della stessa realtà sociale¹⁵⁶. Neppure la concordanza tra norma e realtà vincola l'interprete, poiché « la norma, pur essendo adeguata al dato sociale in atto, può non esserlo più di fronte al maturarsi di ideali di un più elevato ordine giuridico »¹⁵⁷, ideali di cui l'interprete è portatore.

Il Bianca, nell'affermare l'autonomia dell'interprete, è portato a sottolineare con forza il ruolo che la sua coscienza gioca nel processo interpretativo, mentre il principio di efficacia della interpretazione e della decisione garantiscono la traduzione dei valori e degli ideali sul piano fattuale e ne verificano la consistenza.

Mentre il Bianca va dall'interpretazione alla realtà sociale, il Lipari va dalla realtà sociale all'interpretazione. Egli ci presenta una teoria dell'interpretazione, che si sforza di evitare i pericoli sia del formalismo che del contenutismo. Non si può evitare l'arbitrarietà della decisione — secondo il Lipari — sostenendo « che l'ampiezza delle valutazioni nell'applicazione del diritto opera soltanto nel quadro storico e all'interno del sistema di valori proposto dalla Carta costituzionale... »¹⁵⁸. La norma costituzionale è di per sè sottoposta agli stessi problemi ermeneutici delle norme ordinarie, non può quindi ad un tempo fungere da oggetto del processo ermeneutico e da limite di svolgimento del medesimo. La norma non deve intendersi come il presupposto, ma come il risultato del processo interpretativo, «il risultato della scelta che il giudice ha compiuto tra i possibili significati che, all'interno di un determinato contesto storico-sociale, un certo enunciato legislativo è in grado di assumere»¹⁵⁹. L'oggetto dell'interpretazione è sempre un testo, ma il significato di esso dovrà essere attribuito dal giudice (o dal giurista) in funzione del modo in cui la collettività sociale è, in un certo momento storico, in grado di intendere quell'enunciato, cioè quella forma linguistica¹⁶⁰. La scienza del diritto studia le manipolazioni

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 490.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 490.

¹⁵⁸ N. LIPARI, «L'interpretazione giuridica», ora in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 121-122.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 123. Cfr. anche *Il giudice e la legge*, cit., p. 72.

¹⁶⁰ N. LIPARI, in *Il giudice e la legge*, cit., p. 72.

logico-argomentative che un determinato enunciato ha subito in un determinato ambiente ed in un certo tempo ¹⁶¹. Ciò significa che il diritto è sempre giurisprudenziale, perchè la giurisprudenza « non si limita a fornire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto, è cioè sempre creativa » ¹⁶².

Questa ricerca del significato obiettivo assunto da un enunciato legislativo è al contempo anche metodo di verifica dell'obiettività dell'interpretazione. Infatti, secondo questa tesi, l'interprete non deve chiamare in causa propri giudizi di valore ovvero la propria coscienza.

Certamente qui si notano non solo influssi della teoria interpretativa di Kelsen trasportata dal piano normativo al piano operativo, in quanto i vari significati della norma non sono deducibili dalla sua stessa formulazione ma messi in luce in relazione ad un dato contesto socio-culturale, ma anche, soprattutto, gli influssi ancora vivi dell'Ascarelli, della filosofia dell'esperienza giuridica del Capograssi e del Caiani in termini però di filosofia linguistica e con una tendenza accentuata verso il diritto giurisprudenziale (Lombardi). Ma a noi qui interessa cogliere la portata ideologica di questa concezione dell'interpretazione. Lo scopo è evidentemente quello di fissare criteri obiettivi e non formalistici che consentano un immediato adeguamento del diritto alla realtà sociale. Tuttavia il vero problema da affrontare è se il vincolo del giudice nei confronti della legge riguardi solo l'enunciazione di essa o si estenda anche al significato delle parole, intendendo quello che il legislatore ha voluto dare ad esse. Dando per scontata la scissione di questi due aspetti, è molto facile superare i conflitti classici relativi all'interpretazione giuridica. Sarà poi vero che la realtà sociale porta a privilegiare un solo significato sì da escludere una scelta valutativa dell'interprete? Di fatto non sembrerebbe così. In una società pluralistica come la nostra non c'è univocità di significati neppure in un determinato tempo ed in un determinato spazio. Sembra indubitabile che il giurista ed il giudice siano costretti a scegliere tra essi, ma a questo punto la teoria del Lipari non soccorre più. È vero tuttavia che la vita sociale è

