

UNIVERSITA' DI PALERMO
ISTITUTO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

francesco viola

**orientamenti storici in tema di
interpretazione della legge**

edizioni celup s.r.l. - palermo

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA
1975

Questo testo è una raccolta di lezioni ad uso degli studenti del corso di laurea in Scienze politiche della nostra Facoltà di Giurisprudenza.

Ringrazio il prof. Alfredo Galasso che mi ha invitato a tenere queste lezioni sugli aspetti storici, politici e sociali dell'interpretazione della legge nell'ambito del suo corso di Istituzioni di diritto privato.

Sono convinto che nel quadro degli studi giuridici la funzione di discipline filosofiche - come la Filosofia del diritto e la Filosofia della politica - sia proprio quella di indurre lo studioso del diritto ad una presa di coscienza del significato e del valore del proprio ruolo.

E' con rincrescimento quindi che ho appreso che allo studente di Scienze politiche della nostra Facoltà non è consentito sostenere esami di Filosofia del diritto, pur non essendo ancora stato istituito l'insegnamento di Filosofia della politica.

Mi auguro che si ristrutturino presto i piani di studio del corso di laurea in Scienze politiche e che iniziative, come quella che è stata l'occasione di questo testo, possano moltiplicarsi e istituzionalizzarsi.

Francesco Viola

CAPITOLO PRIMO

LE ORIGINI STORICO-POLITICHE DELLA LEGGE

L'interpretazione è un momento fondamentale e ineliminabile di ogni attività che voglia essere anche in senso lato «giuridica». Interpreta il giurista quando va in cerca del significato delle norme, interpreta il giudice quando deve applicare una determinata disposizione normativa ad un dato comportamento, ed interpreta perfino il legislatore quando regola i rapporti economici e sociali secondo i suoi fini politici. Notiamo subito che l'attività interpretativa può quindi avere diversi oggetti, differenti campi su cui si esercita. Si parla infatti d'interpretazione delle leggi, d'interpretazione dei fatti, d'interpretazione dei fini politici, dei valori, delle ideologie, e così via. Tuttavia nell'ambito della cultura giuridica dei nostri tempi v'è un campo privilegiato e assolutamente prevalente sugli altri ed è *l'interpretazione della legge*. Ci si impone quindi di chiarire preliminarmente cos'è questa «legge» verso cui l'attività interpretativa è diretta.

La nozione di legge giuridica è fortemente storicizzata. Ciò vuol dire che noi non andiamo in cerca di un concetto valido per tutti i tempi e per tutti i luoghi, ma solo di ciò che viene considerato come «legge giuridica» nel nostro tempo e nel nostro stato. Ci vengono allora in mente una serie di atti carichi di significato: un gruppo politico presenta un progetto di legge, una commissione parlamentare lo istruisce, lo si discute in Parlamento, si procede

ad una votazione, il Presidente della Repubblica promulga la legge, che viene pubblicata in un'apposita gazzetta, in tal modo si crea una legge dello stato. Ed è proprio perchè quegli atti sono stati posti in essere che si verifica una serie a catena di modificazioni dei comportamenti umani: i cittadini devono assumere come guida dei propri comportamenti quella legge, i poliziotti sono autorizzati ad intervenire nel caso di una sua violazione e in nome della legge, i giudici devono assumere quella legge come criterio di valutazione e di giudizio dei comportamenti dei cittadini.

Abbiamo elencato una lunga serie di fatti e di atti (e neppure completa perchè molte implicazioni pure rilevanti ci sfuggono) per descrivere come si produce una legge e cosa essa stessa produce. Ma siamo consapevoli di non aver ancora toccato la vera essenza e il vero significato del suo essere «legge». Ci muoviamo in superficie e non ci accorgiamo dei significati nascosti che quegli atti portano in se. Se allarghiamo la nostra indagine ad altri regimi giuridici, ad altre nazioni della nostra Europa o, addirittura, del mondo intero, ci rendiamo conto che, perchè si parli di legge, non è strettamente necessario che si mettano in opera proprio quegli atti che abbiamo descritto e con quella successione, anche se persistono notevoli somiglianze. E tuttavia si verificano le stesse modificazioni nei comportamenti umani. Se andiamo indietro nel tempo, ci accorgiamo che le differenze aumentano sempre più fino al punto che, pur continuandosi a parlare di legge giuridica, gli atti che la esprimono sono completamente diversi. Ciò indica che ci troviamo in una cultura giuridica completamente differente dalla nostra. Siamo usciti dal nostro mondo e entrati nel passato, in cui il nostro concetto di legge non trova posto.

La nostra cultura giuridica inizia con l'epoca delle *codificazioni* alla fine del 1700 ed ha il suo momento emblematico nel Codice napoleonico del 1804. Le codificazioni civilistiche più importanti dell'Ottocento sono, oltre al Codice napoleonico, lo Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austriaco del 1811, il Codice civile italiano del 1865 e il Bürgerliches Gesetzbuch tedesco

del 1900.

Per «codificazione» intendiamo la formulazione e la promulgazione di un corpo di leggi positive espressione della volontà del legislatore. Un codice differisce da una raccolta di leggi sia perchè coordina tutte le disposizioni concernenti una data materia sia perchè le organizza intorno a certi principi fondamentali di politica legislativa.. Quando parleremo di «legge» non ci riferiremo più quindi alla singola disposizione ma al complesso della regolamentazione giuridica di una data materia. In tal senso la nozione di legge è da riportare a quella di «codice».. Più precisamente si distingue tra codice e costituzione. Infatti il codice propriamente è chiamato a regolare e ad assicurare la libertà civile dell'individuo nella vita privata contro le indebite ingerenze del potere politico, mentre la costituzione regola la partecipazione dei cittadini al potere statale, cioè le loro libertà politiche. Questa è una distinzione ormai tradizionale che oggi tende ad essere superata come tende ad essere superata la distinzione tra la sfera pubblica e la sfera privata dei rapporti sociali. Vi è certo un collegamento tra codificazione costituzionale e codificazione civile, penale, commerciale, processuale. Ma è chiaro che i modi e le forme di questa correlazione dipendono dal modo in cui si collegano la libertà privata e quella politica ai poteri dello Stato. Ciò è particolarmente evidente quando la legislazione ordinaria e quella costituzionale sono emanazione di due regimi politici diversi. Ad es., il nostro codice civile del 1942 è stato elaborato in periodo fascista e quindi non è sempre in accordo con i principi della Costituzione repubblicana.. Ed allora si pone il problema della scelta tra opposti valori politici e sociali. I principi costituzionali acquistano oggi sempre maggiore rilevanza nell'interpretazione della legislazione ordinaria, che non viene più concepita come ideologicamente autosufficiente. E' questo il segno di una trasformazione del modo di concepire la codificazione.

Abbiamo parlato di atti a cui si accompagna l'idea di legge e abbiamo accennato al modo in cui viene creata e ai documenti che

contengono la legge positiva di uno stato. Ci siamo -credo- a questo punto resi conto che la codificazione è un'operazione di tecnica giuridica messa a punto in tempi relativamente recenti, così come in tempi relativamente recenti è stato inventato il telaio meccanico. Ma questa operazione è storico-culturale e porta in sé e realizza un complesso di elementi di varia natura che in un nuovo modo di concepire la legge giuridica trovano la loro possibilità migliore di attuazione e la loro efficacia storica. In definitiva dobbiamo presupporre che un codice è uno strumento e che per conoscere uno strumento è necessario rendersi conto della opera che è destinato a compiere, delle idee che lo muovono e delle condizioni in cui è chiamato ad operare.

Abbandoniamo così lo strato superficiale della descrizione di una legge e degli atti ad essa relativi per immergerci nella sua natura, che -in quanto strumento- è la sua funzione. 'Quali sono quegli elementi che hanno contribuito ad elaborare questa nuova tecnica giuridica? Non ci si stupisca se partiremo dalle origini, cioè dall'epoca dell'illuminismo, perchè ben presto ci accorgereemo che questa panoramica storica ci insegnerà molte cose fondamentali sulla nostra società contemporanea. Osserveremo il problema dell'origine della codificazione da tre punti di vista e quindi i problemi relativi li divideremo in tre gruppi.

1) *Il primo gruppo* è quello dei fini e dei valori che l'uomo si propone di realizzare a livello sociale. Cosa pensa l'uomo di se stesso e della società in cui vive? Quali sono i beni che ritiene indispensabili ad una vita veramente umana? Quali sono i valori politici per cui lotta? Qual è la società e lo stato che vuole costruire?

2) *Il secondo gruppo* comprende le caratteristiche storico-sociali di un'epoca (in questo caso del sec. XVIII). Quali sono i rapporti sociali ed economici tra le varie classi? Quale classe è socialmente ed economicamente più attiva?

3) *Il terzo gruppo* riguarda la situazione giuridica preesistente. Come sono regolati i rapporti giuridici tra le varie classi? Qual è il tipo di cultura giuridica dominante? Rispecchia esso i rapporti reali tra i vari interessi contrapposti?

È stata infatti la combinazione di tutti questi elementi a produrre quel tipo giuridico di legge che è oggetto della nostra indagine e a cui si riferisce l'attività interpretativa.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

V. PIANO MORTARI, «Codice (storia)», in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1960, vol. VII, pp. 228-236; AA. VV., *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, il Mulino, Bologna 1971; *Gli studi di storia e di diritto contemporaneo*, ed. di Comunità, Milano 1968; U. CERRONI, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1960, pp. 335-367.

1 - La concezione dell'uomo e della società

Se consideriamo negli aspetti più generali e comuni le idee più diffuse nel 1600 e nel 1700 riguardo ai rapporti tra l'uomo e la società in cui vive, risulta come nettamente dominante una *visione atomistica della società*. La società non è considerata come una realtà autonoma e sovrastante la somma degli individui che la compongono, anzi essa non è altro che questa unione degli individui. Gli elementi reali e ultimi della società sono dunque gli individui umani. Questi individui sono esseri equipaggiati per natura di un complesso meccanismo di istinti, bisogni, desideri e appetiti nonché a caccia di mezzi per soddisfarli. Se la società non è altro che la somma degli individui, ciò vuol dire che la ragion d'essere della società deve ritrovarsi proprio all'interno di questo complesso meccanismo dei bisogni che muove ogni individuo. Sono quindi i bisogni e gli interessi che mettono in relazione gli individui tra

loro. La loro unione è estremamente interessata ed ha per fine il potenziamento delle capacità di sopravvivenza e di soddisfazione dell'individuo stesso. Tuttavia di per sé un rapporto basato sul bisogno può essere sia un rapporto di lotta che un rapporto di collaborazione. In una certa misura la lotta e la concorrenza sono ineliminabili da questa visione della società, perchè inevitabilmente i bisogni e gli interessi dell'uno si scontreranno con i bisogni e gli interessi dell'altro, in particolare rispetto ad alcuni beni quantitativamente limitati. Si comprende però che un conflitto illimitato e permanente è la negazione della stessa società (Hobbes). Perchè essa sorga sarà quindi necessario un certo controllo del conflitto sociale e una certa collaborazione.

Il fine comune della società non è altro che la somma dei beni individuali. Lo scopo della società è quello di assicurare il raggiungimento del bene dell'individuo compatibilmente con il bene di tutti gli altri. Quindi il compito della società è duplice: da una parte assicurare e garantire la sfera d'azione individuale, dall'altra limitarla per permettere la coesistenza. In questo senso la società è fonte di obblighi che limitano la originaria e assoluta libertà individuale. Il che crea non pochi problemi, perchè un individuo siffatto sente la limitazione come un attentato alla propria autonomia.

In questa visione della società l'individuo è una realtà sacra e inviolabile. I limiti che gli si impongono possono tutt'al più essere esterni ad esso, non debbono assoggettarlo interiormente assumendo la forma del dominio. In primo luogo quindi la società dovrà compiere un atto di riconoscimento dell'intangibilità sacra dell'individuo e della sua spiritualità.

Se ci chiediamo in che consiste la spiritualità di un individuo che sul piano biologico e psicologico è un meccanismo di bisogni, desideri e appetiti, ci accorgiamo che essa è il potere morale che ogni individuo ha nei confronti di se stesso. L'individuo è inteso essenzialmente come proprietario di se stesso, del proprio corpo, cioè delle forze e delle capacità con cui può soddisfa-

re i propri bisogni. Ha quindi un diritto assoluto e reale sulla propria persona. La capacità lavorativa di ognuno è sua proprietà personale. La spiritualità di quest'individuo consiste dunque nella sua capacità di possedere il suo corpo come una cosa, come un mezzo di produzione. Da parte della società il riconoscimento della spiritualità dell'individuo consisterà dunque nello assicurargli quello spazio materiale senza cui egli non potrebbe esercitare la propria libertà, cioè esercitare i suoi diritti di proprietario delle sue forze lavorative.. Di conseguenza il possesso dei beni materiali è indispensabile all'affermazione spirituale dell'individuo umano. L'individuo afferma se stesso possedendo qualcosa. Se possiede il proprio corpo, deve necessariamente possedere dei beni materiali (*individualismo possessivo*).

Questa capacità di possedere è una qualità che l'individuo ha per natura, indipendentemente dalla società. Si parla a questo proposito di un diritto dell'individuo, che è un *diritto soggettivo*, una qualità del soggetto, un suo attributo essenziale.. 'Il diritto soggettivo inteso come qualità morale, capacità e potere è preesistente ad ogni società, non dipende da essa ma appartiene alla natura stessa dell'individuo. È quindi un *diritto naturale*. La *libertà* come potere d'agire e la *proprietà* come relazione appropriativa dei beni materiali sono quindi i diritti naturali immutabili e eterni, sacri e inviolabili (Locke). Questa teoria dei diritti naturali non deve essere confusa con quella proveniente dal pensiero medioevale per cui il diritto naturale ha un fondamento oggettivo e non soggettivo.

Se il primo compito della società è questo riconoscimento dei diritti soggettivi, il secondo è strettamente connesso al primo ed è l'apporto positivo della dimensione sociale. Perché questa società sorga è necessario infatti che questi individui abbiano qualcosa in comune e non già solamente un'uguaglianza nella struttura naturale, uguaglianza che è causa di lotta e di concorrenza. Occorre che abbiano in comune qualcosa che li spinga alla collaborazione, frenando gli istinti e controllandoli. Ebbene, questa

dimensione comune a tutti gli individui è la *ragione*.

La ragione è infatti fonte della socialità anche in quelle teorie che sostengono la naturale insocievolezza dell'uomo (Hobbes). Evidentemente solo la ragione può convincere l'individuo a sdogliarsi in parte dei suoi poteri sovrani, accettando l'imposizione di obblighi e di doveri, e quindi il giogo di una legge. Ogni altro tipo d'imposizione che non provenga dalla ragione suonerà come arbitrio e asservimento. E tuttavia questo individuo dà un senso particolare e ben preciso a questa «ragione».

Per la filosofia medioevale la ragione era la capacità di conoscere l'essere delle cose e del mondo umano e di dirigere la azione umana verso il bene conosciuto. Per l'individuo della società moderna la ragione è un potere strumentale. E' cioè la capacità di calcolare e prevedere i risultati futuri delle nostre azioni (*ragione strumentale*). L'individuo, ragionando e calcolando, si rende ben conto che una libertà assoluta e una proprietà assoluta si trasformano nell'insicurezza assoluta. Ed allora subentra il calcolo utilitaristico che concede qualcosa per salvare l'essenziale. Anche se la ragione strumentale è un potere soggettivo, tuttavia i risultati del calcolo razionale hanno un valore eguale per tutti gli individui. Per questo la ragione è la fonte della socialità, in quanto è insieme un potere soggettivo e una regola intersoggettiva. I calcoli del singolo individuo, se sono razionali, sono anche intersoggettivi. Non ha importanza che vi sia una comunanza in ciò che si calcola (cioè nei contenuti), qui basta affermare la validità intersoggettiva del calcolo stesso. Due più due fa sempre quattro indipendentemente dalla natura delle cose che si sommano. Perciò questo concetto di ragione è utilitaristico, formale e convenzionale.

Questa regola intersoggettiva introduce limitazioni nella libertà degli individui, è quindi una *legge*. Siamo così arrivati alla definizione filosofica di legge secondo i pensatori politici di questo periodo, definizione che costituisce - come vedremo - l'anima della nostra attuale legge giuridica.

In una prima fase si tende a sottolineare l'aspetto razionale della legge, anche se essa è un comando, un atto di volontà del sovrano, tuttavia tale comando non è arbitrario se è, secondo questi canoni, razionale. Solo così l'individuo acconsentirà ad uscire dal suo isolamento bellicoso, legandosi con un patto sociale ad altri individui (*contrattualismo*). Ma, se la legge è un atto della ragione e la società è la somma di individui, allora si potranno trarre delle leggi necessarie dai rapporti di questi atomi sociali (Montesquieu). È quindi possibile una scienza della società a somiglianza delle scienze naturali, che in quell'epoca celebravano i loro incontestabili trionfi. Sarà possibile così attuare un contemperamento oggettivo tra i vari interessi, dando un ordine razionale e oggettivo ai rapporti individuali. Così la ragione diventa sinonimo di legge oggettiva (*la legge della ragione*) e necessaria, non cessando d'essere un potere soggettivo, perchè essa limita il potere dei singoli e nello stesso tempo lo garantisce.

C'è quindi piena identità tra ragione e legge, ma bisogna tener presente che la ragione è un potere strumentale ed infatti la legge giuridica conserverà fino ai nostri giorni questo carattere utilitaristico e strumentale oltre che questa funzione di limitazione esterna dei poteri dell'individuo.

a) Libertà e uguaglianza

Se la ragione è puramente strumentale, essa per definizione non potrà costituire il fine dell'uomo e della società nè potrà additarlo; tali fini infatti sono imposti dalla natura. E tuttavia la società è chiamata a compiere delle scelte politiche, privilegiando certi valori rispetto ad altri. Questa scelta è - come abbiamo detto - indispensabile e necessaria se si vuole garantire una convivenza sociale. Ma ogni scelta politica non sarà arbitraria nella misura in cui sarà guidata da un valore politico fondamentale, presupposto e fine ultimo della società in quanto tale, cioè dalla *libertà*. Se quindi ci interroghiamo intorno ai valori politici fonda-

mentali costitutivi di questa visione della società che abbiamo delineato, è alla *libertà politica* che innanzi tutto dobbiamo guardare.

La libertà politica è quella libertà possibile nella vita in società. Rispetto alla nozione generale di libertà quella politica non aggiunge niente quanto all'essenza della libertà, perchè il problema politico della libertà è quello della sua realizzazione e del suo esercizio. L'uomo è libero per natura. La società gli permette di vivere di questa libertà. Per questo la prima caratteristica della libertà politica consiste nel non essere impediti nello esercizio dei propri poteri, cioè dei diritti soggettivi. La libertà politica è innanzi tutto una libertà negativa, una *libertà da* ostacoli esterni, è la protezione esterna di quella libertà positiva che risiede per natura in ogni individuo e che è la *libertà di* esercizio dei propri poteri. E soprattutto la libertà politica è la difesa dell'individuo dal dispotismo. Si ha *dispotismo* ogniqualvolta gli uomini hanno dei padroni, cioè sono soggetti alla volontà arbitraria di altri uomini (Condorcet).

Per tutto ciò che abbiamo già detto la libertà politica non potrà mai essere una libertà assoluta, è necessariamente una libertà limitata e tuttavia resta «libertà» se questi limiti sono legittimi, cioè se sono quelli posti dalla legge della ragione. Libertà politica significa non dipendere da altro che dalle leggi. Di fronte al dispotismo la legge rappresenta una garanzia di libertà. Si è liberi non già nonostante le leggi, ma nelle leggi e per le leggi (Voltaire). E in questo senso la libertà politica è una libertà positiva, anzi la libertà reale rispetto alla quale la libertà naturale come libertà dalle leggi acquista un significato negativo.

Se la libertà politica è non impedimento e sottomissione alle leggi, sarà necessario un criterio di misura della coesistenza delle libertà, un criterio razionale e preciso. Questo criterio è anche un valore politico ma subordinato a quello fondamentale della libertà. Si tratta del valore dell'**uguaglianza**. È evidente che nell'imporre dei limiti si debba partire dal presupposto dell'ugua-

glianza degli individui e quindi sia necessario postulare un'uguaglianza nelle limitazioni. Tuttavia il rapporto tra uguaglianza naturale e uguaglianza di fronte alla legge non è una relazione necessaria. Ci si va sempre più rendendo conto che il vero criterio di misura della libertà è questa uniformità nella rinuncia parziale alla propria libertà. Insomma, il limite di un valore politico formale, quale è quello di una libertà così intesa, sarà esso pure formale.

V'è una profonda divergenza tra i pensatori politici del 1600 e del 1700 sulla ammissibilità o meno di *un'uguaglianza naturale* degli uomini. Si sottolinea che, per quanto gli individui abbiano una stessa struttura naturale (ed in questo senso sono uguali), tuttavia sono profondamente diseguali per doti naturali, per ingegno e forza di volontà. Vi sono individui disposti per natura alla collaborazione, perchè si accontentano del necessario, ed individui ambiziosi e avidi. Non v'è quindi neppure *un'uguaglianza morale*.

L'uguaglianza come criterio di misura della libertà non può quindi attingere i propri parametri da una valutazione oggettiva dei comportamenti umani. Essa da valore oggettivo (com'era nel pensiero aristotelico) diventa criterio di trattamento di soggetti che, liberi di per sè, cercano nella limitazione uguale e reciproca le condizioni di un'effettiva libertà. *Uguaglianza soggettiva* qui non significa arbitraria, che sarebbe in effetti disuguaglianza, ma significa che vi deve essere un'uniformità nel limitare la libertà dei singoli. Quest'uniformità di trattamento è il residuo oggettivo del valore dell'uguaglianza. Il limite uguale entro cui la libertà diseguale di ciascuno deve esplicarsi non è quindi posto dalla natura stessa dei rapporti sociali, ma da un calcolo d'utilità dipendente dai fini politici che una società si propone. Questo tipo d'uguaglianza non è quindi oggettiva e sostanziale ma soggettiva e formale. Non ha tanta importanza la natura del limite quanto piuttosto la sua uniforme imposizione e applicazione a tutti (*uguaglianza formale*).

La legge positiva, che è il risultato di questo calcolo degli interessi e delle utilità, esprime dunque la misura eguale della libertà di ciascuno. Come si può notare, la nozione di legge giuridica è strettamente collegata con il valore dell'uguaglianza così intesa e con il concetto di ragione strumentale. Anzi si può dire che essa è lo strumento più adatto a realizzare quel valore della uguaglianza formale, dell'uguaglianza nel trattamento. Il formalismo dell'interpretazione non sarà quindi altro che un'ovvia e coerente conseguenza di questa concezione formalistica della legge giuridica.

Ad un'uniforme limitazione della libertà mediante le leggi deve infatti corrispondere un'uniforme applicazione delle leggi stesse, altrimenti i privilegi risorgerebbero nella disparità di trattamento. I giudici devono quindi essere neutrali e imparziali e devono appartenere allo stesso ceto sociale di coloro che giudicano (Montesquieu) a meno che nella società stessa non si sia eliminata ogni differenziazione sociale (Rousseau).

Tuttavia la profonda disuguaglianza naturale nelle capacità e nelle attitudini finisce per prevalere anche sulla uguaglianza formale di fronte alle leggi. Quest'ultima non può per definizione instaurare un'uguaglianza sostanziale in una società che già in partenza è profondamente disuguale. Nella misura in cui quella libertà politica - di cui abbiamo parlato - viene intesa in senso negativo, allora i limiti posti dalla legge saranno ridotti allo stretto indispensabile, lasciando quindi ampio margine alla libertà naturale e, conseguentemente, alla disuguaglianza naturale. Così la società sarà un puro strumento dell'individuo, di per sé estranea all'uomo e ai suoi fini. Lo scopo della legge non sarà quello di realizzare *un'uguaglianza sostanziale* tra gli individui, bensì quello minimo di assicurare la convivenza civile evitando la lotta di ognuno contro tutti. La legge adempie la stessa funzione del semaforo che regola il traffico automobilistico senza far differenze tra auto di lusso e utilitarie.

Se la legge è estranea all'individuo lo sarà pure questa ugua-

glianza. Essere trattati in modo eguale non significa che non si resti diseguali. Anzi v'è chi sa sfruttare questa uguaglianza di trattamento per rafforzare legalmente la propria superiorità nella ricchezza e nel potere. Proprietà di beni materiali e capacità di lavoro diventano i valori in base a cui giudicare della dignità umana. Si avanza seriamente l'ipotesi che i nullatenenti e i disoccupati forse non sono uomini come tutti gli altri (Locke). V'è quindi chi vede nella società e in questa esteriorità neutrale della legge proprio la causa di tutte le disuguaglianze e dei privilegi (Rousseau). La vera disuguaglianza naturale è quella della società che la permette e favorisce. Ma tutto ciò è in realtà una deformazione della vera natura degli uomini. Se la vera dignità dell'uomo consiste nella ragione e quest'ultima è egualmente diffusa in tutti gli uomini, allora v'è una più profonda uguaglianza naturale che la società ha perduto. Si avanza così un nuovo concetto di uguaglianza naturale, che è quello di *uguaglianza morale e razionale*. Si comprende facilmente quanto questo concetto sia condizionato da un nuovo modo d'intendere la ragione, non più come puro strumento di calcolo ma come potenza creatrice e ordinatrice. Conseguentemente v'è un nuovo modo d'intendere la natura dell'uomo, non più come base biologica e fisiologica della società ma come fine morale verso cui la stessa società è diretta perchè l'uomo in sostanza si autocrea attraverso l'opera dell'educazione (*L'Emilio* di Rousseau). Così il tema del *ritorno alla natura* e il mito del buon selvaggio non significano certo un amore per il primitivo e l'incivile, ma hanno una funzione ideologica consistente nello spazzare via tutti i falsi rapporti sociali per una vita più vera, spontanea e «razionale».

La legge della ragione così intesa non è più un limite estrinseco alla libertà personale, ma è la sede della stessa libertà umana che da individuale si fa collettiva (il popolo). I limiti posti dalla legge non sono più tali, poiché sono limiti che l'uomo pone a se stesso e quindi la legge è affermazione di libertà. Il che corrisponde a quel senso positivo della libertà politica, di cui abbia-

mo già parlato. Se la ragione è uguale in tutti gli uomini, nel più profondo di me stesso trovo una legge che vale per tutti gli uomini. L'uguaglianza razionale non è più un'uguaglianza formale che lascia inalterate le disuguaglianze naturali, ma è un'uguaglianza sostanziale che sostituisce all'individuo una entità spirituale a se stante quale la società, il popolo, la collettività e così via. Ma a questo punto ci avviamo decisamente verso un superamento di quella visione atomistica della società nel cui contesto si devono inserire le idee che abbiamo qui sintetizzato. Andiamo verso quella *visione organicistica della società* propria dell'età romantica. Tuttavia questi due aspetti del concetto di uguaglianza (formale e sostanziale), che sono strettamente dipendenti dai due significati di libertà come potere di appropriazione e come autodeterminazione, sono serviti a modellare il nostro concetto giuridico di legge, in cui si distingue tuttora tra sfera privata e sfera pubblica.

b) La giustizia

Queste idee filosofico-politiche sono l'anima di quello strumento giuridico che è la codificazione. La storia conosce un'accentuazione ora dell'uno ora dell'altro aspetto. Nonostante profonde trasformazioni sociali questo modello di legge ha resistito e si è mostrato capace di servire a più usi e a ben diverse politiche del diritto. La ragione di ciò non si deve vedere soltanto nella bontà di questo modello ma anche nella permanenza delle idee che lo ispirano.

Il risultato di questa visione dell'uomo e della società è naturalmente quello di una nuova idea della *giustizia* come valore sociale. Se la legge è il fattore principale di coesione sociale e, in più, affermazione della libertà e creatività umana, è giusto tutto ciò che è conforme alla legge. Non v'è quindi un giusto antecedente alla legge perchè non v'è società prima del calcolo della ragione e della messa in opera della creatività umana. È la legge

stessa a introdurre nel mondo umano dei conflitti la giustizia. Non v'è quindi giustizia dove non v'è legge e non v'è legge dove non v'è un potere coercitivo capace di farla rispettare.

E' di estrema attualità un'affermazione di uno scrittore politico del 1600, che si è reso perfettamente conto della nuova idea di giustizia:

«La giustizia è il volere costante di dare a ciascuno il proprio; e perciò non esiste una cosa propria, cioè una proprietà, dove non è un potere coercitivo, e quindi dove non è uno stato, non è proprietà, tutti gli uomini avendo diritto a tutte le cose. Perciò dove non è uno stato, non esiste nulla d'ingiusto. Sicché la natura della giustizia consiste nel far mantenere i patti validi; ma la validità dei patti non comincia, se non con la costituzione di un potere civile, abbastanza forte, per costringere gli uomini a mantenerli; e anche allora comincia la proprietà» (dal *Leviatano* di T. Hobbes).

Il collegamento con la proprietà diventa un aspetto caratteristico del modo d'intendere la giustizia (Locke). La giustizia è quindi la consacrazione morale dell'individualismo possessivo. La legge formale e neutrale acquista così una dignità morale, essendo per definizione «giusta» e rendendo «giusti» gli atti ad essa conformi (*Formalismo etico*). Questa è la *concezione legalistica della giustizia*, cioè come pura conformità alla legge..

Quando una legge può essere considerata ingiusta? Evidentemente solo quando introduce una disuguaglianza di trattamento violando l'uguaglianza formale oppure quando non è espressione della volontà popolare, che è fonte insindacabile del giusto e dell'ingiusto sostanziale («La volontà popolare non può errare», Rousseau). Ma chiaramente in questi casi non ci troviamo di fronte ad una vera e propria legge, che in quanto tale è sempre giusta.

Queste idee sulla giustizia introducono nella mentalità del giurista e del giudice un culto idolatrico della legge, a cui sono riservati gli stessi onori tributati alla giustizia.

c) Lo stato

A questo punto siamo in possesso dei principali elementi ideali che hanno condotto alle codificazioni moderne: una concezione dell'uomo e della società, della natura e della ragione, del diritto e dell'obbligo, della libertà e dell'eguaglianza, della legge e della giustizia. Cosa manca? Manca evidentemente il modo di far valere queste idee sul piano politico mediante un potere coercitivo, che usi la forza secondo la legge, cioè manca ancora una *teoria dello stato*. Anche lo stato come la legge è uno strumento della libertà. Esso è una creazione artificiale dell'uomo che in tal modo mette ordine nella società (Hobbes) o difende l'ordine sociale preesistente (Locke). Si distingue così tra *società civile* e *stato*.

La società civile è il campo dei rapporti intersoggettivi ed il sistema dei bisogni e degli interessi. Il suo problema fondamentale è quello del *potere* economico. Lo stato invece è la gestione e la regolamentazione politica di questi rapporti, interessi e bisogni. Il suo problema fondamentale è quello del *potere politico* e, quindi, della sovranità.

I rapporti tra società civile e stato sono molto complessi nella teoria e nella storia. A noi qui interessa soltanto accennare alle due teorie dello stato che corrispondono a quelle idee politiche di cui abbiamo già parlato: lo stato liberale e lo stato democratico.

Lo *stato liberale* considera la società civile già come, almeno potenzialmente, ordinata. Dà quindi la prevalenza al potere economico su quello politico. Il potere politico si limiterà dunque a garantire la libertà personale e la proprietà privata, che sono diritti soggettivi naturali. Gli interventi dello stato nella sfera privata saranno ridotti allo stretto indispensabile. Per questa ragione il potere politico non deve essere appannaggio di nessuna classe o gruppo sociale che potrebbe sovvertire l'ordine naturale della società e le regole naturali della concorrenza. La sovranità

spetterà dunque alle leggi, che sono - come abbiamo visto - le limitazioni, richieste dal calcolo utilitaristico, alla libertà personale. La legge è quindi intesa come prodotto della ragione piuttosto che come atto di volontà, che richiamerebbe lo spettro del dispotismo. Questa razionalizzazione del potere politico, che è parallela alla depoliticizzazione del diritto, viene attuata attraverso il *principio della separazione dei poteri*, principio che mira a realizzare un equilibrio perfetto tra i vari poteri, che si controllano reciprocamente e si annullano politicamente in modo che la sovranità resti sempre alle leggi piuttosto che ai legislatori. Questi ultimi non sono altro che i codificatori delle leggi della ragione, mentre il potere giudiziario le applica con fedele e neutrale oggettività e il potere esecutivo usa secondo i criteri della legalità la forza coercitiva dello stato. La forma giuridica che assume questo stato è quella dello *Stato di diritto*, cioè di uno stato in cui non v'è posto per l'arbitrio ma tutto è compiuto all'ombra e sotto la protezione imparziale delle leggi.

Lo *stato democratico* si pone in maniera diversa nei confronti della società civile. Quest'ultima è vista piuttosto come luogo del disordine, dei privilegi e delle disuguaglianze. Lo stato quindi non si pone a servizio di questa società, ma ne costituisce piuttosto il superamento e quindi il vero luogo di realizzazione della natura umana nei suoi più profondi valori morali e razionali («muore l'uomo e nasce il cittadino», Rousseau). Il potere politico ha la prevalenza sul potere economico. Le leggi sono poste dal popolo e dalla sua volontà che è sommamente razionale e quindi la sovranità risiede nel popolo. E tale sovranità è assoluta, una e indivisibile. Ma differisce dall'arbitrio perchè si esprime nella forma impersonale della legge. Questa sovranità si articola quanto al suo esercizio nei tre poteri fondamentali dello stato e, quindi, si accetta il principio della divisione dei poteri ma sempre tenendo ferma l'indivisibilità della sovranità. Per questo motivo si dà al potere legislativo una preminenza sugli altri. Il potere legislativo è il solo potere pienamente sovrano, essendo l'organo più

diretto della volontà generale che si esprime attraverso la maggioranza. Si registra quindi un passaggio dalla legge al legislatore, dalla ragione strumentale alla volontà razionale. Ma le conseguenze a livello dell'interpretazione del diritto sono le stesse. Il potere giudiziario continua ad essere deresponsabilizzato politicamente. Esso sarà il fedele e neutrale interprete della volontà del legislatore.

Il modello liberale e quello democratico dello stato hanno insieme contribuito a dar vita e forma alla nostra idea dello stato, del diritto e della funzione del potere politico. Non credo che la storia registri un'attuazione integrale di uno di questi due modelli. Essi, fin dalla loro origine, si sono fusi insieme nelle più svariate combinazioni, che non è necessario qui esporre, avendo assodato che v'è una convergenza di fondo riguardo al problema dell'interpretazione della legge.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

M. HORKHEIMER - T.W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*, trad.it., Einaudi, Torino 1966; G.H. SABINE, *Storia delle dottrine politiche*, Etas/Kompass, Milano 1967; G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*, Giappichelli, Torino 1962; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Ed. di Comunità, Milano 1966; *La libertà politica*, a cura di A. Passerin d'Entrèves, Ed. di Comunità, Milano 1974; *L'égalité, études publiées par H. Buch/P. Foiriers/Ch. Perelman*, Bruylant, Bruxelles 1971; G. FASSÖJ *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna 1964.

2 – I condizionamenti storici, sociali ed economici

Queste idee sulla società e sullo stato non sono il frutto dell'immaginazione di alcuni studiosi in vena d'evasione speculativa, ma sono il risultato di un'attenta osservazione della realtà empirica e delle nuove forze economiche e sociali emergenti. Questi pensatori andavano in cerca della natura dell'uomo e della

società. Ma nelle loro teorie si mescolavano diversi elementi eterogenei: osservazioni su ciò che di fatto era la società dei loro tempi, la tensione verso la società ideale, o almeno, verso una società migliore, affermazioni metafisiche sull'essenza immutabile dell'uomo. Tutti questi elementi di carattere fattuale, normativo e metafisico erano fusi insieme a volte senza discernimento. Si passava dall'uno all'altro senza piena consapevolezza metodologica. Oggi infatti si tende a sottolineare le incoerenze latenti in queste teorie politiche e, quindi, a svalutarne la portata scientifica. Al contempo se ne mette in luce la portata profetica e lo aspetto ideologico. Questi pensatori infatti seppero senza dubbio intravedere la direzione che avrebbe assunto la società umana e ne svilupparono le principali implicazioni sul piano dei valori politici e morali, tentandone anche una giustificazione filosofica (*aspetto profetico*). Si sottolinea anche che essi si fecero portatori delle istanze politiche, economiche e sociali della nuova classe in ascesa (cioè la borghesia) ed, al contempo, fornirono ad essa il modo di universalizzare i propri interessi e i propri valori a tutte le altre classi della società (*aspetto ideologico*).

Tuttavia ridurre a queste dimensioni, per quanto vere, tutto il significato e il valore di queste teorie politiche vuol dire semplificare eccessivamente le cose. Ogni teoria politica non è una pura conoscenza della realtà sociale, ma questa conoscenza ha il fine di dirigere l'azione sociale e politica. E' un conoscere per agire. Questo fa capire perchè entrino necessariamente in gioco elementi così diversi. Il pensatore politico sceglie quei valori che meritano di essere politicamente privilegiati perchè sono a suo giudizio più rispondenti a tutelare la realizzazione dell'essere umano. Osserva le condizioni di fatto in cui l'uomo si trova a vivere e ne trae come conseguenza che alcuni di questi valori sono più minacciati di altri. Elabora quindi un modello teorico di società e di stato, in cui attraverso contropinte ben calibrate si sfruttano proprio quelle condizioni di fatto per raggiungere i fini voluti. Ad esempio, nella seconda metà del 1600 il valore della

libertà era forse più minacciato poiché si viveva in un'epoca di dispotismo. Niente di più ovvio quindi che esso sia il valore dominante nelle più diverse teorie politiche dell'illuminismo. Tra le condizioni di fatto v'è una classe sociale in ascesa che è la più danneggiata dal dispotismo. Su di questa si fa assegnamento per raggiungere quei valori che sembrano vitali per ogni essere umano. A questo punto le condizioni di fatto interagiscono sui valori, dando ad essi un contenuto ben preciso. Così la libertà, l'uguaglianza, la giustizia e la pace diventeranno nel modello teorico di società la libertà borghese, l'uguaglianza borghese, la giustizia e la pace borghese. Se poi avviene che storicamente la borghesia conquista il potere economico e politico, allora i valori politici della borghesia diventeranno i valori politici dell'intera società e rifiutarli sembrerà attentare alla dignità stessa dello essere umano. La causa di tutto ciò sta nell'aver asservito i valori alla scienza dei fatti, abbandonandoli al vortice della storia. Di conseguenza si finisce per approvare, anzi giustificare, tutto ciò che il divenire storico impone. Questi pensatori politici, più che essere l'avanguardia intellettuale del potere borghese, appaiono come gli idolatri di una scientificità male applicata al piano politico. Infatti essi sono gli eredi di una rivoluzione culturale, che è il presupposto delle più tarde rivoluzioni politiche, cioè della *rivoluzione scientifica*.

Nella prima metà del 1600 i brillanti risultati conseguiti con i nuovi metodi scientifici cambiarono profondamente l'atteggiamento dell'uomo di fronte alla natura e, conseguentemente, di fronte a se stesso e agli altri uomini. La natura non è più considerata come un mistero da contemplare ma come un segreto da violare. L'uomo assume un atteggiamento aggressivo e inquisitorio verso di essa. Siede come un giudice davanti alla realtà, e la interroga così come si interroga un imputato. Non di rado si parla di «estorcerle» la risposta che si desidera, non di rado si parla di «mettere la natura alla tortura» (Bacone). L'uomo manca di rispetto alla natura per provocarla, la seziona, la smembra, l'ana-

lizza, e poi la ricompone. Questo atteggiamento è evidentemente l'esatto opposto di un atteggiamento puramente contemplativo. È un atteggiamento essenzialmente attivo, dettato da un senso nuovo della potenza dell'uomo. *Scientia propter potentiam*.

Indipendentemente dai riflessi economici e sociali delle scoperte scientifiche, il loro risultato più importante fu quello di divulgare un nuovo tipo d'uomo, vale a dire un uomo attivo, dominatore della materia perchè in possesso dei suoi segreti e, quindi, produttore e trasformatore di essa. V'è da tener presente che lo stesso corpo umano fa parte della natura e allora non v'è da stupirsi se un medesimo atteggiamento l'uomo teneva nei confronti di se stesso e dei suoi simili, un atteggiamento possessivo.