¹⁶¹ N. LIPARI, « L'interpretazione giuridica », *op. cit.*, p. 124.

¹⁶² *Ibidem*, p. 124.

una fabbrica di significati nuovi, una continua manipolazione dei vecchi. Molti concetti giuridici sono di per sè indeterminati e la determinazione la ricevono dall'ambiente sociale. Ma di ciò il legislatore è pienamente consapevole. Il problema sorge nei confronti di quelle norme il cui significato è vincolato dal legislatore a valori politici e sociali particolarmente rilevanti. Come si dovrà allora comportare l'interprete di fronte ad una mutazione sociologica del significato voluto dal legislatore? Di fronte a questi casi la teoria del Lipari conduce ad un completo sganciamento dell'interprete dal legislatore storico, il che non sempre può essere pacificamente accettato ove si pensi all'interpretazione delle norme costituzionali.

Il Rodotà — come abbiamo visto — si era sforzato di sottolineare gli aspetti tradizionali della sua proposta, mentre il Lipari, al contrario, insiste sugli aspetti innovativi della propria teoria. In definitiva si può dire che anche per la scienza giuridica si oscilla, a proposito dell'interpretazione, tra una problematica critica dei fini ed una ristrutturazione dei metodi senza collegare organicamente i due aspetti.

In ogni caso v'è di positivo il fatto che la scienza giuridica ha ormai rivolto la sua attenzione al problema dell'applicazione del diritto e al diritto giudiziale, rendendosi conto che questo è l'obiettivo reale ed effettivo delle proprie ricerche e teorie ¹⁶³.

3. Critica dell'ideologia.

Abbiamo visto che il dissolvimento del problema dell'interpretazione ed applicazione del diritto nell'ideologia politica e sociale è uno dei motivi attuali di dibattito all'interno della magistratura italiana. Abbiamo notato anche che la scienza giuridica, solo in un secondo tempo ¹⁶⁴ e con diffidenza, si è messa in moto partecipando a tale problematica. I filosofi del diritto, invece, in linea generale ne sono rimasti fuori. È ben raro trovare un filosofo del diritto come relatore ad un convegno di magistrati. Solo di recente essi hanno co-

¹⁶³ Non ci possiamo qui soffermare sul movimento scientifico relativo al rinnovamento del diritto del lavoro. Cfr. *La formazione extra-legislativa del diritto nell'esperienza italiana*, in «Quaderni del Foro italiano», Roma, 1970, suppl. al n. 1.

¹⁶⁴ U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, cit., nota 18, p. 15.

minciato a far udire la loro voce. Non appena hanno avuto sentore del crepuscolo, si sono levati in volo. I loro interventi sono generalmente di moderazione e di critica alle intemperanze dei magistrati. Ormai il mestiere del filosofo si va sempre più identificando con quello del cacciatore di streghe e dissolvitore dei fantasmi ideologici. Ma con ciò stesso viene meno quel lavoro di critica, di approfondimento dei valori sociali e politici e di pacata riflessione sulla situazione presente dell'uomo e della società, che ci aspetteremmo dalla filosofia politica e giuridica. Essa ormai si limita a constatare (con disgusto o con soddisfazione) se le nuove idee sull'interpretazione del diritto si adattano o meno a quei modelli politici e sociali su cui si fonda la nostra democrazia. Ma i modelli sono strumenti di attuazione dei valori. Non sarebbe un grave danno se i modelli andassero a rotoli, qualora ciò non significasse la rovina dei valori per cui sono apprestati. Nella società attuale assistiamo ad una revisione dei valori fondamentali e quindi ad una crescente insoddisfazione verso i vecchi modelli. Ci si aspetterebbe dal filosofo una collaborazione preziosa a questo processo di revisione, collaborazione tesa ad introdurre nella lotta politica la voce della ragione e il senso dell'essere umano, la difesa e la promozione del suo bene proprio e comune. Direi che finora l'opera migliore compiuta dai filosofi del diritto è stata la difesa dei valori dell'illuminismo, del liberalismo politico e culturale, del relativismo filosofico e morale dagli assalti del recente totalitarismo ideologico.

Così per il Fassò¹⁶⁵ la politicizzazione del diritto è auspicabile se intesa nel senso del rifiuto dello statalismo, nell'accentuazione di un diritto non formalistico, ma elastico, duttile e aperto alle esigenze della vita sociale. Ma non lo è più se il diritto diventa arma di lotta sociale, strumento di arbitrio e di sopraffazione, tradendo così la sua originaria e caratterizzante funzione di pacificazione sociale¹⁶⁶. Poiché « l'elemento che da qualsiasi concezione del diritto non si può eliminare senza farlo cessare d'essere diritto è la certezza », si tratta di vedere se possiamo andare oltre lo Stato di diritto senza perderne i benefici, cioè senza perdere la ragione stessa del diritto¹⁶⁷. Il potere creativo della giurisprudenza non può essere il-

¹⁶⁵ G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 907-910.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 925-926.

limitato, ma agganciato ad un saldo punto di riferimento quale la Costituzione¹⁶⁸. In essa e nel suo spirito risiede quel complesso di fini che la nostra società si è scelta e che debbono essere presupposti dall'interpretazione. Il giudice ordinario di fronte ad un problema d'interpretazione dei fini stessi non ha altro potere che quello di provocare il giudizio di legittimità da parte della corte costituzionale, in modo che la giurisprudenza in tale materia sia univoca¹⁶⁹. I criteri interpretativi poi che seguirà il giudice costituzionale devono tener conto del tipo particolare di norme da interpretare, i cui concetti debbono ricevere un contenuto dalla mutevole realtà storica e sociale. Si tratta in sostanza di concetti-valvola (quali «dignità umana», «diritti inviolabili» e simili) non diversi dalle clausole generali della «buona fede», «giusta causa» e simili che, nel sistema della legislazione ordinaria, hanno permesso una certa aderenza di questa alla realtà storica¹⁷⁰. Così per il Fassò, utilizzando la teoria della «natura della cosa» come criterio ermeneutico ispirato ad un giusnaturalismo storicistico, si salverebbe la certezza del diritto e l'evolutivezza dello stesso. Questa proposta ha evidentemente un significato ed una ragion d'essere per chi accetti la concezione del diritto e della certezza a cui si ispira Fassò. Ma abbiamo visto che oggi il dibattito verte proprio sui fini dell'interpretazione del diritto, cioè sul contenuto dei valori-guida della società e del diritto. Su ciò potrà dare una risposta «filosofica» solo una filosofia che accetti di scendere in campo, secondo i suoi mezzi, a difesa dei beni propriamente umani e che non si limiti al compito di vigile urbano della circolazione dei valori.

Come Fassò propende verso un maggior potere interpretativo dato ai giudici sempre nell'ambito dello Stato di diritto, così per Scarpelli il problema dell'interpretazione, in quanto problema dell'adozione di uno o di un altro stile interpretativo, è ormai chiaramente subordinato a quello della legislazione e del suo ruolo in una società industriale come la nostra¹⁷¹. Il compito della legislazione è qui inteso in senso illuministico, cioè come razionalizzazione delle

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 928.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 949.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 948-949.