Nel suo desiderio di violare i segreti della natura l'uomo si trovò nella necessità di aiutare la debolezza dei suoi sensi con strumenti appositi e con la predisposizione di organi artificiali. E così sorge, accanto a un nuovo tipo di scienza, un nuovo tipo di tecnologia. Questa era caratterizzata dal fatto che imitava così perfettamente la natura da confondersi con essa (*mimetismo tecnologico*). Si affermò l'identità di ogni costruzione artificiale con il prodotto della natura. Così l'uomo non solo si impossessava della natura, ma anche la riproduceva esattamente. Questa identità tra natura e prodotto artificiale fu fondata da Cartesio su basi filosofiche:

«Ed è certo che tutte le regole delle meccaniche appartengono alla fisica, in modo che tutte le cose che sono artificiali sono con questo naturali. Poiché, per esempio, quando un orologio segna le ore per mezzo delle ruote di cui è fatto, questo non gli è meno naturale che ad un albero di produrre i suoi frutti. Ecco perchè, nello stesso modo che un orologiaio, vedendo un orologio che egli non ha fatto, può ordinariamente giudicare, da alcune delle sue parti che egli vede, quali sono tutte le altre che non vede, così, considerando gli effetti e le parti sensibili dei corpi naturali, ho cercato di conoscere quali deb-

bono essere quelli delle loro parti che non sono sensibili » (da *I principi della filosofia* di R. Cartesio).

Tuttavia non si trassero immediatamente tutte le conseguenze pratiche di queste nuove tecniche, che per lo più furono applicate alla progettazione di strumenti scientifici. Molte invenzioni - come la macchina a vapore - e progressi - come quelli compiuti nella rotazione dei raccolti e nell'allevamento degli animali - non erano affatto legati alle nuove conoscenze scientifiche ed anzi risentivano di conoscenze ancora rudimentali. Lo stesso movimento scientifico fu spesso l'opera individualistica di dilettanti geniali, che, per quanto legati fra loro da un comune bagaglio intellettuale, non coordinavano le loro diverse attività e tecniche di ricerca. Più che un movimento unitario fu quindi un aggregato di movimenti autonomi, che per il momento ebbero scarsi riflessi sulla vita dell'uomo medio. Direi che l'influsso più immediato prodotto dalla rivoluzione scientifica fu proprio quello di giustificare e divulgare quel nuovo tipo d'uomo di cui abbiamo parlato.

D'altronde v'era modo per l'uomo medio di provare la stessa ebrezza del dominatore e del produttore, di mettere in opera tutta la potenza dell'uomo senza bisogno di dedicarsi alla faticosa e ingrata ricerca scientifica per cui necessitavano doti intellettuali particolari e beni di fortuna. Questo fu possibile particolarmente attraverso le *attività commerciali*. Anch'esse, date le nuove condizioni in cui si svolgevano, richiedevano uomini operosi, pronti al rischio e, al contempo, ottimi calcolatori, uomini capaci di intuire e prevedere le esigenze del mercato. Essi non operavano più soltanto nel mercato interno nè soltanto in quello europeo, ma tendevano ad espandere quanto più possibile il raggio d'azione dei loro traffici. E' sintomatica questa corrispondenza tra l'universalismo dello scienziato e quello del commerciante: entrambi non sopportavano barriere e limitazioni al loro attivismo. Come anche è significativa questa corrispondenza tra cultura e commercio, che tradizionalmente era considerato come un'attività poco dignitosa, per non dire sospetta. Ora invece il finanziere, il mercante, l'arti-

giano incarnano così bene come lo scienziato questa nuova figura d'uomo che vale in quanto produce ricchezza. Le altre classi sociali, l'aristocrazia e il clero, che pure erano classi privilegiate e detenevano il potere politico, erano economicamente, socialmente e culturalmente statiche, improduttive e passive. Esse rappresentavano l'uomo vecchio, l'uomo del passato per cui non vi era più posto.

Per il mercante solo la moneta possiede un autentico potere attivo di produrre ricchezza. Senza la moneta non sono possibili i traffici. E quindi l'accumulazione della ricchezza è uno dei fini fondamentali della politica nazionale (*capitalismo commerciale*).

Il denaro produce se stesso a patto di essere impiegato e quindi connesso all'attività commerciale. La classe mercantile detiene dunque il potere economico, ma ha bisogno del potere politico per essere protetta dalla concorrenza spietata nei mercati internazionali. Essa richiede dunque allo stato misure protettive della sicurezza dei traffici, quali dazi e dogane (*mercantilismo*). Al contempo non sopporta i vecchi privilegi feudali che la ostacolano nel mercato interno. Se i suoi interessi spesso si accordano con quelli della politica nazionale nei confronti dell'estero, non avviene lo stesso nei confronti della politica interna in cui si manifesta il conflitto di classe.

L'espansione degli scambi ebbe notevoli ripercussioni sul piano sociale, anche se rese l'Europa più esposta alle crisi commerciali. Provocò un aumento della domanda dei prodotti industriali europei e stimolò le invenzioni e le innovazioni nell'organizzazione industriale. L'espansione dei traffici modificò la natura del mercato interno: l'attività commerciale infatti non soltanto accresceva le ricchezze, ma tendeva anche a correggere le estreme disuguaglianze di reddito e di ricchezza. «Operava anzi come un solvente sulla distribuzione della ricchezza in società dominate dalla nobiltà terriera, aumentando l'importanza comparativa della gente dotata di redditi medi, la quale rappresentava un mercato migliore che non la gente molto povera o molto ricca per prodotti

solidi e resistenti anziché di raffinata qualità, cioè proprio per quel tipo di merci cui si addiceva la produzione a macchina» (da *The new Cambridge modern History*, vol. VIII).

L'effetto più importante dell'espansione commerciale fu dunque la ristrutturazione dell'organizzazione industriale. L'aumento della domanda, dove l'offerta di lavoro e le risorse naturali erano abbondanti, veniva coperta da un potenziamento del tipo di industria già esistente, basata sulla forma di organizzazione del lavoro a domicilio. Ma dove la manodopera e le materie prime erano scarse e le tecniche di lavorazione insoddisfacenti, fu necessario inventare nuove tecniche idonee a superare l'ostacolo delle scarsezze esistenti, tra cui la nuova tecnica di organizzazione del lavoro, cioè *la fabbrica* basata sul *principio della divisione del lavoro*. Si richiese quindi una *rivoluzione tecnologica* in cui la nuova scienza dimostrò tutta la sua potenzialità operativa, rivoluzione che in effetti si produsse nella seconda metà del 1700.

La rivoluzione tecnologica rese possibile la *rivoluzione industriale*, che ebbe effetti economico-sociali decisivi. Il capitalismo commerciale era infatti in crisi per la scarsità dei metalli preziosi su cui si appoggiava la moneta. Esso quindi era in cerca di nuove fonti di produzione. E le trovò sostituendo alla moneta il lavoro umano e convertendosi in *capitalismo industriale*. Fu superata quindi la convinzione mercantilista che la ricchezza e il suo incremento siano dovuti esclusivamente allo scambio. Fu trasferito alla sfera della produzione il potere di creare ricchezza e il sovrappiù che può essere utilizzabile per l'accumulazione. Produttivo è soltanto quel lavoro in grado di creare un'eccedenza, cioè un accrescimento della ricchezza consumata nella produzione. In effetti v'è sempre stato nella storia dell'uomo un tipo di lavoro, che ha quel grado di produttività tale da rendere possibile un'eccedenza, cioè l'agricoltura. Chi lavora la terra ottiene di solito qualcosa in più del lavoro impiegato per coltivarla. Questa eccedenza veniva attribuita non alla produttività del lavoro, ma alla natura stessa e ai suoi munifici doni. Donde la convinzione

che bisognasse lasciar operare con libertà la natura e l'idea di un ordine naturale autoequilibrantesi («La natura lasciata a se stessa condurrà all'equilibrio, allo stato di cose che corrisponde alla natura ed è più accetto all'uomo», F. Galiani). Donde la lotta per l'abolizione dei privilegi feudali e per l'imposizione di un'imposta unica sulla rendita fondiaria (*fisiocrazia*).

Quando il lavoro industriale sperimentò le nuove tecniche di produzione e di organizzazione, alla natura si sostituì - come era avvenuto nel campo della ricerca scientifica - il potere tecnologico dell'uomo che trasformava radicalmente la materia. Allora la eccedenza si attribuì direttamente alla produttività stessa del lavoro. Il valore della merce si misurò in base alla quantità di lavoro impiegato. Il lavoro umano si sostituì alla moneta, diventando il prezzo reale delle merci mentre la moneta ne rappresentava solo il prezzo nominale (A. Smith). Conseguenza ne fu che il lavoro dell'uomo come la moneta divenne merce esso stesso, cioè oggetto di appropriazione e di scambio. L'uomo divenne un bene materiale come tutti gli altri. Ciò trovava la sua giustificazione nel fatto che - come abbiamo già detto - l'uomo era considerato proprietario di se stesso e quindi poteva vendersi al migliore acquirente come anche al peggiore, dato che per sopravvivere era costretto a vendere se stesso e il proprio lavoro.

Con tutto ciò non v'è da stupirsi se la società civile assunse un volto contraddittorio e confuso. Da una parte v'erano i rappresentanti dell'antico regime organizzati in caste chiuse e impenetrabili, arroccate nei loro privilegi, ma economicamente improduttive e politicamente deboli. Dall'altra v'erano i nuovi capitalisti, dotati d'inventiva e di buone dosi di capacità imprenditoriale, che acquistavano e vendevano lavoro umano e che mal sopportavano tutti gli ostacoli giuridici, sociali e politici dell'antico regime. Costoro avevano sete di libertà, di uguaglianza e di giustizia e aspiravano al potere politico per realizzare queste loro esigenze. Ed infine v'erano coloro il cui lavoro era oggetto di acquisto e di vendita. Questi erano in balia delle leggi del mercato, di una na-

tura artificiale creata dalla scienza e dalla tecnica. Costoro non si rendevano ancora ben conto dell'origine e delle cause del loro stato ed erano portati ad ammirare l'attivismo dei capitalisti come a detestare il parassitismo dei nobili.

Questa società confusa e contraddittoria aveva bisogno di uguaglianza. L'aumento del benessere la portò a non rinnegare le matrici culturali e economiche da cui era sorta. L'uguaglianza di cui andò in cerca fu allora l'uguaglianza formale voluta dalla borghesia e dalla sua politica economica, cioè l'abrogazione delle leggi e degli oneri che limitavano la libera vendita e lo sfruttamento privato della terra, la liberalizzazione del commercio interno e l'abolizione dei diritti doganali e delle norme restrittive delle importazioni (*liberismo economico*).

Ed ora gettiamo uno sguardo riassuntivo d'insieme su questi fatti culturali, economici e sociali che sono emersi dalla storia dell'uomo durante il 1600 e il 1700 e che qui abbiamo solo sommariamente e in maniera incompleta elencato. Come definire questo tipo di società? Possiamo servirci di una generica, ma efficace, attribuzione coniata dal Macpherson: *società mercantile possessiva*. Questa società si distingue da quelle basate sulla tradizione e sullo «status» in quanto non si ha un assegnamento autoritario delle attività e delle remunerazioni. Si distingue dalla società mercantile semplice, che è una società di produttori indipendenti che effettuano solo lo scambio dei prodotti, in quanto si ha un mercato del lavoro oltre quello dei prodotti. Il lavoro dell'uomo è considerato una merce. La capacità lavorativa dell'individuo è sua proprietà personale e alienabile. Tutti gli individui cercano con mezzi razionali di massimizzare le loro utilità. Vige il regime della proprietà privata dei mezzi di produzione. Alcuni aspirano ad un livello d'utilità maggiore di quanto potere dispongono. Alcuni hanno energia, abilità e possessi maggiori di altri. Vige la legge naturale della concorrenza.

Una società del genere per sussistere richiede un controllo dei profondi conflitti che la agitano. Per vivere in essa bisogna

difendersi da essa acquistando posizioni di potere. Questa società necessita quindi di uno strumento giuridico adeguato.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

The new Cambridge modern History, vol. VIII, trad.it., Garzanti, Milano 1969; *Storia economica Cambridge*, vol. VI, Einaudi, Torino 1974; E. ROLL, *Storia del pensiero economico*, Boringhieri, Torino 1967; G. SALVEMINI, *La rivoluzione francese*, Feltrinelli, Milano 1965; C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Isedi, Milano 1973.

3 - La situazione giuridica

La situazione giuridica dell'Europa di quegli anni era lo specchio fedele di questa confusione sociale, economica e culturale. Dal punto di vista giuridico la società conservava ancora una struttura feudale. Questo è una conferma del fatto che il diritto si accompagna sempre alla politica. Abbiamo infatti detto che il potere politico era ancora in mano alle classi feudali e allo assolutismo della monarchia. Vale a dire che il diritto era in larga parte fondato sulla tradizione e sulla consuetudine con interventi episodici e non coordinati di disposizioni regie spesso dettate da interessi particolaristici e cieche di fronte ad un'organica politica legislativa. L'organizzazione della società in «status» sembrava ancora la difesa migliore contro il dispotismo, ma questa difesa riguardava gruppi improduttivi e socialmente parassitari. Gruppi quindi che non meritavano più quella tutela giuridica in cui per secoli si erano avvolti. Vivere nel regime giuridico dello «status» significava nascere con certi privilegi invece di altri a seconda della famiglia di appartenenza così come si nasce con un temperamento invece di un altro. Il proprio stato era corredato da particolari diritti e doveri ormai così radicati da essere ritenuti «naturali». I nobili e il clero, oltre ad esercitare veri e propri diritti sovrani nei

confronti dei loro sottoposti, godevano di un'autonomia e di prerogative rilevanti anche nei confronti del sovrano. Una, e forse la più importante, di queste prerogative è costituita dalle immunità tributarie. Notiamo per inciso che sono spesso i problemi fiscali a costituire la causa scatenante delle rivoluzioni. Le esenzioni fiscali erano giustificate nel medioevo dalla considerazione che i nobili servivano il re prestando gratuitamente il servizio militare e cacciavano la selvaggina che rovinava i raccolti, gli ecclesiastici pregavano per la prosperità del popolo, e la plebe pagava le spese della pubblica amministrazione. Ma ora, nella Francia della seconda metà del 1700, queste condizioni, che in parte giustificavano le immunità, erano venute meno. L'erario aveva bisogno di ingenti entrate e non poteva far altro che rivolgersi su chi non poteva pagare e non era in grado di difendersi, aumentando le imposte indirette. Dalle imposte dirette (taglia, capitazione, vigesime) gli ordini privilegiati erano esenti o riuscivano a sfuggire. Altre odiose sopravvivenze del medioevo erano la decima ecclesiastica sui prodotti della terra e i diritti feudali (ad es., pedaggi sulle strade e sui ponti, monopoli come il diritto esclusivo di caccia, di pesca, etc., prestazioni gratuite di lavoro, cioè le *corvées*) che gravavano specialmente sulla popolazione delle campagne.

Non meno confuso era nella Francia dell'epoca l'ordinamento amministrativo e giudiziario.

«I nuovi ordinamenti amministrativi erano stati messi su a pezzi e a bocconi, senza alcun piano preordinato, secondo che gli antichi feudi erano stati incorporati nel regno demanio. Perciò v'erano intendenze, che contenevano due milioni di abitanti, e intendenze che ne contenevano duecentomila. La divisione giudiziaria non corrispondeva alla divisione amministrativa, e questa non combaciava con la divisione ecclesiastica. Le imposte cambiavano di peso e di forma da una provincia all'altra, spesso da un luogo all'altro della medesima provincia. Le città e le regioni conservavano gelosamente le loro

franchigie medievali. Non solo la Francia era divisa dagli altri paesi per via di barriere doganali, ma ogni provincia aveva le sue dogane; e queste dogane provinciali, insieme ai 1500 pedaggi riscossi sui fiumi, ponti, strade, a profitto del re, dei signori feudali, delle chiese e abbazie, delle città e corporazioni, rallentavano i trasporti e richiedevano enormi spese di esazione; e queste andavano naturalmente a carico delle merci. Nonostante gli sforzi perenni dei re per unificare il diritto civile e penale, non esisteva nessuna omogeneità legislativa; convivevano e si contraddicevano trecentosessanta codici consuetudinari locali. Nessuna unità di pesi e di misure. Dovunque era uno scontrarsi di autorità antiche e recenti, di tribunali amministrativi, finanziari, militari, ecclesiastici, corporativi, cittadini, feudali, in cui le funzioni più svariate si intralciavano e si confondevano, producendo una giustizia tarda, costosa, difficile, minacciata sempre di perdersi nel labirinto delle leggi contraddittorie, o di stroncarsi nelle revoche, negli appelli, nei contrappelli, in tutti i mille trabocchetti della procedura. Nella sola Bretagna, verso il 1789, c'erano circa 2500 tribunali feudali con 3500 giudici», (da *La rivoluzione francese* di G. Salvemini).

Questa situazione giuridica è stata definita una situazione di *particolarismo giuridico*, cioè mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme delle leggi vigenti in una data sfera spazio-temporale. In generale però si può dire che la base fondamentale dei vari regimi giuridici era quella del *diritto comune*.

Per «diritto comune» s'intende un diritto intermedio nato dall'incontro della codificazione giustiniana, del diritto canonico e del cosiddetto diritto particolare (come il diritto longobardo, il diritto feudale, la legislazione statutaria, etc...). Per quanto la nostra cultura giuridica debba molto al diritto comune, tuttavia esso era molto meno comune di quanto si possa pensare poiché le

sue fonti non sempre avevano lo stesso peso e spesso non erano usate e interpretate allo stesso modo. E tutto ciò nell'ambito dello stesso stato. Nel mezzogiorno della Francia, ad esempio, vigeva il diritto romano derivante dal *Codex theodosianus* mentre nel nord vigeva a titolo di diritto comune un diritto consuetudinario di origine germanica. La nozione di diritto comune assunse perciò un significato relativo, esso designò quel diritto che si applica a tutti salve le deroghe costituite dalle leggi particolari come quelle proprie dei vari luoghi o riguardanti particolari tipi di persone o di beni o di rapporti. Così quel diritto che rispetto ad una legge particolare è comune può essere considerato a sua volta particolare rispetto ad un diritto comune più ampio. Per questo si può parlare di «particolarismo» e di «mancanza di unità giuridica».

A questa base ben poco «comune» bisogna aggiungere gli interventi legislativi dei sovrani, interventi sporadici, non scaturiti da un piano organico di politica legislativa, spesso dettati da interessi particolaristici, e che quindi aggiungeva privilegi a privilegi. Tutto ciò aveva un influsso sulla struttura stessa delle norme giuridiche. Le norme si dirigevano a soggetti particolari (ad es., al clero, ai nobili, ai contadini o ai mercanti) ed avevano per oggetto non già comportamenti tipici ma concrete azioni circostanziate (ad es., era vietata la caccia in un dato territorio e per particolari persone; l'omicidio del nobile, se compiuto dal contadino, era punito in maniera diversa che se compiuto da un suo pari).

Questa confusione aumentava, assumendo dimensioni più drammatiche, nel campo del diritto penale. Anche qui si distingueva un diritto penale comune da un diritto penale particolare. La disciplina criminale era frammentaria e contraddittoria. Mancava una politica criminale coerente. Non v'era proporzione tra pena e reato. Era difficile per il giudice, data la grande varietà delle pene, individuare la sanzione da applicare. Ciò dava luogo all'arbitrio nella giustizia penale. «L'insieme del diritto criminale e delle procedure criminali incominciavano ad apparire, agli inizi del secolo XVIII, come una macchina tanto misteriosa e imprevedibile

quanto pericolosa e tremenda» (da *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII* di G. Tarello).

Conseguenza di tutto ciò era uno stato d'incertezza sulla titolarità dei diritti e di risulta anche un'insicurezza relativamente alla loro tutela. Maggiormente danneggiati da questa situazione erano non solo gli sfruttati e quelli che vivevano in uno stato di minorità giuridica cioè privi di diritti, ma soprattutto i titolari di diritti reali di godimento dei beni immobili non costituiti da diritti feudali.

Che questo regime giuridico fosse ingiusto non v'è dubbio, ingiusto perchè oppressivo e disuguale. La disuguaglianza è sempre fonte d'ingiustizia. Tuttavia non qualsivoglia uguaglianza è giustizia. E ciò non sempre era chiaro ai riformatori settecenteschi. Inoltre il diritto comune con tutti i suoi odiosi privilegi aveva un pregio ereditato dalla saggezza giuridica romana. Esso cercava di dirigere i comportamenti umani quanto più da vicino, accostandosi il più possibile alla particolarità dell'azione. Ciò evidentemente implicava una rivalutazione del *diritto giudiziale* e un'attenzione per l'opera interpretativa dei giuristi. Ma fu proprio la passività e il conservatorismo del ceto giuridico, che era espressione di un'aristocrazia di recente creazione (la nobiltà di toga) formata da ricchi borghesi che avevano acquistato dal re il titolo nobiliare, ad aggravare ed esasperare la disuguaglianza giuridica. D'altronde questo stato di confusione legislativa era guardato con favore dai giuristi pratici contrari ad ogni semplificazione del diritto. La loro propensione al formalismo e al conservatorismo era una difesa delle loro stesse posizioni di potere, poiché in quella confusione legislativa il profano non poteva essere in grado di orientarsi da solo. Doveva affidarsi ciecamente all'opera del giurista. Al contrario le tendenze delle scuole giuridiche e dei riformatori andavano decisamente verso un'opera di razionalizzazione della situazione giuridica, mediante tecniche nuove in grado di tradurre in forma giuridica quelle idee politiche e sociali che abbiamo esposte e quelle posizioni reali di potere che già si deli-

neavano all'interno della società.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1961; F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano 1951; P. S. LEICHT, «Diritto intermedio», in *Nuovissimo Digesto italiano*, Utet, Torino 1960, V, pp. 874-881; G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Clug, Genova s.d.-.