¹⁷¹ U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, cit., p. 655.

ideologie e loro trasformazione in regola e garanzia giuridica¹⁷². Rispetto alle nuove tendenze, ai bisogni della società industriale, alla discussione riguardo la base e i limiti del potere, il compito del giurista è quello di essere uno specialista della razionalizzazione sociale, di sviluppare cioè la funzione del diritto in quanto strumento razionale di controllo sociale¹⁷³. Il crollo della concezione positivista della scienza giuridica e dell'interpretazione del diritto non deve significare il crollo della «ragione giuridica». Anzi questa deve tornare ad assumere in forme nuove e secondo le nuove esigenze il suo valore pragmatico, riprendendo la sua opera di costruzione e ricostruzione di « strutture razionalizzanti adeguate a rapporti e situazioni nuove »¹⁷⁴.

Come è facile notare, al di là delle opposte tendenze filosofiche e delle diverse accentuazioni, i punti di vista dello Scarpelli e del Fassò sul problema dell'interpretazione giuridica nella società di oggi collimano quasi perfettamente. C'è un'identica concezione del diritto e della sua funzione. In entrambi c'è l'intento di andare oltre lo Stato di diritto senza perderne le acquisizioni. Lo Scarpelli, criticando le tendenze «totalitarie» manifestatesi nel Congresso di Trieste, nota che è artificiosa ogni contrapposizione tra eguaglianza formale, che implica sia eguaglianza di fronte alla legge che di fronte al giudice, ed eguaglianza sostanziale sia sociale che politica. Solo la regolazione giuridica può tutelare e garantire il valore dell'eguaglianza sostanziale. « L'eguaglianza giuridica, insomma è una condizione necessaria, benché non sufficiente, dell'eguaglianza sostanziale »¹⁷⁵.

Nè diversa appare la visione del Treves, che pure osserva il problema dell'interpretazione da un punto di vista prevalentemente sociologico. Anzi il Treves ritiene che « il significato etico-politico delle strutture, dei metodi e delle dottrine di cui qui si discute non è alcunché di inerente alle medesime, ma è alcunché di attribuito ad esse dall'esterno: dai fini per i quali sono usate, e dagli uomini che le usano per raggiungere quei fini »¹⁷⁶, per cui solo l'osservazione

¹⁷² U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, cit., p. 3.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 12. Cfr. anche la relazione dello SCARPELLI sull'analisi delle argomentazioni giudiziarie, in *La formazione extralegislativa del diritto*, cit., coll. 59-82.

¹⁷⁵ U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, cit., p. 659

¹⁷⁶ R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., pp. 96-97.

sociologica è in grado di stabilire il senso esatto che le dottrine ed i metodi interpretativi hanno in un dato contesto sociale, cioè se ne rafforzano la stabilità o se ne favoriscono il mutamento, e se questo mutamento significhi progresso o regresso, evoluzione o involuzione¹⁷⁷. È stato più volte notato come l'antiformalismo nell'interpretazione non sempre abbia favorito il progresso civile e, a volte, durante il fascismo ed il nazionalsocialismo, abbia assunto un volto reazionario¹⁷⁸ e come il giudice creatore di diritto sia stato spesso uno strumento per violare le garanzie di libertà del cittadino. È quindi incontestabile che sono i fini politici a dare un volto ed una configurazione propria ai metodi d'interpretazione e che la ricerca sociologica, che descrive l'uso di questi metodi in concreto, serve a farci comprendere cosa effettivamente si cela dietro il dibattito relativo all'interpretazione della legge. Ma per stabilire se le teorie progressiste sono veramente a favore dell'evoluzione e quelle conservatrici per l'involuzione occorrerà sempre riferirsi a scelte politiche, al problema dei fini. Il riformismo del Treves è una scelta politica. È la proiezione ideologica della teoria sociologica del conflittualismo pluralistico. Esso implica fiducia in una legislazione, che invece di essere puramente e semplicemente il precipitato storico delle passioni politiche, sia illuminata e diretta dalle informazioni e dai dati raccolti dalla ricerca sociologica¹⁷⁹.