CAPITOLO SECONDO

LE CARATTERISTICHE DELLA LEGGE

È stata l'affermazione politica della borghesia, affermazione che ha il suo momento emblematico nella Rivoluzione francese, a dare una dimensione ideologica (cioè operativa) alle idee filosofiche e politiche proprie dell'illuminismo. Questa vittoria aveva bisogno di essere mantenuta e rafforzata mediante un mutamento della situazione giuridica. Lo strumento privilegiato di questa operazione è appunto la codificazione. Il nuovo tipo di legge giuridica è il portato di tutti questi elementi che abbiamo elencato. Non si può comprenderla (e quindi interpretarla) se non si tengono presenti sia la situazione giuridica preesistente che le condizioni economico-sociali che la determinano e i valori socio-politici che la ispirano. E tuttavia essa è uno strumento, il più raffinato prodotto della tecnologia applicata al mondo umano e sociale. Un prodotto artificiale che imita la natura così perfettamente da sostituirsi completamente ad essa. Così il *positivismo giuridico* (teoria che sostiene che non v'è altro diritto che quello positivo) si sostituisce al *giusnaturalismo* (teoria che sostiene che il diritto naturale è vero e proprio diritto valido) in quanto la legge positiva è considerata uno strumento più perfezionato di quella naturale e quindi tale da soppiantarla completamente. Ed è uno strumento innanzi tutto per la sua natura costitutiva. Essa è infatti concepita - l'abbiamo già visto - come un atto della ragione stru-

mentale. La legge positiva è il risultato del calcolo di interessi contrapposti. In essa è la stessa ragione che parla, svolgendo la sua saggia opera di mediazione. Gli autori della codificazione napoleonica avevano la convinzione di avere codificato le immutabili leggi della ragione senza aggiungervi niente di proprio (*giusnaturalismo ideologico*). Tuttavia questa ragione, essendo concepita come un potere soggettivo, era irrimediabilmente corrotta dalle passioni e dai calcoli egoistici, per cui il solo autentico interprete delle leggi della ragione è il sovrano (la volontà generale di Rousseau) che mediante il suo potere politico rende effettiva la uniformità e l'universalità di tali leggi. La legge viene dunque concepita anche come *comando* del legislatore. Questa considerazione della legge finisce per assorbire in sé tutte le altre (positivismo giuridico).

La legge è quindi insieme atto della ragione e atto della volontà (ma non dimentichiamo di quale ragione e di quale volontà si tratta). È stato Rousseau il teorico più significativo del nostro concetto di legge. Egli è riuscito a conciliare la razionalità delle leggi con la loro imperatività, utilizzando il *volontarismo giuridico* a fini democratici e non assolutistici come aveva fatto Hobbes. La volontà sovrana è per Rousseau *generale* sia perchè promana da tutti i cittadini sia perchè si riferisce a problemi che riguardano l'intera comunità ed è diretta a porre tutti i cittadini su un piano d'uguaglianza senza privilegi per nessuno.

Per comprendere meglio il nostro concetto di legge giuridica dobbiamo dunque osservarne sia la posizione nei confronti delle altre fonti del diritto (*aspetto esterno*) che le sue caratteristiche proprie (*aspetto interno*). Bisogna tenere presente che il fine primario della legge è la difesa dal dispotismo e dall'arbitrio. Se dispotismo è essere soggetti alla volontà arbitraria di un uomo, non v'è dispotismo quando si è soggetti ad una volontà razionale. Il cittadino è soggetto quindi solo alla sovranità impersonale della legge. Abbiamo già detto che secondo Rousseau - come anche per Voltaire e Montesquieu - si è liberi solo quando si è soggetti

alle leggi e non agli uomini. Da ciò derivano queste caratteristiche di ciò che abbiamo chiamato «aspetto esterno» della legge:

1) Prevalenza della legge come fonte del diritto

La legge giuridica codificata si sostituisce completamente alle fonti originarie del diritto comune, perchè essa si presenta come uno strumento più rispondente a quell'opera di razionalizzazione della società che appariva estremamente urgente. In particolare la legge si oppone alla consuetudine come fonte tradizionale di diritto. Rispetto alla consuetudine la legge ha il vantaggio di servire molto meglio alle istanze riformistiche e rivoluzionarie. Il diritto consuetudinario, che per la sua stessa natura è legato ad un lungo decorso di tempo, è un diritto statico, che esprime la struttura attuale (se non quella passata) della società. Esso non è creativo. La legge invece è *fonte attiva di diritto*, è creatrice di diritto. Essa è quindi uno strumento più adeguato per quell'uomo attivo e dominatore della natura come della società. E' naturale che essa prevalga su tutte le altre fonti. Si tratta non solo di una *superiorità funzionale* della legge ma anche di una *superiorità morale*. Vale a dire che l'uomo non riconosce altri obblighi giuridici se non quelli fondati dalla legge e sulla legge. Tutto il resto sa di dispotismo, disuguaglianza e ingiustizia. Questa prevalenza della legge si risolve in una *superiorità strutturale*, vale a dire che, quando in un dato ordinamento giuridico vi sono più fonti, queste sono gerarchicamente ordinate e la legge occupa il primo posto.

Ricordiamo che l'art. 15 disp. prel. del nostro codice civile vigente dispone che «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori». Si esclude così l'efficacia abrogativa delle consuetudini. E l'art. 8 dispone che «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati ».

La codificazione decretò quindi l'eliminazione o il declassamento del diritto consuetudinario.

2) L'onnipotenza del legislatore

Abbiamo detto che la legge è uno strumento e che è un atto di volontà. Combinando i due elementi essa ci appare come un prodotto della volontà del legislatore. La supremazia della legge era destinata inevitabilmente a mostrare il suo vero volto di supremazia del legislatore. Il comando è infatti la manifestazione di una volontà personale, mentre la consuetudine è una manifestazione spontanea di una volontà impersonale. Questa considerazione della legge, che è propria della *teoria imperativistica*, si trova già nel diritto romano, ma nel nuovo contesto politico e sociale essa assume un significato ben diverso. La «volontà» del legislatore è quella dello stato moderno. E' una volontà onnipotente in grado di farsi ubbidire con la sola minaccia delle sanzioni. Ed è onnipotente perchè ha il monopolio dell'uso della forza. Il fatto che il contenuto dei comandi possa essere derivato anche da una legge naturale assume una rilevanza secondaria di fronte al fatto che è la volontà del legislatore a dare a questo contenuto forza normativa.

Passiamo ora a considerare gli aspetti interni della legge, cioè le sue caratteristiche essenziali:

1) Generalità e astrattezza

Una norma è generale quando è universale rispetto al destinatario, cioè quando si rivolge ad una classe di persone. E' astratta quando è universale rispetto all'azione, cioè quando regola una classe di azioni (tipicità dell'azione).

Questa caratteristica della legge è diretta evidentemente a eliminare la presenza di privilegi e di disuguaglianze di trattamento. In particolare, la generalità di una norma tende a realizzare il valore *dell'uguaglianza*. La legge si rivolge alla totalità dei cittadini, non a questo o a quel cittadino, ed è quindi «uguale per tutti». Quest'uguaglianza è evidentemente quella *formale*: tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge. Invece la caratteristica dell'astrattezza serve ad attuare un altro fine dell'ordinamento giuridico: il fine della *certezza*. Il principio giuridico della certezza consiste nella determinazione definitiva degli effetti che lo ordinamento giuridico attribuisce ad un dato comportamento, in modo che il cittadino sia in grado di sapere in anticipo le conseguenze della propria azione. Un regime di diritto giudiziale, in cui il giudice regoli i comportamenti caso per caso, può ben difficilmente assicurare la certezza del diritto, che invece viene maggiormente tutelata quando la norma regola un'azione-tipo in cui sono incluse tutte le azioni concrete appartenenti a quel dato tipo d'azione.

Generalità e astrattezza sono quindi due caratteristiche tipiche della natura della nuova legge giuridica, caratteristiche con cui si mira a realizzare un valore politico (l'uguaglianza) e a combattere un disvalore giuridico (l'incertezza e l'insicurezza dei rapporti giuridici).

2) Poche leggi, chiare, semplici, pubbliche, scritte

Abbiamo già accennato al fatto che quando si parla di «legge» ci si riferisce sia ad una singola disposizione normativa (qual è, ad es., l'articolo di un codice ed allora preferiamo parlare di «norma») che a quel complesso di disposizioni che regolano una determinata materia. Ora, proprio il carattere generale e astratto della legge implica che le norme relative ad una data materia siano quelle strettamente indispensabili, non una di meno nè una di

più. Anche questa è una garanzia della certezza del diritto e di un'uniforme politica legislativa. Di fronte ad una proliferazione disordinata di norme il cittadino non sa più prevedere le conseguenze dei propri comportamenti e deve necessariamente rivolgersi ad esperti del diritto, che diventano gli intermediari indispensabili tra legislatore e cittadini. Questo fenomeno, a cui noi oggi assistiamo, è chiamato *elefantiasi legislativa*. E' indice di una profonda crisi degli ideali originari della codificazione e di quell'opera di razionalizzazione della società che essa si prefiggeva. In verità si è cercato di sopperire alle difficoltà di guidare con una norma astratta un'azione concreta mediante lo sforzo di prevedere a livello legislativo tutte le varietà possibili di comportamenti sociali. Ma, quand'anche si riuscisse a ciò, resterebbe il fatto che la particolarità e l'individualità di un'azione è inattuabile da una norma che per definizione si pone ad un diverso livello.

Le leggi devono essere chiare e semplici. Anche queste caratteristiche tendono a stabilire un rapporto diretto tra legislatore e cittadino. Una legge oscura nella formulazione richiede l'intervento di un interprete, che sarà tanto più libero nella ricerca dei significati della norma quanto più essa è imprecisa. In claris non fit interpretatio. La chiarezza della legge è una garanzia non solo del cittadino, ma soprattutto del legislatore che in tal modo tende a togliere all'attività interpretativa una funzione creativa che adombrerebbe la sua onnipotenza e, quindi, la prevalenza della legge rispetto alle altre fonti del diritto.

La «semplicità» indica che la legge deve essere di facile applicazione, non deve essere troppo elaborata dal punto di vista tecnico e, soprattutto, non deve essere ridondante, cioè contenere inutili ripetizioni. La sua forma deve quindi essere lapidaria, precisa e esaustiva.

Va da sé che solo una legge scritta e pubblica consente di realizzare queste condizioni e può essere realmente una guida sicura dei comportamenti dei cittadini.

Come si può notare, queste caratteristiche della legge, che sembrerebbero dettate unicamente dal buon senso, sono in realtà la configurazione di un nuovo tipo di legge positiva meno articolato e più rigido del precedente, ma più capace di realizzare la certezza del diritto e l'uguaglianza formale. Questo buon senso è tipicamente cartesiano..

3) Coerenza dell'ordinamento normativo

L'oscurità del dettato normativo e l'insicurezza dei rapporti sociali non sono gli unici motivi d'incertezza e di disordine giuridico. Una legge giuridica è un complesso di disposizioni normative organizzate intorno a principi ispiratori. Il diritto si presenta così come un ordinamento di norme, cioè complesso di norme ordinate. Perchè si possa parlare di ordine tra le norme è necessario che esse siano in un determinato rapporto tra loro, cioè almeno in un rapporto di coerenza.

Un sistema di leggi è incoerente quando vi sono almeno due norme tra loro incompatibili. Il diritto è considerato come un sistema e, perchè si possa parlare di sistema, è necessario che almeno non vi sia alcuna contraddizione interna tra le varie norme giuridiche che lo compongono.

Varie e molteplici sono le forme e i modi in cui due norme valide possono contraddirsi per il loro contenuto. Questa incompatibilità dà luogo al cosiddetto *problema delle antinomie*. La presenza di antinomie è un difetto giuridico che è necessario eliminare perchè impedisce la realizzazione di quei valori per cui è apprestato l'ordinamento (cioè la certezza, l'ordine e la pace sociale). Se la stessa materia è regolata in modo contraddittorio, il cittadino non sa più come comportarsi nè può prevedere le conseguenze del suo comportamento. D'altra parte la volontà del legislatore è concepita come onnipotente e razionale, ciò vuol dire che essa può volere tutto tranne la contraddizione. Donde la con-

vinzione che le antinomie non possono essere volute dal legislatore e quindi sono «apparenti».

I diversi criteri per risolvere le antinomie apprestati dalla giurisprudenza non sono quindi considerati come un intervento dell'interprete che corregge l'atto d'incoerenza del legislatore, ma come un'eliminazione di ciò che il legislatore non poteva volere, cioè la contraddizione. Il postulato della coerenza assume così una dimensione ideologica e un significato puramente formale. Questi aspetti vengono particolarmente in luce non solo di fronte alle *antinomie insolubili*, ma anche di fronte al *contrasto tra principi* ispiratori dell'ordinamento più che tra singole disposizioni. Vi sono dei casi infatti in cui le antinomie non possono essere risolte ed allora, essendo entrambe le norme valide, bisogna ammettere che il sistema non è coerente almeno in questo punto. L'interprete riacquista così la libertà di scelta in tutta la sua pienezza. In altri casi il contrasto tra norme incompatibili può essere prodotto da un'incompatibilità più profonda tra i principi ispiratori dell'ordinamento. Si parla in questo caso di *antinomie di principi*. Il che si verifica specialmente quando ad una codificazione originaria si aggiungono nel decorso del tempo leggi speciali spesso emanate in un clima politico mutato. Così vi sono antinomie di principi tra vecchio e nuovo diritto che si verificano dopo le rivoluzioni. Ma, siccome i principi dettano anche i criteri per interpretare le singole disposizioni, può avvenire che norme prima compatibili diventino in seguito, alla luce dei nuovi principi, incompatibili e viceversa. La mera coerenza è una regola di giustizia formale valevole solo all'interno dell'ordinamento, perchè le antinomie di principi non sono risolvibili che su un piano prettamente politico. Ma se esse ciononostante continuano a sussistere, la necessità della scelta politica si trasferisce all'interno stesso del sistema, poiché solo la decisione di privilegiare l'uno o l'altro principio può ripristinare la coerenza formale.

4) La completezza dell'ordinamento normativo

La coerenza di un sistema di norme è l'ovvia conseguenza della razionalità del legislatore. La completezza di tale sistema è la più logica conseguenza della sua onnipotenza. Un ordinamento normativo è completo quando il giudice può sempre trovare in esso una norma per regolare qualsiasi caso gli si presenti o, meglio, non c'è caso che non possa essere regolato con una norma tratta dal sistema.

Questa caratteristica della completezza è legata strettamente al dovere imposto al giudice di giudicare ogni caso in base ad una norma del sistema. Non avrebbe senso imporre un dovere del genere se non si ritenesse il sistema completo, cioè avente una regola per ogni caso (*dogma della completezza*). Questa convinzione è dettata da fattori ben precisi e facilmente intuibili. Precisamente si tratta di riaffermare la prevalenza della legge sulle altre fonti del diritto e quindi la si ritiene «completa». Se la legge non fosse «completa», allora l'onnipotenza del legislatore sarebbe posta in pericolo perchè il giudice potrebbe ricorrere a regole extralegislativa per completarla. Tuttavia il dogma della completezza della legge non significa che questa non abbia *lacune*. Ciò è inevitabile vista la varietà e mutevolezza della vita sociale. Ma significa che queste lacune sono «apparenti», perchè o non esistono o possono e debbono essere colmate con criteri tratti dallo stesso sistema normativo.

Si sostiene da alcuni che se un caso non è previsto dall'ordinamento normativo vuol dire che è per esso irrilevante e che un comportamento non regolato è evidentemente permesso. L'ordinamento va interpretato come contenente una norma generale di libertà per cui tutto ciò che non è regolato è permesso (*principio della libertà nel silenzio della legge*). Questa concezione è tipicamente liberale: dove la legge non interviene, si è liberi di fare ciò che si vuole. Questo implica che l'interprete deve usare lo *argomento a contrario*, cioè dal fatto che il caso non è espressa-

mente regolato inferire che è permesso. Tuttavia non si dà quasi mai questa assenza totale di regolamentazione. Non esiste quasi mai alcun caso della vita per cui si possa dire che è totalmente non previsto dalla legge. Spesso il caso espressamente non regolato presenta una somiglianza parziale con una fattispecie legale. Allora bisogna scegliere se escludere o includere, se applicare l'argomento a contrario o quello *a simile*. E qui propriamente abbiamo una lacuna.

Accanto alle antinomie solubili vi sono dunque le lacune colmabili. Il processo mediante cui si completa un ordinamento lacunoso viene chiamato «*integrazione*» (Carnelutti). Si distingue tra eterointegrazione, quando il metodo di integrazione fa ricorso ad ordinamenti diversi (ad es. il diritto naturale) o a fonti diverse (ad es. la consuetudine) e autointegrazione quando si trae dalla stessa legge la regolamentazione dei casi non previsti (*metodo dell'analoga, ricorso ai principi generali del diritto*). In questo caso il dogma della completezza si trasforma in quello della **completezza interna dell'ordinamento giuridico**. E' questa una concessione che il positivismo giuridico è stato costretto a fare alla mutevolezza della storia e dei rapporti sociali senza peraltro rinnegare i valori della certezza e dell'uguaglianza nè rinunciare al predominio della legge tra le fonti di diritto. Tuttavia la presenza di lacune, come già quella delle antinomie, mette in luce le prime difficoltà che incontra il nuovo tipo di legge giuridica.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Giuffrè, Milano 1970; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, CLUT, Torino s.d.; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958; N. BOBBIO, *Teoria dello ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960; G. LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, Giuffrè, Milano 1973.

CAPITOLO TERZO

L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE E LA SUA STORIA

Credo che a questo punto siamo in possesso di tutti gli elementi strettamente indispensabili per comprendere la natura, la struttura e la funzione della nostra legge giuridica. Dai tempi delle prime codificazioni ad oggi questo strumento di controllo sociale ha evidentemente conosciuto mutamenti di rilievo, alcuni miti che su di esso erano fioriti sono crollati, sono sempre più emerse le sue imperfezioni come anche è stato possibile ovviare ad alcune di esse. Se dobbiamo dare un giudizio puramente tecnico, e non valutativo, possiamo dire che in quanto strumento questa legge ha retto bene la prova dei tempi e mostra di godere ancora buona salute. Ma la ragione di ciò si deve ascrivere principalmente al fatto che quei valori politici e sociali, nonché culturali, che hanno ispirato la codificazione non sono tramontati. Ad essi altri se ne sono aggiunti, tuttavia sono sempre i primi ad avere la maggiore incidenza sul piano giuridico.

Abbiamo così descritto l'oggetto a cui si rivolge l'interpretazione giuridica. Se interpretare vuol dire cercare e attribuire un significato, bisogna rendersi ben conto della natura e delle caratteristiche dell'oggetto da interpretare. Chi si accinge ad eseguire una sonata di Beethoven deve non solo conoscere la musica, avere padronanza dello strumento da suonare e della tecnica d'esecuzione, ma anche comprendere lo spirito dell'arte beethoveniana

per riuscire a ben interpretare il pezzo in questione. Ebbene, il codice è lo spartito dell'interprete del diritto. I segni grafici, cioè le parole della legge, sono le note. Bisogna saper leggere questa musica. I segni della legge consistono in *enunciati linguistici di tipo imperativo*. Ma i segni sono veicoli che conducono al significato, che è il vero e proprio *oggetto dell'interpretazione*. La maniera di mettere insieme questi segni, dando l'accentuazione ora all'uno ora all'altro secondo i casi al fine di ricavare da essi un significato, è il *metodo dell'interpretazione*. Questo metodo comprende in sé vari procedimenti e varie tecniche di argomentazione (così come l'esecuzione musicale deve tener conto delle possibilità che offre lo strumento da suonare). E' evidente che il metodo muta a seconda dell'importanza che si dà alle varie tecniche che lo costituiscono.

Il problema dell'oggetto e quello del metodo rientrano nella interpretazione intesa come *attività*. Il risultato di tale attività è il *prodotto* dell'interpretazione. Questo prodotto ha una funzione che dipende dal ruolo del soggetto che interpreta, così come in un'orchestra vi sono diversi strumenti e diversi esecutori. Il direttore d'orchestra è il legislatore, che, quando definisce come una norma deve essere interpretata, crea con ciò stesso diritto cioè una nuova norma (*interpretazione autentica*). Quando l'interprete è un giurista, il risultato è *l'interpretazione dottrinale o scientifica*. Quando l'interprete è un giudice, il risultato è la *interpretazione giudiziale* che è detta di solito *applicazione del diritto* per sottolineare che il giudice non crea diritto ma applica il diritto preesistente.

E' ovvio che la profonda *rivoluzione giuridica* che abbiamo descritto porti con sé anche nuove direttive riguardo all'interpretazione. L'interpretazione della legge, specie nel suo aspetto giudiziale, è parte integrante e costitutiva del nuovo diritto. Il che è perfettamente normale, perchè un'opera legislativa non è una proclamazione di nuovi principi (come spesso sono state le «carte dei diritti»), ma una ristrutturazione giuridica dei rapporti sociali.

Ha quindi una portata operativa che viene assicurata dall'interpretazione. L'onnipotenza del legislatore e la prevalenza della legge sarebbero frustrate in sede operativa, se non estendessero le ramificazioni del loro potere sull'attività interpretativa sottoponendola ad un rigido controllo. Nell'esecuzione dello spartito le improvvisazioni o sono vietate o sono strettamente controllate.

In regime di codificazione sono state dunque elaborate nuove teorie dell'interpretazione. Le matrici fondamentali di queste teorie si trovano, già all'inizio del sec. XIX, presenti nelle due grandi scuole di giurisprudenza: la Scuola dell'esegesi e la Scuola storica. Da esse noi trarremo i caratteri generali di quella teoria dell'interpretazione giuridica, che fa ancora testo nella nostra dogmatica e nella nostra prassi giudiziaria e che sarà definita in termini valutativi «logicismo giuridico».

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1955; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano 1971; F. VIOLA- V. VILLA - M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo 1974.

1 - La Scuola dell'esegesi

Gli illuministi mostrarono in generale una profonda diffidenza nei confronti dell'attività interpretativa. «Interpretare la legge è quasi sempre corromperla», diceva Voltaire. Essi erano principalmente colpiti dall'arbitrio dei giudici e dall'oscurità capziosa delle sentenze degli esperti di diritto. Addirittura lo stesso termine «interpretare» era diventato sinonimo di «creare diritto» -come nota il Cattaneo.

«Interpretare vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e indagare cosa il legislatore

avrebbe verosimilmente deciso nel tale o nel talaltro caso, su cui non parla chiaramente la legge. Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto e quel più è la misura della facoltà legislatrice che si arroga il giudice » (da *Sulla interpretazione delle leggi* di Pietro Verri).

Per queste ragioni i riformatori del Settecento auspicavano una rigida subordinazione del giudice alla legge ed ammettevano solo un'interpretazione letterale. Tuttavia vi furono alcuni, più moderati (come Rousseau e Muratori), che erano disposti a concedere al giudice una certa discrezionalità nella decisione. Ma nè gli uni nè gli altri potevano immaginare che la supremazia della legge sarebbe stata in realtà l'onnipotenza di un legislatore, che avrebbe spacciato per leggi della natura e della ragione i dettami della propria volontà. In effetti un'eliminazione totale del regime di diritto comune, quale quella che gli illuministi richiedevano, poteva essere realizzata solo da un legislatore espressione di uno stato così potente da assumere decisamente il monopolio del diritto. Il Codice napoleonico del 1804 fu il risultato di ciò. La sua lunga preparazione diede modo di travasare in esso le ideologie illuministiche, ma fu la volontà del legislatore a dare ad esse vita e, spesso, ad attuarle con rigida consequenzialità. E ciò avvenne tra l'altro proprio in tema d'interpretazione. L'art. 4 di detto codice dispone:

«Il giudice che ricuserà di giudicare sotto pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge potrà essere processato come colpevole di denegata giustizia».

Si vincola quindi il giudice a risolvere ogni controversia che gli è sottoposta. Si voleva così evitare una prassi giudiziaria del tempo della Rivoluzione, per cui, quando il giudice non disponeva di una precisa norma legislativa, rinviava gli atti al potere legislativo per la decisione, ricorrendo così all'interpretazione autentica. Ciò sembrava un ossequio al principio della separazione

dei poteri, anche se a tutto vantaggio del legislatore che si faceva giudice affinché il giudice non si facesse legislatore. Tuttavia questa prassi non sembra in linea con i principi illuministici perchè una norma emanata in occasione di un caso concreto ben difficilmente può conservare quei caratteri della generalità e della astrattezza, che sono essenziali al nuovo tipo di legge giuridica. Si rischiava così di ricadere in una situazione di privilegi e di disuguaglianze. L'art. 4 è diretto proprio ad evitare tutto ciò, vincolando il giudice a decidere in ogni caso.

Tuttavia bisognava fornire al giudice criteri con cui decidere in caso di oscurità, insufficienza o silenzio della legge, e l'art. 9 del Libro preliminare del progetto dava un potere creativo al giudice, consentendogli di far ricorso al diritto naturale. Esso così disponeva:

«Nelle materie civili, il giudice, in mancanza di leggi precise, è un ministro di equità. L'equità è il ritorno alla legge naturale e agli usi accolti nel silenzio della legge positiva».

Ma quest'ultimo articolo fu eliminato dal testo definitivo. Questa soppressione fece mutare il significato dell'art. 4, che non venne più inteso nel senso voluto dai compilatori del codice, cioè come imposizione al giudice di decidere in ogni caso e come attribuzione di un potere creativo nella decisione, ma venne inteso nel senso che si dovesse sempre ricavare dalla legge stessa la norma per decidere di ogni controversia (*principio della completezza della legge e autointegrazione dell'ordinamento*).

Su questa base sorse una scuola di giuristi, interpreti del Codice napoleonico, i quali elaborano un metodo interpretativo rispettoso del dogma della completezza. Essi erano convinti della assoluta identificazione tra diritto e legge. Nel Codice napoleonico è contenuta la stessa legge della ragione. E quindi esso si è sostituito completamente alle vecchie leggi e contiene la soluzione di tutti i problemi giuridici (*feticismo della legge*). L'unico problema del giurista è quindi quello di elaborare un metodo interpre-

tativo che consenta al testo legislativo di esprimere ciò che già contiene. Fedeltà alla legge significò allora culto del testo legale ed esegesi della formula legislativa.

L'interpretazione dottrinale rispettava l'ordine stesso delle materie così come erano disposte nel Codice in articoli, titoli e libri. L'opera interpretativa del giurista assunse così la forma del «*commentario*» quando - come nel primo periodo della Scuola - rispettava integralmente tale ordine, o la forma del «*trattato*» quando veniva rispettato l'ordine dei titoli e non quello degli articoli.

Le regole fondamentali del metodo esegetico sono dirette a cogliere *l'intenzione del legislatore (interpretazione soggettiva)* e sono prevalentemente regole grammaticali, a cui si affiancano quelle di un'interpretazione logica intesa in senso psicologico al fine di escludere le «apparenti» antinomie. Allora si fa uso dei principi generali del diritto, della logica formale e dell'analogia. Questi mezzi sono diretti a cogliere la cosiddetta «volontà del legislatore». Il prodotto dell'interpretazione era «giusto», e quindi l'interpretazione esatta, solo in quanto essa rispettava tale volontà. Da ciò la prevalenza di metodi di tipo storico-psicologico (quali il ricorso ai lavori preparatori) che d'altronde non favorivano per nulla l'evoluzione del diritto e il suo adeguamento alle mutevoli condizioni sociali, ma davano luogo ad un'interpretazione statica e conservatrice..

E vero che non sempre la volontà del legislatore era palese e manifesta. Quando non risultava chiara dal testo legislativo la volontà *reale* del legislatore, se ne ricercava la volontà *presunta*. Questa finzione giuridica era un'arma a doppio taglio: poteva servire egualmente o ad eliminare ancora più drasticamente ogni tentativo di eterointegrazione ovvero ad introdurre elementi evolutivi, pur salvando apparentemente il dogma dell'onnipotenza del legislatore.

La Scuola dell'esegesi, che ebbe circa un secolo di vita, produsse effetti rilevanti nella mentalità dei giuristi e dei giudici.

Tuttavia, man mano che ci si allontanava dal legislatore storico, all'interpretazione fondata sulla volontà del legislatore venne sostituita quella fondata sulla *volontà della legge (interpretazione oggettiva)*, che evidentemente consente una *interpretazione evolutiva*. Nelle tre fasi, corrispondenti a tre generazioni di giuristi, che quella Scuola attraversò, essa si distaccò progressivamente sempre più dall'aspetto soggettivo della legge giuridica, dalla intenzione del legislatore si passò alla volontà oggettiva della legge. Tuttavia mai i seguaci di questa Scuola abbandonarono il culto del testo legislativo, che anzi assumeva sempre più una autonomia dalla storia, diventando una sorta di saggezza giuridica codificata. Ciò diede impulso alla *scienza del diritto*.

Bisogna rendersi conto che nel clima della codificazione napoleonica e della Scuola dell'esegesi non v'era quasi nessuna differenza tra interpretazione e scienza giuridica. Mentre l'interpretazione era diretta a chiarire il significato della singola disposizione o di un gruppo di esse, la scienza enucleava i principi regolatori di tutta una materia giuridica. V'era quindi una differenza di grado, ma non di qualità. Scienza del diritto era scienza della legge codificata. Gravato dall'incombente volontà del legislatore, lo scienziato limitava la sua attività al campo strettamente esegetico. Egli descriveva il diritto scritto e nulla più. Ma quando si passò dalla volontà del legislatore alla volontà della legge, lo scienziato si rese sempre più conto che il suo compito era quello di perfezionare quest'opera di saggezza giuridica adattandola ai tempi. Rimane tuttavia come punto fermo della Scuola dell'esegesi il carattere *descrittivistico* della scienza giuridica, carattere che è ancora presente — come vedremo — nella nostra concezione di detta scienza.

V'è però un altro modo d'intendere la scienza giuridica, o meglio v'è un'altra funzione che essa è chiamata ad assolvere. E questa è stata messa in luce da un'altra scuola giuridica contemporanea a quella dell'esegesi, cioè dalla Scuola storica del diritto.

In conclusione, la Scuola dell'esegesi è il prodotto del principio della stretta subordinazione dell'interprete alla legge, principio attuato e rafforzato dall'imposizione del metodo di autointegrazione dell'ordinamento giuridico in caso di lacune. Questa soluzione del problema dell'interpretazione era la necessaria conseguenza dell'unione tra il dogma dell'onnipotenza del legislatore e quello della completezza dell'ordinamento normativo.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., Paris 1969; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Clut, Torino s.d., pp. 65-103; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Ed. di Comunità, Milano 1966, pp. 143-164; G. TARELLO, «La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia», in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Giuffrè, Milano 1969; G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in « Riv. trim. dir.e proc.civ. », 1971, pp. 1-18.

2 – La Scuola storica del diritto

La concezione razionalistica e egalitaria del diritto non è però l'unica presente agli inizi del sec. XIX. Alle tesi di chi vuol fare piazza pulita del particolarismo giuridico del passato, sostituendovi una legislazione uniforme e razionale, si oppongono le tesi di coloro che vedono nel diritto un prodotto della storia piuttosto che un'idea della ragione. Costoro non partono dalla legge, ma vedono in essa il portato di fenomeni storici e sociali continuamente in movimento e quindi variabili nel tempo e nello spazio. Sono però contrari, o perlomeno perplessi, nei confronti della tecnica della codificazione. Mi riferisco qui evidentemente a quel movimento di giuristi tedeschi, capeggiati dal Savigny, che nei primi decenni dell'Ottocento ingaggiò una battaglia contro il diritto codificato in nome della storicità del diritto.

La Scuola storica del diritto fu un movimento di carattere scientifico con notevoli risvolti sul piano politico e sociale. Bisogna naturalmente inquadrare questa scuola nella situazione giuridica e culturale della Germania del tempo. Mancava un'unità nazionale, che però l'invasione napoleonica aveva contribuito a mettere in moto anche se in senso antifrancesese. Era ancora in vigore il diritto romano giustiniano fuso ad elementi sparsi tratti dalle legislazioni barbariche, mentre la struttura sociale era ancora profondamente feudale. La razionalizzazione della società, vagheggiata sul piano della cultura, doveva ancora essere attuata sul piano economico e sociale prima di essere tradotta in un rinnovamento di strutture.

Questi giuristi, che erano storici del diritto, videro chiaramente che la codificazione avrebbe attuato solo sulla carta ciò che ancora richiedeva una laboriosa evoluzione storico-sociale, anche se a volte la loro opposizione alla codificazione fu dettata da amore per il passato e da miope attaccamento alla tradizione. Per loro il diritto non era il frutto del calcolo razionale, ma una espressione irrazionale del sentimento vitale della giustizia. Ogni popolo ha il proprio diritto così come ha la propria lingua, i propri costumi e la propria storia, perchè il diritto fa parte della fisionomia più genuina e spontanea del popolo, in una parola del suo «spirito». Il diritto popolare, che è poi in massima parte quello consuetudinario, è quindi una delle fonti principali della giuridicità. Tuttavia il progresso umano consiste nel passaggio dalla irrazionalità alla razionalità, dal caos all'ordine. Questo prodotto spontaneo dello spirito popolare richiede di essere purificato, dirozzato, ripulito, in una parola «razionalizzato». Ed è questa l'opera della scienza giuridica. Quest'ultima, servendosi di una tecnica universale che nella giurisprudenza romana ha raggiunto i più alti gradi di perfezione, dà forma giuridica al diritto vivente, lo tecnicizza inquadrandolo nelle categorie fondamentali della dogmatica. Ma l'opera della scienza non si ferma qui, dove ancora si confonde con la tecnica. La scienza con le sue elaborazioni

concettuali scopre nuove figure giuridiche, cioè collabora alla crescita del diritto, vale a dire è *produttiva* di diritto tanto da essere annoverata tra le fonti del diritto (il cosiddetto «*diritto dei giuristi* »).

Nello sviluppo della Scuola storica (che si trasformò nella *Pandettistica*) il diritto dei giuristi assunse tale importanza da soppiantare quasi completamente le altre fonti del diritto, poiché il diritto riflesso è più consono all'uomo civilizzato e alla nuova società del diritto spontaneo e irrazionale. Alla onnipotenza del legislatore si tenta così di sostituire l'onniscienza creativa del giurista, ma quest'operazione non aveva possibilità di riuscita, perchè l'autorevolezza dello scienziato del diritto non aveva niente di simile all'autorità che esercitava il giureconsulto romano. E' da sottolineare però che, nonostante i punti di partenza culturalmente opposti, i seguaci della Scuola storica tendevano come i loro colleghi francesi, ad una razionalizzazione del diritto anche se pensavano che questa sarebbe stata attuata meglio dalla scienza che da una codificazione. E così essi tentarono di sostituire l'opera dello scienziato a quella del legislatore. La loro scienza del diritto aveva quindi una funzione politica ben precisa anche se mascherata dagli ideali della razionalità così come il legislatore francese mascherava la propria volontà con gli stessi strumenti. In Germania quindi la scienza giuridica si sostituì alla codificazione. La scienza diventò così *politica del diritto*, manifestando un suo aspetto messo in ombra dalla concezione puramente descrittivistica ed esegetica della scienza giuridica francese.

La Scuola storica del diritto fu un perspicuo esempio di come una casta eletta di scienziati, che hanno dato allo studio del diritto romano contributi ancora oggi determinanti, possa influire sul travaglio giuridico di un popolo. E' una nota caratteristica della concezione illuministica che il potere politico - o comunque un ruolo essenziale sul piano politico - spetti a chi ha il monopolio della razionalità. Ma questa razionalità è - come abbiamo visto -

un potere formale, una capacità di eguagliare le differenze, non contiene in sè i valori e le finalità proprie dell'uomo e della società umana. Questo tipo di razionalità può quindi essere efficace sul piano politico e sociale solo se è accompagnato dalla forza, poiché è estraneo alla natura e ai fini propri dell'uomo. Tuttavia questa concezione formale della razionalità unita ad una concezione legale dell'uso della forza è divenuta la difesa dal totalitarismo e l'essenza della nostra democrazia. Si è creduto così di conciliare la teoria elitaria del potere con gli ideali di libertà e di uguaglianza.

Questa razionalità formale trova la sua più perspicua incarnazione nel diritto. Perciò questo gruppo di giuristi riteneva di produrre nuovo diritto facendo progredire in senso speculativo la scienza giuridica (*concezione idealistica e speculativa della scienza giuridica*). La loro opera si risolse in un gioco di concetti, che ormai costituivano un mondo a sè, completamente avulso dalla vita sociale. Le critiche, che a questa «*Giurisprudenza dei concetti*» rivolse Jhering, sono la sintesi più significativa di questo modo d'intendere la scienza giuridica (*logicismo giuridico*).

Dopo aver notato la convergenza sul piano della concezione della razionalità tra Scuola dell'esegesi e Scuola storica, non credo che ci si possa più stupire quando questa convergenza viene constatata anche sul piano dell'interpretazione della legge. E' anzi significativo che due teorie del diritto così diverse nelle matrici culturali e sociali si incontrino perfettamente proprio su questo punto.

«Entrambe le scuole consideravano il diritto come una realtà preconstituita all'interpretazione, e l'interpretazione come attività di ritrovamento del senso vero di simile realtà preconstituita: ma per i giuristi della scuola dell'esegesi questa realtà preconstituita era il codice, per quelli della scuola storica del diritto era un fenomeno storico più complesso, e cioè il sistema coerente e completo della «reale» disciplina di tutti i rapporti giuridici» (da *Orientamenti analitico-linguistici e teoria della interpretazione*

giuridica di G. Tarello).

Per Savigny l'obiettivo dell'interpretazione è la ricostruzione esatta del pensiero insito nella legge. Questa ricostruzione è una operazione preliminare della stessa scienza giuridica. Egli quindi non considera l'interpretazione giudiziale come distinta da quella dottrinale. Per operare questa ricostruzione ci si serve di vari criteri d'indagine che non sono vari metodi, ma sono parti costitutive dell'unico metodo d'interpretazione della legge. L'interpretazione è quindi un'operazione unitaria e le sue tappe obbligate sono le seguenti:

- 1) *L'elemento grammaticale*, che considera le parole del testo da interpretare come un mezzo necessario per raggiungere il pensiero insito nella legge.
- 2) *L'elemento logico*, che ha riguardo alla connessione e all'articolazione logica dei contenuti di pensiero insiti nella legge.
- 3) *L'elemento storico*, che tiene presente la situazione storico-giuridica che ha ispirato quella data regolamentazione.
- 4) *L'elemento sistematico*, che ricostruisce nella loro coerenza interna gli istituti giuridici e le norme di diritto.

Il Savigny esclude da questi criteri l'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore (che è invece sottolineata per ovvi motivi dalla Scuola dell'esegesi) e quindi l'elemento storico è inteso nel senso più oggettivo possibile. L'aspetto veramente nuovo di questa concezione dell'interpretazione è l'introduzione del metodo sistematico, in cui culmina tutta l'attività interpretativa. Ma questa è una conseguenza del fatto che l'opera dell'interprete è subordinata a quella dello scienziato. Infatti l'interpretazione sistematica introduce direttamente nel campo della speculazione scientifica e costituisce la soglia di passaggio tra un'atti-

ività puramente ricostruttiva e un'attività costruttiva e produttiva qual è quella della scienza.

La Scuola storica dunque, pur condividendo il carattere meramente riproduttivo, e non creativo, dell'interpretazione, ne sviluppa maggiormente l'aspetto logico e sistematico. La ragione di ciò risiede nel modo diverso di considerare la legge giuridica. Per la Scuola storica la legge non è un atto di volontà, un comando che si fonda sul potere sovrano del legislatore, ma è una pura e semplice trascrizione in forma giuridica dei rapporti sociali. Per cui nella legge distinguiamo il contenuto, cioè l'aspetto fattuale e irrazionale, dalla forma che è quella tecnico-giuridica. Abbiamo già detto che la forma ha assunto per la Scuola storica maggiore importanza del contenuto, donde la rilevanza della interpretazione logica e sistematica.