Qui v'è evidentemente convergenza con le posizioni dello Scarpelli con la differenza che, mentre per Scarpelli spetta al diritto il compito di razionalizzare l'ideologia politica, di dare un volto razionale, in senso garantista, alla scelta dei fini, Treves cerca di introdurre l'aspetto della razionalità, nel senso dell'adeguatezza alle condizioni concrete della società, all'interno stesso del processo di scelta delle soluzioni politiche, cosa che del resto nemmeno Scarpelli del tutto esclude.

Il vecchio contrasto tra giusnaturalismo e positivismo si avvia a divenire nei loro rappresentanti un contrasto più sfumato e meno stridente tra diritto del giurista (o del giudice) e diritto del legi-

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 96.

¹⁷⁸ Per una revisione di questo rapporto tra totalitarismo ed antiformalismo cfr. S. RODOTÀ, *Le « tentazioni » della politica*, in « *Politica del diritto* », agosto 1972, nn. 3/4, pp. 311-324.

¹⁷⁹ R. TREVES, *Una ricerca sociologica sull'amministrazione della giustizia in Italia*, in « *Riv. dir. proc.* », 1965, p. 253.

slatore. Gli argomenti di appoggio all'una o all'altra tesi non sono più tratti fuori dall'essenza astratta del diritto, ma da ragioni di opportunità e di adattamento alle esigenze della società in trasformazione, industriale e post-industriale. Cotta trae proprio dall'esame delle caratteristiche della società tecnologica una configurazione dell'operato e della funzione del giurista che restituisce ad esso una dimensione umanistica e « sapienziale » in quanto unisce il sapere intellettuale con l'esperienza di vita¹⁸⁰. È proprio la società attuale a segnare il tramonto o, almeno, l'inadeguatezza del diritto statuito. Il principio dell'accelerazione dello sviluppo fa rapidamente invecchiare ogni sistema regolativo — come il codice — che pretenda di programmare integralmente l'esperienza giuridica¹⁸¹. L'operato del giurista, e segnatamente del giudice, che attualmente si pone come uno sforzato e malriuscito tentativo di supplenza delle carenze del legislativo, deve essere apertamente riconosciuto nella sua funzione di integrazione, che è completamento e aggiornamento del sistema normativo¹⁸². Ciò significa riconoscere al giurista una funzione politica in tutto simile a quella del potere legislativo, procedendo così verso il pluralismo delle fonti di produzione del diritto¹⁸³. Insomma spetta al giurista, oltre che la funzione tradizionale di tecnico delle norme, anche una funzione politica, non solo di controllo ma anche di produzione del diritto¹⁸⁴. « Unificazione del diritto spontaneo col diritto legale, accertamento delle istituzioni perente, progettazione delle istituzioni per l'avvenire: queste sono le attività che, in un crescendo d'importanza e di responsabilità, la trasformazione tecnologica richiede dal giurista »¹⁸⁵.

Naturalmente un giurista all'altezza di questi compiti di « esperto della vita sociale » dovrà possedere una cultura e un'esperienza tale da sapersi sollevare dalle questioni contingenti ad una visione globale della società e dei suoi fini. Ma se ci chiediamo che tipo di politica farà questo ipotetico giurista, che si rende ben conto del pluralismo degli interessi, la risposta è che qui non si tratta della

¹⁸⁰ S. Cotta, *Il giurista e la società in trasformazione*, in «Jus» 1967, p. 17.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁸² *Ibidem*, p. 23.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 24. cfr. anche L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 541-543.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 22.