In conclusione, la Scuola storica, pur muovendosi nel contesto di una rigida subordinazione dell'interprete alla legge, è andata piuttosto in cerca dei significati oggettivi della legge elaborando metodi a ciò adeguati. Questa metodologia interpretativa unita a quella della Scuola dell'esegesi ha dominato nella mentalità e nella prassi dei giuristi fino ai nostri tempi.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Clut, Torino s.d., pp. 40-64; G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria della interpretazione giuridica*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. » 1971, pp. 1-18; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966; M. PORZIO, *Le origini del formalismo giuridico*, in « Bollettino della Biblioteca degli Ist. giur. Univ. di Napoli » 1961, pp. 254-310.

3 – Formalismo interpretativo e logicismo giuridico

La concezione della legge come atto di volontà e come atto della ragione ha prodotto queste due teorie interpretative che ten-

dono ad amalgamarsi e a fondersi in una visione unitaria. Da una parte infatti l'interprete dovrà attenersi fedelmente all'intenzione del legislatore (interpretazione soggettiva), dall'altra nel ricostruire questa volontà dovrà rispettare il criterio logico della coerenza dei contenuti di pensiero (interpretazione oggettiva). Direi che è proprio questa fisionomia della legge giuridica, che siamo andati descrivendo in queste pagine, a portare inevitabilmente a queste conclusioni.

Se allora ci chiediamo se l'interpretazione giuridica in questo contesto è creativa di diritto ovvero meramente riproduttiva della legge, la risposta — ormai è evidente — non potrà essere che una ed è espressa dal *principio della fedeltà dell'interprete alla legge*. Questo principio è inerente all'idea stessa di codificazione, tanto è vero che tutti i codici contengono anche disposizioni su come devono essere interpretati. Essi tendono a guidare l'interprete nella scelta dei metodi in modo da ottenere la maggiore fedeltà possibile dell'opera interpretativa. Queste disposizioni sono rivolte naturalmente al giudice ed all'interpretazione giudiziale, ma evidentemente hanno una rilevanza anche per il giurista nella misura in cui la scienza del diritto non vuole estraniarsi dalla pratica.

Tranne l'art. 1 del codice civile svizzero del 1912, che consente al giudice di farsi legislatore nel regolare i casi non previsti dalla legge o dalla consuetudine, tutti gli altri codici europei sono in varia misura ispirati dal codice civile austriaco del 1811, che è stato esteso nel 1816 alle zone italiane dell'impero. L'art. 12 delle preleggi al nostro codice civile (1942) ricalca quasi letteralmente i paragrafi 6 e 7 del codice austriaco:

« Nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole (*metodo esegetico*) secondo la connessione di esse (*metodo logico*), e dall'intenzione del legislatore (*metodo storico-psicologico*).

Se la controversia non può essere decisa con una

precisa disposizione si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello *Stato (autointegrazione)*».

Anzi si può affermare che il nostro codice vigente registra un ulteriore irrigidimento del principio della fedeltà dell'interprete nel senso dell'autointegrazione dell'ordinamento. Mentre infatti il codice austriaco parlava di un ricorso in extremis ai «principi di diritto naturale» ed il codice civile italiano del 1865 usava un'espressione ambigua, cioè «i principi generali di diritto», il nostro codice vigente dice chiaramente che questi principi sono quelli del diritto positivo.

Possiamo quindi constatare come i principi ed i metodi della Scuola dell'esegesi e della Scuola storica sono stati codificati, divenendo regole legali dell'interpretazione.

Dobbiamo ora registrare le conseguenze di questa recezione legislativa di tali metodi interpretativi:

1) La prima di queste è il *formalismo interpretativo*. Ci riferiamo con questa espressione ad ogni teoria dell'interpretazione che si basi sul presupposto che tutte le soluzioni e i prodotti dell'interpretazione sono già contenuti interamente nel dettato legislativo e solamente in esso e devono essere tratti da esso con metodo logico-deduttivo o con metodo storico-psicologico. Ciò significa che all'interprete è preclusa ogni scelta politica e ogni giudizio di valore. Egli riproduce le scelte politiche compiute dal legislatore, assicurandosi che esse siano applicate nel rispetto dell'uguaglianza formale. L'interprete è il custode della legge, ne tutela la coerenza interna, la certezza e l'uniformità di applicazione. «Formalismo interpretativo» significa dunque che l'interprete è il custode della forma giuridica che la legge dà ai rapporti sociali. E' un tecnico che sorveglia il buon funzionamento della macchina del diritto, disinteressandosi dei fini che sono perseguiti dal potere politico. Il formalismo interpretativo accomuna il

giudice che applica il diritto in regime democratico al giudice che opera in regime totalitario. Entrambi debbono servirsi degli stessi metodi e degli stessi procedimenti interpretativi per arrivare ai risultati più opposti. Il formalismo interpretativo è l'ovvia conseguenza della identificazione tra legge positiva e diritto.

2) La seconda conseguenza di rilievo è il *logicismo giuridico*, cioè una concezione puramente astratta della vita giuridica. Esso parte dal presupposto che basti la logica applicata alla legge per risolvere in modo inequivocabile tutti i casi della vita (soluzione al problema delle lacune). Ciò ha prodotto sul piano della interpretazione dottrinale e della scienza giuridica il *concettualismo* e sul piano dell'interpretazione giudiziale il *meccanicismo* nella applicazione del diritto. Tale meccanicismo assume il suo aspetto più significativo nella *teoria del sillogismo giudiziale*. Nell'applicare la legge il giudice, per arrivare alla decisione, costruisce un sillogismo la cui premessa maggiore è la disposizione normativa da applicare, mentre la premessa minore è il fatto accertato da giudicare. Il giudice sussume dunque una fattispecie concreta in una fattispecie astratta ed ottiene automaticamente la decisione. Egli riconduce i casi concreti della vita alla legge piuttosto che calare quest'ultima nel particolare. In questa prospettiva un calcolatore elettronico è ben più efficiente di un giudice.

3) Un'ultima conseguenza degna di nota è la *scissione* che si produce tra interpretazione della legge e scienza del diritto. Il formalismo interpretativo ha costretto la scienza del diritto a rinunciare ad una parte di se stessa. La scienza giuridica è conoscenza del diritto per guidare l'azione. Ma se il diritto non è altro che legge, allora la scienza del diritto diventa conoscenza della legge e quindi studio di uno strumento creato dall'uomo, è cioè solamente «tecnico». Se poi la scienza giuridica cerca il diritto non già solamente nella legge ma anche - come è giusto - nei fatti sociali e nei valori politici, allora ci si chiede quale utilità pratica

tali ricerche potranno avere per un giudice formalista. In tal caso la scienza perde la sua funzione pratica e diventa puramente speculativa. Noi sappiamo che la scienza giuridica dell'Ottocento ha percorso entrambe le strade, Si è venuta quindi a formare nel campo della scienza giuridica una caratteristica dicotomia tra concezioni formalistiche e concezioni contenutistiche. La scienza in definitiva si è andata progressivamente disinteressando ai problemi dell'interpretazione giudiziale. Il formalismo interpretativo poteva così coesistere con le più audaci e libere costruzioni scientifiche. Ciò gettò discredito sulla scienza e alimentò la diffidenza verso di essa da parte dei pratici del diritto. V'è solo un giurista francese della fine del sec. XIX, François Geny, che elabora una teoria scientifica della interpretazione giuridica.

Il formalismo interpretativo e il logicismo giuridico assicurano quindi la funzionalità del nostro concetto di legge. Al carattere formale della legge fa riscontro il carattere formale della interpretazione. Se la legge è un atto della ragione strumentale, i suoi calcoli debbono valere anche per l'interprete. Se la legge è un atto della volontà sovrana, i suoi comandi debbono essere fedelmente applicati dall'interprete. Ma questo strumento creato dallo uomo finisce per imporsi al suo creatore. Invece di piegarsi alle esigenze della vita umana e sociale la legge trasforma il concreto in astratto, il particolare in universale, capovolgendo il senso e il significato della sua funzione che è quella di guidare l'azione concreta. E poi dietro questa razionalizzazione dei rapporti sociali si cela pur sempre il volto di una società mercantile possessiva che ha in questa concezione del diritto la propria morale e la propria religione. Tuttavia la progressiva importanza, che, nella seconda metà dell'Ottocento, va acquistando la sfera pubblica nei confronti di quella privata, rivela sempre più i limiti di una concezione formalistica della legge e, quindi, anche del formalismo interpretativo.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto*, Teorema, Firenze 1974; G. TARELLO, «Formalismo», in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino 1961, vol. VII, pp. 571-580; L. BAGOLINI, *Fedeltà al diritto e interpretazione*, in «Annali della Fac. di giur. dell'Univ. di Genova», Giuffrè, Milano 1973, pp. 299-342.

CAPITOLO QUARTO

GLI SVILUPPI DELL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

Abbiamo osservato che l'interpretazione giuridica nella sua storia si va affrancando dalla volontà del legislatore storico per rivolgersi alla volontà della legge. Il che è perfettamente comprensibile ove si pensi che il decorso del tempo pone nuovi problemi giuridici che il legislatore storico non poteva prevedere. Il formalismo scientifico e interpretativo hanno risolto il problema sostenendo che v'è una «ragione giuridica» insita nella legge. Tale razionalità della legge, ove sia adeguatamente messa in luce, è in grado di rispondere ai nuovi problemi posti dal mutamento sociale. Ciò ha dato luogo - come sappiamo - al concettualismo giuridico e alla teoria dell'interpretazione oggettiva (interpretazione logica e sistematica), concezioni dominanti nella scienza giuridica del sec. XIX. Gli sviluppi ulteriori della teoria dell'interpretazione si collegano strettamente a queste concezioni, pur ponendosi in polemica con esse. Noi esamineremo solo quelle teorie che hanno apportato - a nostro parere - qualche contributo rilevante al problema dei metodi dell'interpretazione giuridica e quindi ad una migliore conoscenza della struttura della legge.

Il razionalismo giuridico aveva sostenuto che l'essenza della legge è la sua «ratio». Noi parliamo di «*ratio legis*» per indicare lo scopo che una disposizione normativa mira a conseguire. Questo è il contenuto della legge ovvero il suo significato. Ma sap-

priamo che, intendendo questa ratio legis in modo formale come un puro nesso di concetti, si dà luogo al formalismo interpretativo. Sarà proprio un diverso modo d'intendere la ratio legis a dar luogo a teorie interpretative meno formalistiche, che scaturiscono quindi da una diversa considerazione della legge stessa.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Giuffrè, Milano 1966; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Vita e pensiero, Milano 1950.

1 - La Giurisprudenza degli interessi

La legge positiva è ormai diventata parte integrante dell'ambiente sociale dell'uomo. Una volta messa al mondo, essa vive di vita propria. Per comprenderne il significato sarà necessario allora ripercorrere le tappe della sua genesi. Solo così si potranno individuare i fattori che hanno contribuito a formare la legge e che quindi ne costituiscono la ratio.

Nei primi decenni del 1900 vi fu un gruppo di studiosi tedeschi che individuò questi fattori negli interessi vitali della società, opponendosi all'astrattismo della giurisprudenza dei concetti. Ma già un grande giurista dell'Ottocento, R. von Jhering, aveva applicato il metodo empirico e naturalistico allo studio del diritto ed aveva indicato negli interessi il contenuto reale di ogni regola giuridica. Jhering aveva ricondotto il diritto alla società: tutte le massime giuridiche hanno come scopo la sicurezza delle condizioni di vita della società e la società (non più il legislatore) è il soggetto dello scopo di tutte le massime giuridiche. Basandosi su questi suggerimenti, il movimento della «Giurisprudenza degli interessi», che ebbe uno scopo prevalentemente pratico, rivolto cioè a facilitare e guidare l'opera interpretativa dei giudi-

ci, sviluppò l'indagine degli elementi naturalistici della legge.

Per il fondatore di questa scuola l'obiettivo principale della giurisprudenza e delle decisioni giudiziali è «l'appagamento dei bisogni della vita, dei desideri e delle tendenze appetitive esistenti nella comunità giuridica, sia materiali che ideali» (Heck). Queste tendenze e questi desideri sono gli «interessi». Si tratterà allora di tenere presente questa base reale ed empirica nell'interpretazione della legge. Sotto ogni legge giuridica si nasconde un conflitto d'interessi. La norma non ha un carattere teoretico di verità assoluta, ma è solo uno schema pratico che bisogna riportare al piano degli interessi concreti che l'hanno suggerita. In un conflitto d'interessi avviene che alcuni di essi prevalgano storicamente su altri e si impongano necessariamente al legislatore, che dà ad essi la forma giuridica della legge. Quindi l'interesse determinante o causale viene a rappresentare lo scopo della norma giuridica (*teoria genetica degli interessi*). In questa prospettiva la volontà del legislatore è determinata causalmente dalla rappresentazione dell'interesse prevalente, e tuttavia è anche vero che nel disciplinare e tutelare questi interessi il legislatore compie una valutazione, da una parte cercando di temperare gli interessi contrastanti, dall'altra compiendo un giudizio di valore e una scelta politica.

L'interprete della legge dovrà quindi fondarsi sull'indagine delle tendenze o interessi che sono stati la causa produttiva delle norme poste dal legislatore. L'interpretazione non è quindi arbitraria né v'è una libertà interpretativa del giudice, poiché lo interprete resta legato ai giudizi di valutazione espressi dal legislatore nella norma. Egli deve rivivere il processo psicologico e valutativo del legislatore e deve giudicare in funzione dell'interesse dominante. Qui ci troviamo di fronte ad un metodo nuovo d'indagine dell'intenzione del legislatore (interpretazione soggettiva), un metodo volto a privilegiare gli aspetti soggettivi e naturalistici di tale volontà. Ai concetti sono stati sostituiti gli interessi, ma l'impianto resta lo stesso come anche resta fermo il

primato della legge. L'interpretazione giuridica non è creativa, ma puramente dichiarativa. Tuttavia Heck rifiuta il principio della completezza dell'ordinamento giuridico ed ammette in esso lacune, che saranno colmate dal giudice nello spirito delle valutazioni del legislatore o con un adattamento alla legge o con «un'autonoma valutazione di nuovi contrasti d'interessi».

La Giurisprudenza degli interessi ha avuto particolare fortuna nel campo del diritto privato (del diritto delle obbligazioni in specie) e del diritto commerciale, poiché si tratta di settori che si prestano ad essere interpretati in base al criterio del conflitto d'interessi. Essa ha realmente influito nella prassi giuridica tedesca, soppiantando gradatamente il metodo sillogistico con il giudizio di valutazione degli interessi contrapposti in base alle scelte operate dal legislatore. L'influenza di questa scuola è stata senza dubbio positiva, contribuendo a riportare l'interpretazione della legge alla realtà sociale. Ciò che non convince è la concezione naturalistica e individualistica di questa realtà sociale, per cui quando un interesse si impone non v'è più libertà di scelta né per il legislatore né per il giudice. Se invece si resta liberi di scegliere quale interesse tutelare, allora, mancando criteri ragionevoli che guidino alla scelta, non ci si salva dall'arbitrio. La Giurisprudenza degli interessi oscilla quindi tra il vecchio formalismo interpretativo e quella assoluta creatività dell'attività interpretativa, che è sostenuta - come vedremo - dalla Scuola del diritto libero.

Resta comunque acquisito dalla teoria dell'interpretazione giuridica un nuovo metodo che si aggiunge a quello esegetico e a quello logico-sistematico: il *metodo teleologico*.

L'interpretazione teleologica non è certo una novità nel mondo del diritto; tuttavia è interessante osservare come essa si applica alla nostra idea di legge giuridica. Già Jhering, anche in questo precursore della Giurisprudenza degli interessi, aveva sostenuto che il concetto di fine è creatore di tutto il diritto e che non vi è norma giuridica che non debba la sua origine ad un fine

cioè ad un motivo pratico. Se la legge è uno strumento, il fine a cui essa serve diventa l'elemento determinante per comprendere il significato delle disposizioni normative. A questo punto il problema più importante diventa quello di stabilire la natura di questo fine. Per Jhering e per la Giurisprudenza degli interessi gli scopi del diritto hanno il carattere di dati di fatto, di condizioni necessarie per la sopravvivenza e lo sviluppo di una società. Essi identificarono gli scopi da prendere in considerazione con gli scopi empirici del legislatore o delle forze sociali esistenti alle sue spalle. In questa prospettiva un'interpretazione teleologica della legge diventava *un'interpretazione sociologica*, cioè descrittiva del gioco delle forze sociali. Già abbiamo con ciò lo inserimento della considerazione politica nella struttura stessa del processo interpretativo, ma si tratta di una politica di stampo bismarckiano cioè di una politica dei fatti, di fronte ai quali l'uomo si inchina rinunciando a modificarli.

2 – Gli indirizzi teleologici

V'è però un altro modo di considerare il fine del diritto, non più come dato di fatto ma come *valore*. Ciò significa che il fine a cui è diretta la legge non è un elemento fattuale o naturalistico, ma un elemento ideale.

Nei primi decenni del 1900 si afferma così, da parte di numerosi studiosi, che per lo più partivano da indagini relative al diritto penale (cfr. la dottrina del «bene giuridico»), una *concezione finalistica del diritto*, che vede i concetti e gli istituti giuridici come formazioni indissolubilmente legate ad un'idea oggettiva di scopo. Questa concezione del diritto deve essere inquadrata in un movimento culturale molto più vasto, che propugna la riscossa delle scienze dell'uomo (o *scienze della cultura*) sulle scienze della natura, nonché in un clima filosofico di stampo idealistico. Se il diritto è un fenomeno della cultura, la sua conoscenza deve

essere di tipo culturale, non già naturalistico come sosteneva la Giurisprudenza degli interessi. Ciò significa che i fatti sociali in quanto fatti non dicono niente all'interprete del diritto se non sono riferiti ad un valore che li illumina, dando ad essi un significato. Si tratterà dunque di stabilire i fini che sono portatori del senso dei fatti. Tali fini o valori politici sono le condizioni necessarie dell'esperienza giuridica e sociale. Non spetta all'interprete portare un giudizio su di essi, ma è suo compito conoscere e giudicare i fatti alla luce di questi valori.

E' degno di nota che queste idee siano scaturite dai problemi d'interpretazione del diritto pubblico e quindi dalla convinzione che in questo campo una disposizione legislativa è espressione di *un'idea sociale*, non già il risultato di un contemperamento di interessi contrastanti operato dal legislatore. Quest'idea sociale presente nell'opera legislativa è ciò che dà un senso alle singole disposizioni, che di per sè potrebbero anche significare tutt'altro. L'interprete dovrà dunque alla luce dei valori politici fondamentali trarre dall'ordinamento normativo quelle soluzioni in grado di realizzare quegli ideali. In ciò la sua opera non può che essere valutativa e produttiva ma in un senso tutto particolare. Infatti sia i valori, che i fatti preesistono all'opera dell'interprete, che è chiamato proprio ad attuare questo collegamento vitale tra gli uni e gli altri. Da questa relazione nasce l'esperienza giuridica ovvero il diritto.

Intravediamo dietro queste idee una maggiore attenzione per l'intervento dello stato nella sfera privata (la costituzione di Weimar è del 1919) ed il passaggio da una concezione individualistica ad una concezione organicistica della società. Come la Giurisprudenza degli interessi si muove nell'ambito dell'interpretazione soggettiva perchè cerca di ripercorrere le tappe che hanno condotto il legislatore ad emanare un determinato comando, così questi movimenti d'indirizzo teleologico sostengono un'interpretazione oggettiva perchè considerano i valori politici e sociali essenziali alla struttura stessa di una data comunità sociale.

Si sostiene inoltre anche un tipo diverso di logica dell'interpretazione. Non più una logica formale-deduttiva, ma una logica adeguata a questo nuovo modo d'intendere l'opera dell'interprete. Se il diritto non appartiene né al mondo dei fatti né a quello dei valori, ma ad un mondo intermedio in cui i fatti realizzano valori e i valori si realizzano nei fatti, allora sarà necessario un nuovo tipo di logica riferita all'azione umana e al mondo dei fini. Non si tratta più di dedurre da un principio astratto una conclusione concreta, ma di dare un significato alle azioni umane riferendole ai valori politici e sociali. E quindi di una logica produttiva che si ha bisogno, e non meramente deduttiva e formale (*logica materiale*).

Questa forma d'interpretazione teleologica cerca di liberarsi da tutti quei postulati fondamentali che hanno puntellato l'idea moderna di legge ed in particolare dall'identificazione tra legge e esperienza giuridica. Bisogna riconoscere che questo tentativo non è riuscito e ciò per vari motivi: innanzi tutto perchè i sostenitori del metodo teleologico rappresentavano una tale varietà di posizioni da rendere vaga e incerta l'applicazione rigorosa di tale metodo e poi perchè le loro idee erano eccessivamente filosofiche (Kant e Hegel) e ben poco giuridiche. Esse penetrarono a malapena nel mondo dei giuristi (tranne che nel diritto penale), ma ben poco influenzarono quello dei giudici. Infine, queste idee contenevano forti dosi d'irrazionalismo poiché la presenza dei valori era accettata come un dato apriori non ulteriormente giustificabile. Essi non dipendevano né dalla volontà del legislatore né dal diritto naturale, ma erano fenomeni storici e culturali che pure erano chiamati a svolgere una funzione trascendentale o apriori. Tuttavia il vero merito della dottrina teleologica del diritto consiste nell'aver reagito contro il formalismo, richiamando la scienza giuridica dal mondo delle pure astrazioni a quello della vita sociale concreta.

3 - Il movimento del diritto libero

Queste tendenze irrazionalistiche serpeggiavano da tempo nell'ambiente giuridico. Già negli anni tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento la reazione antiformalistica aveva raggiunto punte estreme. Da parte dei sostenitori di un nuovo diritto, libero dalle pastoie imposte dal legislatore e come tale in grado di realizzare un'autentica libertà sociale, si contestarono tutti quei caposaldi essenzialmente connessi al concetto di legge giuridica. Si partì dalla constatazione che l'ordinamento normativo aveva ormai denunciato le sue manchevolezze e le sue lacune che non potevano essere colmate con un metodo logico-deduttivo. Per cui il giudice necessariamente si vedeva costretto a compiere scelte politiche e a farsi legislatore. Ma non ci si fermò a questo punto. Questo fu il primo passo verso un'estensione della funzione creativa dell'interpretazione. Si constatò che la legge stessa non era univoca, non portava in sé un unico significato. Ogni disposizione normativa poteva essere intesa in tanti modi diversi anche usando gli stessi metodi e nuovi significati si aggiungevano ogniqualvolta si confrontava la legge con la varietà dell'esperienza sociale. D'altronde la legge stessa denunciava le sue insufficienze quando era costretta ad usare concetti come quelli di «buona fede», «buoni costumi», «abuso di diritto», «giusta causa», «forza maggiore», etc... (*concetti-valvola*) che richiedevano necessariamente una valutazione discrezionale dell'interprete. Tutte queste constatazioni rendevano fuor di luogo il logicismo giuridico.

L'apporto considerevole della Scuola del diritto libero fu soprattutto la sua strenua opposizione nei confronti dell'identificazione tra legge e diritto. Il diritto è esperienza giuridica vitale, esso vive nel concreto, è la realizzazione della giustizia nella vita sociale. La legge è solo uno strumento del diritto, ma non è l'unica fonte da cui l'interprete può trarre i suoi criteri di giudizio. Vi è l'equità, il senso naturale della giustizia, la consuetudi-

ne, la considerazione dell'evoluzione delle istituzioni sociali e così via. L'attività interpretativa diventa in questa nuova luce più importante di quella legislativa, perchè essa sola fa il diritto, lo concretizza, lo rende esperienza viva.

Quest'attività, condotta nello spirito della *libertà dell'indagine*, è creativa di diritto. La sentenza è per antonomasia l'atto creativo di diritto, più della legge che può anche restare lettera morta se disapplicata. La Scuola del diritto libero tende inoltre a sottolineare gli aspetti psicologici dell'opera interpretativa. Il giudice non è un robot senza passioni nè sentimenti. Ogni applicazione della legge porta il segno della sua individualità. Nell'atto interpretativo prevalgono dunque la volontà, il sentimento, l'intuizione sulla fredda logica. La tesi della *libertà del giudice dalla legge* non è soltanto limitata ai casi di lacuna dell'ordinamento normativo, ma anche estesa ai casi in cui il giudice si forma il convincimento che il legislatore attuale avrebbe regolato diversamente quella data materia se ne avesse conosciuto tutti gli aspetti. E' evidente allora che v'è un'assoluta libertà dell'interprete nei confronti della legge. Il giudice si fa legislatore. Si ritorna dunque a discutere dell'attività del giudice, visto che egli è ormai politicamente responsabilizzato e personalmente responsabile delle proprie scelte. Il giudice da funzionario dello stato diventa così libero organo della società.

Un sostenitore del diritto libero, Ehrlich, nella sua famosa opera sulla «Logica dei giuristi» ha attaccato punto per punto il formalismo interpretativo, riconducendolo al culto esagerato della legge, ed ha contemporaneamente messo in luce la varietà e complessità dei fattori che interagiscono nel procedimento interpretativo.

Tuttavia la reazione - come spesso capita - era andata al di là del segno. Al razionalismo della legge si era sostituito un irrazionalismo altrettanto pericoloso. La Scuola del diritto libero non riuscì mai ad elaborare criteri oggettivi e sicuri che possano salvare dal soggettivismo e dall'arbitrio del giudice. Essa si rappre-

sentava un giudice ideale, sensibile ai valori della giustizia e dell'equità, attento al particolare così come ai principi generali. Ma questo modello di giudice ben raramente corrispondeva alla realtà. Fu così che questo movimento naufragò sul piano delle proposte concrete e del rinnovamento dei metodi interpretativi intorno a cui con maggiore successo lavorava sia la Giurisprudenza degli interessi che l'indirizzo teleologico. E' vero che si tentò di recuperare quest'insufficienza operativa sul piano sociologico, cercando nella società e nelle sue strutture i criteri per un'interpretazione del diritto (*Giurisprudenza sociologica e interpretazione socio-evolutiva*). L'Ehrlich stesso va annoverato tra i fondatori della *sociologia del diritto*. Ma l'influsso di queste idee agì più sul piano scientifico che su quello interpretativo. Questi nuovi metodi non riuscirono a soppiantare in chiarezza e precisione i vecchi strumenti del formalismo interpretativo.

Resta nondimeno il fatto che la denuncia compiuta dalla Scuola del diritto libero era pienamente giustificata ed era il segno del crollo di un certo modo d'intendere la legge giuridica. Per questo abbiamo chiuso questa veloce rassegna con la teoria del diritto libero, libero dal predominio oppressivo di uno strumento artificiale qual è la legge positiva.

In conclusione, il rifiuto del formalismo interpretativo ha mostrato l'esigenza di ritornare alla realtà e di rigettare una regolamentazione artificiale e deformante dei rapporti sociali. La realtà del diritto è stata individuata o in dati di fatto, cioè gli interessi, o in categorie ideali, cioè i valori, o nel processo stesso della decisione giudiziale. Ma se il diritto è ciò che rende la società «giusta», non può essere un fatto poiché deve imporsi ai fatti e giudicarli. Non può essere una categoria apriori perchè questa non avrà mai la forza di modificare i fatti, potrà soltanto giustificarli e spiritualizzarli. Infine, il diritto non è la stessa attività decisionale perchè essa rimanda al problema dei criteri che debbono guidarla. In queste teorie dell'interpretazione registriamo perciò il rigetto del culto della legge, ma non il rifiuto di quei

valori e di quelle istanze che hanno prodotto questo strumento giuridico. Non v'è in definitiva il rifiuto della società mercantile possessiva.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967; G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in « Riv. it. di dir. penale » 1938; R. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad.it., Einaudi, Torino 1972; R. TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in « Riv. int. di fil. del dir. » 1933, pp. 544-566; A. PAGLIARO, « Bene giuridico e interpretazione della legge penale », in *Studi in onore di F. Antonicelli*, Giuffrè, Milano 1964; KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, trad.it., Giappichelli, Torino 1962; W. CESARINI SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in « Riv. it. per le scienze giur. », 1913.

CAPITOLO QUINTO

ALLA RICERCA DI UN NUOVO CONCETTO DI DIRITTO

La crisi del formalismo interpretativo e del logicismo giuridico è la crisi della legge come unica fonte del diritto. Gli ideali dell'illuminismo sono irrealizzabili e deformanti. La legge non è la voce imparziale della ragione, ma è l'atto di volontà di un legislatore che preferisce privilegiare certi interessi al posto di altri. L'ordinamento giuridico è lacunoso e sempre più lo diviene man mano che la società si evolve. L'uguaglianza formale non riesce a nascondere le profonde disuguaglianze sociali ed economiche. La libertà politica è svuotata di senso senza il potere economico. La certezza del diritto è messa in crisi dalla constatazione che l'interpretazione giuridica è determinata dalle propensioni individuali del giudice. La logica giuridica non riesce a raggiungere la esperienza, restando pura astrazione. Crollano così tutte quelle difese con cui una società possessiva cercava di proteggersi da se stessa. Se il diritto è la difesa della persona umana e delle sue condizioni d'esistenza, la legge giuridica non riesce più ad assolvere questo compito e sorge il sospetto che non lo abbia mai assolto in modo soddisfacente. Ci si era illusi che bastasse a difenderci dai pericoli della mercificazione dell'uomo uno strumento artificiale accuratamente predisposto. Ora è in crisi proprio la tesi dell'artificialità ed exteriorità del diritto, della sua pretesa di prescindere da elementi oggettivi legati alla natura dello

uomo e della società in cui vive. Il diritto come pura tecnica deve necessariamente rinunciare ad instaurare la giustizia nei rapporti sociali, accontentandosi di controllare le ingiustizie mediante la legalità formale.

La crisi dell'interpretazione formalistica ripropone dunque più prepotentemente che mai il problema della natura e della funzione del diritto. L'antico interrogativo «che cosa è il diritto?» risorge, ancora carico di tutta la sua problematicità e complessità, proprio nell'epoca delle codificazioni. Siamo quindi passati dalla legge all'interpretazione e abbiamo constatato che l'interpretazione ci riconduce al diritto.

Le teorie giuridiche del Novecento si rendono conto che devono dare una risposta inequivoca intorno alla natura del diritto e ai suoi rapporti con la politica e con la società. Esse sono quindi costrette a prendere posizione nei confronti di quei fattori che hanno determinato il sorgere della legge codificata, sono per ciò stesso portate a compiere un riesame critico non solo della tecnica legislativa, ma soprattutto di quella visione generale dell'uomo e della società che abbiamo descritto, nonché della posizione del diritto nei confronti dei fatti sociali e politici.

Possiamo affermare che in questa prospettiva due sono state le vie principali battute dalla teoria del diritto: la *via normativa* e la *via sociologica*. Sono due teorie che si escludono a vicenda perchè pretendono di dare una risposta globale al problema della natura e della funzione del diritto. Si incontrano soltanto nel rifiuto del volontarismo giuridico, cioè nell'escludere che il diritto sia la manifestazione di una volontà psicologica, e in questo si ricollegano con le tendenze volte ad accentuare l'aspetto oggettivo della volontà della legge. Nell'accennare a queste due direzioni che ha preso la scienza giuridica contemporanea noi ci riferiremo esclusivamente, a titolo esemplificativo ed emblematico, a due versioni significative del normativismo e del sociologismo: quella di H. Kelsen e quella della Scuola sociologica francese.

1 – Il normativismo di H. Kelsen

L'obiettivo centrale della *teoria pura del diritto* di Kelsen è quello di mettere in luce le caratteristiche che consentono di individuare il diritto positivo indipendentemente dalla sua varia realizzazione storica. In effetti Kelsen ha davanti a sé la struttura che il diritto ha assunto nell'epoca della codificazione e tenta di rendere indipendente tale struttura dalla sua concretizzazione storica e dai suoi riferimenti socio-politici. La sua teoria assume quindi una connotazione puramente «formale». La caratteristica fondamentale che si impone nello studio della struttura della legge, è che quest'ultima mette in relazione tra loro dei fatti. Questi fatti sono comportamenti umani: da una parte v'è un determinato comportamento considerato come illecito e dall'altra v'è un altro comportamento considerato come sanzione. Ciò che è specifico del diritto è il modo di collegare questi due fatti, modo che è espresso palesemente dalla proposizione «Se un uomo ha commesso un delitto, gli *deve essere* inflitta una pena». Vale a dire che questi due fatti non sono collegati tra loro dalla legge della causalità («Se l'acqua arriva a 100 gradi - causa -, allora bolle - effetto -), ma da un altro tipo di legge, che Kelsen chiama «*principio della imputazione*», per cui, se si verifica un dato comportamento (condizione), *deve* verificarsene un altro (conseguenza). Il legislatore istituisce quindi una connessione tra due fatti sulla base del dover essere. Il dover essere è dunque la caratteristica propria del diritto, che quindi non appartiene né al mondo della natura o dell'essere né al mondo del valore o dell'ideale, ma al mondo del «normativo». Il diritto è norma, cioè una struttura formale che connette fatti sulla base del principio d'imputazione. «La norma giuridica diventa la proposizione giuridica che esprime la forma fondamentale della legge» (da *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di H. Kelsen). Ciò significa che la norma è la struttura formale della legge.

Sulla base di queste idee Kelsen sostiene l'assoluta autono-

mia della categoria giuridica (*purismo*). Una legge potrà essere ispirata da questa o da quella ideologia politica, ma sarà legge, non per il fatto che si riferisce al valore dell'uguaglianza invece che a quello dell'ordine, ma per il solo fatto che possiede una determinata struttura formale che è quella del dover essere. Di fronte alla crisi di quegli ideali che avevano forgiato - come abbiamo visto - il nostro concetto di legge, il tentativo del Kelsen è dunque quello di salvare questo strumento rendendolo indipendente da quei valori e, conseguentemente, da ogni valore. Ne risulta la tesi della *neutralità ideologica* e dell'*avalutatività del diritto*. La scienza del diritto è quindi scienza di norme. L'ordinamento giuridico è un ordinamento di norme disposte gerarchicamente secondo i piani in cui si dispiega la legge (costituzione, legislazione ordinaria, sentenza del giudice, atto di esecuzione della sentenza).

Dal punto di vista della funzione tuttavia il diritto non cessa di essere uno strumento, anche se può ormai presentarsi a realizzare tutti i fini, quelli dello stato totalitario così perfettamente come quelli dello stato democratico. Il diritto «è la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria» (da *Teoria generale del diritto e dello Stato* di H. Kelsen). Il diritto è quindi un ordinamento coercitivo, cioè un ordinamento sociale che usa la forza al fine di assicurare la pace. Il diritto è un'organizzazione della forza, cioè una regolamentazione di essa. Come la sua struttura così anche la funzione del diritto è di carattere formale.

La teoria di Kelsen ci appare così come l'estremo e più coerente tentativo di assolutizzare questo strumento di tecnica giuridica che è la legge, rendendolo inattaccabile dal logorio del tempo e dagli assalti del mutamento sociale. Questa metafisica della legge soddisfa alle esigenze della scienza pura e sacrifica allo ideale della scientificità ogni riferimento alla natura sociale e politica del diritto.

Se ora passiamo a considerare la teoria kelseniana dell'inter-

pretazione, a prima vista possiamo stupirci nel constatare che Kelsen aderisce alle tesi della scuola del diritto libero. Se Kelsen è formalista sul piano scientifico, non lo è nel campo dell'interpretazione giudiziale. Ogni atto normativo è un atto creativo di diritto. La decisione del giudice, ad es., è un atto di determinazione del significato di una norma, che di per sé contiene vari significati potenziali sia perchè il legislatore ha voluto lasciare aperte varie possibilità all'interprete sia per l'involontaria equivocità dei segni linguistici con cui si enuncia la norma. Il giudice nella sentenza sceglie uno di questi significati possibili. Ma non vi sono motivi razionali per scegliere questo invece che quel significato. Ogni scelta, in quanto atto di volontà normativa, è arbitraria e deve rispettare solo l'obbligo di attenersi al quadro dei significati possibili di quella data norma da interpretare. Il giudice, nei limiti di queste possibilità, è quindi legislatore. I fattori che influiscono su questa scelta sono relativi alle tendenze soggettive del giudice, tendenze sia di carattere psicologico che politico, sono insomma fattori extragiuridici. I metodi d'interpretazione sono molteplici e l'interprete ne usa liberamente al fine di scovare quel significato della norma che appare preferibile. Kelsen respinge dunque «la teoria comune dell'interpretazione (che) vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto un'unica decisione esatta e che l'esattezza della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa»(da *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di H. Kelsen). Egli quindi afferma che il principio della certezza del diritto non è altro che un mito. Mentre l'interpretazione giudiziale è un atto creativo di diritto per un caso concreto, l'interpretazione dottrinale ha un ruolo puramente scientifico in quanto offre al giudice quella panoramica di significati possibili tra cui scegliere.

Potrebbe sembrare che vi sia contraddizione tra il formalismo scientifico di Kelsen e il suo antiformalismo interpretativo, ma a ben guardare non è così. Ricordiamo che Kelsen nel suo tentativo di salvare la legge come strumento di controllo sociale ha

dovuto rinunciare ad alcune caratteristiche che l'hanno storicamente contrassegnata. Nel suo concetto di norma, ad esempio, mancano le note dell'astrattezza e della generalità, poiché per Kelsen anche la decisione del giudice è una norma. Inoltre abbiamo già notato la rinuncia al principio della certezza del diritto, che è un postulato fondamentale per i teorici illuministi. Ciò ci fa sospettare che la raffigurazione, che della società ha il Kelsen, non è più quella dei giuristi della Scuola dell'esegesi. In questa società infatti il valore politico preminente non è più quello della libertà o dell'uguaglianza, ma quello della pace e dell'ordine. E' quindi una società che è ritornata ad uno stato di guerra, una società che ha abbattuto le barriere della legge. Se quei valori, per quanto formali, sono diventati l'ideologia della classe borghese, la pace è ancora più formale di essi perchè garantisce solo la sopravvivenza della sfera sociale ed inoltre la coesistenza allo interno di essa di molteplici centri di potere. Kelsen ammette che in fondo il vero fine del diritto è la promozione della pace. Ciò spiega perchè nell'interpretazione, cioè nell'atto di concretizzazione dell'ordinamento in cui sono in gioco fattori extragiuridici, riemerge quel pluralismo di valori politici, aspirazioni ideologiche o meramente soggettive, che il diritto si limita a controllare.

Kelsen ha distaccato il diritto dalla sfera sociale, identificandolo con la sfera pubblica, che è resa a sua volta meramente neutrale. Ha separato lo stato dalla società ed ha identificato il diritto con lo stato, in ciò proseguendo la direzione della giuspubblicistica tedesca (Jellinek). In fondo per Kelsen le vere e proprie norme giuridiche non sono quelle che regolano il comportamento dei cittadini (*norme di comportamento*) ma quelle che regolano la struttura e la produzione del diritto (*norme di struttura e di organizzazione*). Questo è il segno evidente del tentativo kelseniano di salvare la legge rifugiandosi in un estremo formalismo.

Riguardo al problema dell'interpretazione Kelsen ci insegna che l'antiformalismo interpretativo non è di per se stesso legato ad una concezione contenutistica e realistica del diritto, ma che

può essere coerentemente sostenuto anche da chi ritiene il diritto indipendente da ogni valore sociale e politico. Ma in tal caso v'è una scissione insanabile tra interpretazione e diritto. L'oggetto dell'interpretazione non è più il diritto. Ciò ci fa comprendere che l'antiformalismo interpretativo non significa nulla finché è collegato al formalismo scientifico. E' solo una concezione realistica del diritto che può dare i contenuti giuridici all'attività interpretativa. La visione individualistica e contrattualistica della società non è dunque efficacemente contestata dalla concezione kelseniana né Kelsen ha mai avuto l'intenzione di contestarla.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

U. CERRONI, *Concezione normativa e concezione sociologica del diritto moderno*, in «Democrazia e diritto» 1961, pp. 363-396; N. BOBBIO, *Hans Kelsen*, in «Riv.int.di fil.del dir.» 1973, pp. 425-449; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad.it., Einaudi, Torino 1967; G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in Hans Kelsen*, in «Riv.int.di fil.del dir.», 1957; M.G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in «Riv.int.di fil.del dir.», 1968, pp. 524-545; F. VIOLA, «H. Kelsen e l'interpretazione delle norme», in *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo 1974, pp. 74-84.