politica dei politici, ma della « politica del diritto » (non della legge o del giudice). Se consideriamo il diritto non come questo o quell'ordinamento, ma come l'attività giuridica dell'uomo, troviamo in essa valori politici che la ispirano e la caratterizzano: come, ad es., l'eliminazione del torto, la pacificazione universale¹⁸⁶, la tutela della volontà individuale, la responsabilità e il controllo del potere, l'organizzazione dei consensi¹⁸⁷. «La politica del diritto, di cui il giudice (e il giurista in genere) dovrebbe farsi promotore nella vicenda dell'interpretazione consiste a mio avviso nel far valere le ragioni della logica universalistica che è propria dell'attività giuridica »¹⁸⁸. In sostanza la differenza tra la politica dei politici e quella dei giuristi è la differenza tra la politica dei fini e quella dei mezzi. Qui, sotto altra veste, ritorniamo alla distinzione tra ideologia nell'interpretazione e ideologia dell'interpretazione. Poiché infatti è impossibile al giurista, dato il carattere pluralistico della nostra società, privilegiare una data soluzione etico-politica sia che si tratti dell'etica della persona che dell'etica della Costituzione¹⁸⁹, allora non resta che perseguire quei valori propri dell'attività giuridica in quanto tale, che sono poi quelli dello Stato di diritto e della liberaldemocrazia.

Da questo breve excursus di alcune posizioni della filosofia giuridica sugli aspetti ideologici dell'interpretazione del diritto mi pare risulti evidente che sono proprio i filosofi a privilegiare il problema dei mezzi su quello dei fini, che invece ha acquistato un'importanza determinante per gli operatori giuridici. Direi che le parti si sono invertite: la filosofia ha assunto quell'aspetto neutrale e valutativo che era appannaggio della scienza e che per quest'ultima è ormai un vestito fuori moda. Come al solito, filosofia e scienza giocano a rincorrersi, ma l'una non raggiunge mai che le spoglie ormai prive di vita dell'altra. Il motivo che oggi impedisce quest'incontro è proprio quello della conoscenza dei valori e dei fini, della conoscenza pratica. Buona parte della filosofia contemporanea si fonda sul presupposto che la scelta di essi è, in varia misura, arbitraria e, comunque, non giustificabile razionalmente. È questo il frutto prin-

¹⁸⁶ S. COTTA, intervento in *Il giudice e la legge*, cit., p. 102.

¹⁸⁷ S. COTTA, *Il giurista di fronte al potere*, in «Riv. Int. Fil. dir.» 1966, p. 47.

¹⁸⁸ S. COTTA, intervento in *Il giudice e la legge*, cit., pp. 102-103.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 101.

cipale della divisione tra essere e dover essere, tra asserzioni e prescrizioni, tra intelletto e volontà. In base a questo presupposto è ovvio che l'unica scienza giuridica con dignità scientifica diventa la sociologia del diritto, perchè è l'unica che tratta i valori da un punto di vista esclusivamente empirico-descrittivo¹⁹⁰, mentre la scienza del diritto tradizionale e la teoria generale per il modo con cui raccolgono il loro materiale e per le scelte politiche che postulano si allontanano dalla pura osservazione scientifica e implicano un impegno politico, cioè l'uso della norma di riconoscimento del sistema (il punto di vista interno di Hart)¹⁹¹. È questa in sostanza l'opinione di A. Ross. Il soccorso che i politici e gli operatori del diritto possono aspettarsi oggi dai filosofi e dai sociologi concerne esclusivamente i mezzi con cui realizzare le scelte e le conseguenze di esse. Ma inutilmente si cercherà di carpir loro un giudizio « filosofico » sulla bontà dei fini prescelti.

Le conclusioni degli studi recenti di filosofia del diritto sfatano comunque l'ingenua contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo vista nella luce del contrasto tra scienza e metafisica. Ora che il positivismo giuridico appare chiaramente come una teoria in funzione di una politica del diritto¹⁹², tale contrapposizione non è più quella tra verità ed illusione ma tra teorie diverse che però, alla fin dei conti, sono — come abbiamo visto — in funzione di politiche del diritto molto simili tra loro nei contenuti. Tutto questo palesa evidentemente una comune base ideologica, una ben precisa concezione del diritto, che vede in esso uno strumento sociale di mediazione e di pacificazione, concezione antica che si incarna ora sotto vesti liberali e garantiste.

Il problema più urgente che l'uomo di oggi deve affrontare è evidentemente quello di far confluire le odierne acquisizioni della scienza e della tecnica a fini umani. Tutto questo implica una profonda revisione dei principi e dei valori che animano le istituzioni politiche e

¹⁹⁰ U. SCARPELLI, *Diritto nella società industriale: una strategia di accostamento*, in «Riv. Dir. proc.», 1972, 4, p. 680.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 680.

¹⁹² È merito dello SCARPELLI aver chiaramente presentato il positivismo giuridico in questa luce, cioè come teoria che serve a meglio produrre, interpretare e applicare il diritto più che a meglio conoscerlo. Cfr. « Risposta di Uberto Scarpelli », in *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, (Pavia, 2 maggio 1966), Pavia, 1967, p. 80, e soprattutto *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

sociali¹⁹³. Ma come si potrà operare questo ripensamento degli stessi fini umani, se la filosofia si limita a ripetere che non vi sono principi primi logicamente dimostrabili e trova in ciò un alibi per rinunciare all'indagine, alla giustificazione ed alla difesa di tali fini? L'umanità dei fini non può essere circoscritta alla loro razionalizzazione, che è in sostanza una pura e semplice formalizzazione dei desideri e dei bisogni umani, ma deve consistere in una effettiva adeguazione di essi alle esigenze di una piena realizzazione dell'uomo. Occorre perciò che vi sia un rapporto intimo tra la ragione filosofica ed il mondo dei fini e non già un puro intervento estrinseco e strumentalistico.

In ciò a nostro avviso risiedono tra l'altro le insufficienze della odierna filosofia.

Così mentre la « giurisprudenza sociologica » cerca di modificare e innovare le strutture giuridiche, impegnata nella valutazione del giusto e dell'ingiusto, la filosofia del diritto sta ad aspettare che la società le fornisca una nuova concezione della certezza e della giustizia.

Per tutte queste ragioni manca uno sviluppo soddisfacente della critica filosofica dei sommovimenti ideologici che il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto ha subito in questi ultimi tempi ad opera dei magistrati e degli studiosi di diritto, una critica cioè che metta a confronto le ideologie con i fini dell'uomo e della società e che rimetta in auge in forme nuove il tradizionale compito deontologico della filosofia del diritto, compito che alcuni hanno espunto¹⁹⁴, altri riaffermato¹⁹⁵, ma che tutti hanno disatteso.

In conclusione, è ormai pacifico che non v'è metodo privilegiato d'interpretazione del diritto, ma che l'interprete si serve di tutti quei metodi che gli permettono di raggiungere lo scopo prefissatosi,

¹⁹³ U. SCARPELLI, « I compiti della filosofia del diritto », in *La ricerca filosofica nella coscienza delle nuove generazioni*, Bologna, 1957, p. 120.

¹⁹⁴ R. TREVES, *Metafisica e metodologia nella filosofia del diritto*, in *La ricerca filosofica nella coscienza delle nuove generazioni*, Bologna, 1957, p. 120.

¹⁹⁵ U. SCARPELLI, « I compiti della filosofia del diritto », in *La ricerca filosofica nella coscienza delle nuove generazioni*, Bologna, 1957, p. 120.

che sia la scienza del diritto che la giurisprudenza si basano su scelte che sono anche e soprattutto « politiche », che queste constatazioni e sviluppi del problema dell'interpretazione giuridica hanno messo in crisi tutta una visione dell'amministrazione della giustizia e della stessa scienza giuridica propria del positivismo formalistico, che non può separarsi il problema dell'interpretazione da quello dell'applicazione del diritto, e che le nuove esigenze sociali, mettendo a nudo vecchie e nuove esigenze di realizzazione umana, postulano un ripensamento e un rinnovamento dei fini sociali e politici.