2 – La Scuola sociologica francese

L'individualismo sociale è rafforzato - come abbiamo visto - dal predominio della legge e dalla libertà dei contratti individuali (*autonomia privata*). Lo stato difende i cittadini dagli effetti disgregatori della concorrenza, coordinando i loro interessi e bisogni (*individualismo contrattualistico*) e subordinandoli, laddove è necessario, ad una volontà superiore (*statualismo gerarchico*). I cittadini a loro volta si difendono dallo stato con il sistema dei diritti pubblici soggettivi, che limitano direttamente il potere dello stato e vengono garantiti da tribunali sia amministrativi che

costituzionali. Alla fine dell'Ottocento tuttavia si verifica il sorgere di nuovi fenomeni sociali che rimettono in discussione questo modello individualistico: lo sviluppo dell'industria favorisce la costituzione di gruppi di attività economica che diventano centri di potere non più controllati dallo stato; conseguentemente si sviluppa l'associazionismo operaio, che nei sindacati trova un nuovo ed efficace strumento di difesa sociale ed economica, e si organizzano i partiti politici. Lo stato allora comincia ad intervenire sempre più nella contrattazione privata e, di risulta, entra in crisi la tradizionale ripartizione tra diritto pubblico e privato. Ciò che comunque appare evidente è l'incapacità della vecchia concezione del diritto ad assimilare questi nuovi fenomeni sociali. Il diritto ufficiale tende a non riconoscerli e ad emarginarli, continuando ad inquadrarli nelle tradizionali categorie contrattualistiche o considerandoli come finzioni giuridiche. Basta osservare l'insufficienza delle categorie privatistiche nel dar ragione al contratto collettivo di lavoro per rendersi conto del tramonto dell'individualismo giuridico.

Da queste osservazioni sulla situazione attuale della società prende l'avvio la Scuola sociologica francese che si sviluppa dalla fine dell'Ottocento (Hauriou) sino alla prima metà del nostro secolo (Gurvitch). I seguaci di questo movimento, che sono sia giuristi che filosofi e sociologi, sono legati tra loro dall'obiettivo di analizzare scientificamente questi nuovi fenomeni sociali e di trarre da essi una nuova concezione del diritto (*teoria dell'istituzione* e *teoria dei fatti normativi*). Ma divergono profondamente nei presupposti filosofici da cui partono e nei valori politici che difendono. A noi qui interessa soltanto accennare ad alcune tesi caratteristiche di questa scuola ed ai suoi influssi sul problema dell'interpretazione giuridica.

Innanzitutto v'è la convinzione che fonte del diritto non è lo stato, ma la società. Quest'ultima non è la somma degli individui, ma racchiude in sé una pluralità di gruppi. Un gruppo sociale è tale in quanto è organizzato, ha una struttura, è un sistema di

procedure e di ruoli sociali sviluppato intorno a un valore o a una serie di valori. Ciò che lega insieme i singoli individui nel gruppo non può essere inteso in termini contrattualistici implicanti un incontro di volontà soggettive che pure restano atomisticamente separate. In un gruppo sociale i singoli sono collegati insieme dall'adesione ad una medesima idea direttiva di un'opera da realizzare o di un valore da attuare (Hauriou). Per la realizzazione di quest'idea si organizza un potere che si struttura in organi di governo. Abbiamo così l'istituzione. E' caratteristica fondamentale dell'istituzione che la sua durata non dipenda dalla volontà dei singoli. Essa è un'entità autonoma dotata di un proprio ciclo vitale. È una totalità in cui i singoli sono *integrati* in una comunione e collaborazione reciproca (Gurvitch). L'individuo quindi non è atomo della società, ma vive nel tutto e per il tutto sociale, è inserito in un ordine in cui ritrova se stesso e i propri fini. La coscienza individuale diventa quindi coscienza collettiva, che che pure non è un'entità trascendente le coscienze personali ma immanente ad esse. E' quindi fondamentale nella costituzione di un gruppo sociale il *processo d'interiorizzazione* delle sue finalità.

Questa teoria cerca quindi d'inquadrare sociologicamente i nuovi fenomeni sociali, servendosi di categorie opposte al tradizionale volontarismo contrattualistico e individualistico. Conseguentemente sorge la necessità di una ristrutturazione del diritto. E' ovvio che si rifiuti l'identificazione tra stato e ordinamento giuridico, perché alla pluralità dei gruppi sociali corrisponde una pluralità degli ordinamenti giuridici. Così il *diritto sociale* si oppone al diritto individuale. (A questo punto ci limitiamo a considerare solamente le idee del Gurvitch, che, a differenza degli altri teorici di questa scuola, tende ad eliminare il diritto individuale)

Il diritto sociale è fondato sul fatto dell'unione e della comunione delle persone, fatto che, essendo generatore di diritto, è un *fatto normativo*.

Fatti normativi sono i fatti sociali portatori di valori. Essi incorporano in sé un valore positivo, cioè sono strutture sociali che incarnano valori realizzati. Questi fatti «materializzano» un valore giuridico (o morale) extratemporale e quindi danno positività all'ideale e al normativo. Come sul fatto dell'unione e della comunione si fonda l'obbligatorietà del diritto sociale così sul fatto della relazione con altri o della socialità per opposizione reciproca si fonda la forza obbligatoria del diritto individuale.

Un fatto normativo è giuridico quando realizza una conciliazione di valori, integrandoli nel tutto sociale. Il valore fondamentale del diritto, cioè la giustizia, è infatti proprio quest'opera di armonizzazione dei valori contrastanti variamente attuata dai diversi tipi di strutture sociali. L'idea della giustizia finisce così per identificarsi con quella dell'*ordine* e della sicurezza. Tutta la Scuola sociologica francese persegue questo ideale dell'ordine come valore prevalente e direttivo nei confronti degli altri. Allo ordine subordina il potere e la libertà. L'ordine è infatti il valore proprio dei gruppi sociali così come la libertà lo è dell'individuo. Il diritto è il tentativo di realizzare la giustizia in un dato ambiente sociale, questo tentativo si atteggia diversamente a seconda della varietà delle strutture sociali. Vi sono quindi altrettanti gradi di ordine e di sicurezza quanti sono gli aspetti della giustizia. E vi sono vari tipi di ordine a seconda della diversità dei fatti normativi. Il fatto normativo racchiude in sé, quindi, una data struttura sociale, un complesso di valori positivi e l'idea di giustizia ovverossia di ordine sociale.

Su queste basi si fonda il diritto sociale, che, sgorgando spontaneamente dalla vita sociale, permette ai soggetti di partecipare direttamente al tutto. E' un diritto di comunione e non di separazione delle persone. E' un diritto di pace, di aiuto scambievole, di lavoro in comune, e non - come il diritto individuale - un diritto di guerra e di conflitto. Certamente anch'esso ha bisogno di un'organizzazione, di un complesso di regole, di comandi giuridici e anche di garanzie sociali che ne assicurino l'osservanza

(le sanzioni). Queste regole, che poi sono le nostre leggi, non sono vere e proprie fonti del diritto ma procedimenti tecnici fondati sui fatti normativi. Questo diritto organizzato presuppone e si fonda sul diritto spontaneo non organizzato. Quando si perde questo collegamento, allora il diritto sociale organizzato perde il suo carattere di diritto d'integrazione e di comunione e diventa diritto di subordinazione e di dominio. Lo stato è quindi una società globale che integra in sé una pluralità di gruppi sociali ed è esso stesso integrato nel tutto della comunità internazionale.

Questa concezione del diritto conduce ad una reinterpretazione dei concetti giuridici fondamentali, che in questa sede non è nostro compito esaminare. Qui basti sottolineare che in questa prospettiva la società (non più lo stato) diventa fonte del diritto (*antistatalismo*).

Se ora gettiamo uno sguardo sugli influssi che questa concezione ha esercitato sul problema dell'interpretazione del diritto, un'altra sorpresa ci attende, una sorpresa analoga ma di segno opposto a quella registrata nei confronti della teoria kelseniana dell'interpretazione. Per questi autori infatti l'interpretazione non è creativa di diritto. Il giurista e il giudice infatti sono i fedeli interpreti del diritto sociale. Essi devono cogliere con mezzi d'indagine appositi le caratteristiche del diritto spontaneo, estendendole ai casi concreti da regolare. Certamente l'opera della giurisprudenza è quella di tecnicizzare il diritto spontaneo, di dare ad esso una sistemazione giuridica, ma questa tecnica giuridica non deve mai pretendere un'autonomia. Essa è semplicemente al servizio di una determinata struttura sociale. La dogmatica giuridica non è quindi la sede di concetti immutabili, ma è la espressione delle categorie giuridiche di una data situazione sociale. L'interprete dovrà quindi far ricorso alla sociologia del diritto, che è una disciplina puramente descrittiva.

«Se il giurista non tenesse alcun conto del diritto vivente, del diritto spontaneo in atto, del diritto flessibile e dinamico (che è in perpetuo divenire ed è ovviamente inscindibile dalla realtà so-

ziale del diritto), del comportamento, della prassi, delle istituzioni, delle convinzioni collegate al diritto, egli correrebbe il rischio di costruire un edificio totalmente disgiunto dal diritto realmente valido, dal diritto realmente efficace in un determinato ambiente sociale» (da *Sociologia del diritto* di G. Gurvitch).

Evidentemente il giurista non è più il puro esegeta della legge, la sua opera è più complessa e articolata, deve mettere insieme diversi fattori eterogenei e tuttavia dovrà rispettare il carattere positivo del diritto, la sua fattualità. Ricordiamo che Santi Romano, un nostro giurista molto vicino a queste tesi sociologiche, sosteneva che «l'interpretazione non è che il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio» (da *Frammenti di un dizionario giuridico* di S. Romano). Egli si rifiutava di parlare di «interpretazione evolutiva» sostenendo che ciò che si evolve non è la interpretazione ma l'ordinamento giuridico che è oggetto dell'interpretazione.

Come abbiamo visto, lo sforzo di questi autori è quello di creare un'alternativa al diritto individualistico e legalistico, alternativa che oggi ha un seguito nello studio del diritto degli enti intermedi (cfr. Rescigno). Tuttavia non si può affermare che la evoluzione della società vada verso il superamento del diritto individualistico e contrattualistico. Se una nozione adeguata del diritto sociale può essere utile a spiegare fenomeni sociali nuovi e ad inquadrarli giuridicamente, si deve riconoscere altresì che il volto individualistico e conflittuale della società si riproduce a livello dei gruppi. Il conflitto degli individui si trasforma in conflitto dei gruppi sociali, che spesso sono strutturati intorno a interessi comuni piuttosto che intorno a valori. Tale conflitto non viene certo sopito nella società globale, per la quale parlare di comunione e di unione è spesso una pietosa illusione.

Proprio in nome dell'osservazione sociologica, tanto cara a questa scuola, bisognerà constatare che l'epoca del diritto indi-

viduale non sembra tramontata. Ma allora le istanze sociologiche relative ad un nuovo diritto saranno ben poco utili ai fini della elaborazione di una nuova cultura giuridica. Esse servono però a dimostrare che, pur affiorando qua e là tentativi di superamento del vecchio formalismo, non possiamo affidarci alla storia sicuri che prima o poi trionferà la giustizia sostanziale, ma dobbiamo operare per modificare le stesse condizioni storiche dell'uomo sociale. La sociologia servirà per conoscere questi condizionamenti strutturali, ma essa non ci potrà fornire le direzioni verso cui andare. Il problema del diritto quindi dal piano delle descrizioni viene ribaltato sul piano dell'azione e dell'attività umana. Dal concetto di diritto ritorniamo verso l'attività interpretativa.

Se è lecito tirare una conclusione da questi approssimativi cenni sul normativismo e sul sociologismo, possiamo notare che, se il problema dell'interpretazione ha riproposto il problema del diritto, quest'ultimo ci riporta al problema della società, cioè di una nuova visione dell'uomo sociale e politico. Se è tramontato il contrattualismo e il legalismo, non è ancora cancellato il volto di una società possessiva e di un uomo che si autodefinisce «proprietario di se stesso». L'opera interpretativa riacquista perciò una funzione di modificazione della realtà sociale.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

N. BOBBIO, «Fatto normativo», in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Giuffrè, Milano 1967, pp. 988-995; M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, trad.it., Giuffrè, Milano 1967; G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, trad.it., Etas/Kompass, Milano 1967; N. BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale*, in «Riv. int. di fil. del dir.» 1936.

CAPITOLO SESTO

NUOVI ORIENTAMENTI DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA

Ancora oggi non si può disconoscere una certa attualità sia alle idee di Kelsen e della direzione normativistica che alle idee di Gurvitch e della direzione sociologica. E tuttavia, anche se vi sono aspetti dell'esperienza giuridica che danno loro ragione, le vecchie concezioni del formalismo interpretativo e del diritto individuale continuano a sussistere nella prassi giuridica. Non vi è stata dunque una trasformazione dell'esperienza giuridica, ma un'aggiunta di nuovi fattori che ne aumentano la complessità e l'inafferrabilità.

Nel campo dell'interpretazione giuridica - come d'altronde dappertutto - si oscilla tra conservatorismo e progressismo. Abbiamo già visto che l'interpretazione teleologica può essere intesa sia come ricostruzione del gioco degli interessi che come illuminazione dei fatti mediante valori ideali. Ciò avviene anche per l'interpretazione evolutiva, che viene intesa sia come *storico-evolutiva*, cioè come sviluppo di ciò che è già insito nella legge (*conservatorismo*), che come *socio-evolutiva*, cioè come reale adeguazione del diritto allo sviluppo della società (*progressismo*). L'interpretazione evolutiva è divenuta una sorta di ripostiglio da cui trarre le cose vecchie e nuove. Serve ai formalisti per dimostrare che non sono poi così ciechi e insensibili all'evoluzione sociale. Serve ai progressisti per dimostrare che i loro strumenti

interpretativi non hanno nulla di rivoluzionario, ma sono proprio quelli tradizionali. Abbiamo così due blocchi contrapposti: da una parte coloro che restano fedeli alle tesi tradizionali dell'interpretazione della legge, pur essendo disposti a concedere maggiore spazio all'intervento dell'interprete ma sempre nel quadro dello stato di diritto e del principio della certezza; dall'altra quelli che sottolineano la dimensione politica dell'interpretazione, la sua creatività, la responsabilità politica di un giudice che deve interpretare sia il diritto normativo che le esigenze della società e il tutto alla luce dei principi politici fondamentali. Il contrasto si acuisce quando ci si rende conto che il vero problema interpretativo concerne non già la legislazione ordinaria, ma la stessa costituzione. Se la legge giuridica contiene in sé potenzialmente una pluralità di significati, ciò è vero anche per la legge costituzionale. Gli stessi principi costituzionali di libertà, uguaglianza, proprietà, autonomia privata, etc... sono quindi suscettibili di varie interpretazioni, che poi evidentemente si ripercuotono nella interpretazione della legislazione ordinaria. Ciò è particolarmente possibile nei confronti di una costituzione come la nostra, che ha voluto programmaticamente realizzare un compromesso tra opposte ideologie.

Si ammette quindi la dimensione politica dell'interpretazione, ma il contrasto risorge sulla natura di questa politica. Per alcuni la politica del giurista e del giudice è la stessa di quella del legislatore in ossequio al principio della separazione dei poteri. Per altri la politica del giurista e del giudice è ispirata da valori propriamente giuridici quali quelli dell'eliminazione del torto, della pacificazione universale, della tutela della volontà individuale e così via, una politica *super partes* immanente alla stessa attività giuridica. Per altri ancora la politica dell'interprete è autonoma rispetto a quella del legislatore né si può parlare di una politica propria del diritto che non sia quella propria di una determinata classe nei confronti delle altre. Il panorama è quindi piuttosto confuso né possiamo sperare alcun chiarimento da un riesame dei

metodi interpretativi che di per sè possono condurre a qualsiasi risultato. E' ormai evidente che siamo di fronte al problema dei fini del diritto e della società e che la stessa problematica della interpretazione deve essere impostata su questa base e in questa prospettiva.

La scienza del diritto si sta sempre più rendendo conto della sua portata politica. Alf Ross, uno dei maggiori teorici del diritto dei nostri tempi, ha dimostrato che per una buona parte la scienza giuridica è prescrittiva, contiene consigli rivolti all'interprete e sviluppa una vera e propria politica del diritto. Nella scienza giuridica si distingue quindi una parte sociologica di osservazione scientifica della realtà sociale e una parte tecnico-politica che corrisponde alla nostra dogmatica e teoria generale del diritto. La nuova figura di giurista appare quindi più aperta ai problemi sociali, più competente nelle scienze sociali e soprattutto consapevole della sua funzione politica di costruttore e ricostruttore delle istituzioni sociali. Così anche il giudice viene considerato non solamente come interprete della legge ma soprattutto come «esperto della vita sociale» e, nello stesso tempo, come quello operatore che trasforma la legge in diritto. L'attenzione quindi si sposta dal diritto legislativo al diritto giudiziale, a ciò che i tribunali fanno.

Queste proposte di revisione della mentalità e degli atteggiamenti del ceto giuridico finiscono però per confondersi con la mentalità e gli atteggiamenti tradizionali, a cui si resta attaccati non solo per passività e conformismo ma anche perchè non si vuole abbandonare il certo per l'incerto. Ed in effetti le nuove proposte non offrono ancora criteri-guida oggettivi all'attività interpretativa. Non ci resta qui da fare altro che registrare quelle posizioni che sono a nostro avviso le più consistenti e convincenti al fine di una nuova impostazione del problema dell'interpretazione della legge. L'identificazione tra legge e diritto aveva prodotto una reazione di rigetto nei confronti della legge. Oggi si riconosce la funzione ineliminabile della legge e quindi torna alla

ribalta il problema della sua interpretazione. Si comprende quindi che un nuovo diritto non si inventa a tavolino, ma deve essere elaborato dalla stessa attività interpretativa.

Sullo sfondo ancora troppo sfumato di queste considerazioni preliminari si muovono sia gli studiosi della natura logico-linguistica del procedimento interpretativo sia coloro che hanno additato nella «natura delle cose» i criteri oggettivi, contenutistici e politici dell'interpretazione.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad.it., Einaudi, Torino 1965; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Riv.di dir. comm.», 1967, pp. 83-99; N. LIPARI, «L'interpretazione giuridica», in *Il diritto privato nella società in trasformazione*, il Mulino, Bologna 1971; C.M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in «Riv.di dir. civ.» 1964, pp. 478-498; R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Laterza, Bari 1972.

1 - La logica del giudice

Lo sviluppo della filosofia linguistica e delle scienze umane (antropologia, etnologia, sociologia, psicologia, etc...) ha condotto ad una migliore conoscenza della struttura del linguaggio e delle sue implicanze antropologiche. L'interpretazione della legge viene quindi considerata come un'operazione linguistica in quanto ha per oggetto il linguaggio del legislatore ed è diretta a determinare il significato dell'enunciato legislativo. Il risultato di quest'operazione è la norma vera e propria. I procedimenti logici che permettono di pervenire a tale risultato non sono quelli della logica deduttiva, per cui da un dato principio si perviene necessariamente ad una data conclusione, ma quelli di una logica propria del linguaggio morale e giuridico, cioè la cosiddetta «logi-

ca argumentativa». Il campo morale e giuridico non è il mondo del necessario, ma del probabile. Vi sono ragioni pro e contro il compimento di una data azione. Ma nessuna di queste ragioni è mai così schiacciante da eliminare la nostra libertà di scelta, che tuttavia si esercita legittimamente sempre nell'ambito del ragionevole. Il linguaggio giuridico è sottratto al piano della pura razionalità e necessità per essere considerato come appartenente al mondo del ragionevole e del probabile. In questa prospettiva si esamina l'opera del giudice e soprattutto il modo in cui decide. Si sottolinea il fatto che i procedimenti con cui il giudice perviene alla decisione sono logicamente diversi da quelli con cui motiva la decisione presa. In effetti, di fronte ad un caso concreto, il giudice prima decide come risolverlo e poi cerca gli *argomenti*, appoggiati al dettato legislativo, che giustificano questa decisione. Viene così definitivamente confutata la tesi del sillogismo giudiziale. Lo studio dell'interpretazione giudiziale implica dunque due ordini di ricerche: una di carattere psicologico, sociologico e ideologico sulla maturazione della decisione, l'altra di carattere logico-argomentativo sulla giustificazione della decisione presa. Se cerchiamo i motivi reali che hanno condotto il giudice ad una data decisione, dobbiamo impegnarci in una vasta analisi sociologica e psicologica, che vedrà nel giudice l'espressione di un dato tipo d'uomo e la manifestazione di una determinata forma di società. Ma possiamo anche esaminare gli argomenti che preferibilmente usa per fondare le sue decisioni e le regole a cui si richiama, cioè possiamo delineare la sua *logica della scelta*. Essa è costituita da *regole tecniche*, tra cui rientrano i vari metodi interpretativi di cui abbiamo parlato e da *regole-guida* di carattere extranormativo, politico e sociale, che indicano nei casi dubbi qual è il significato preferibile della norma.

In questa prospettiva si sono sviluppate numerose ricerche di logica del diritto e di logica del giudice, che devono essere annoverate tra i contributi più cospicui dell'epoca contemporanea al chiarimento dell'interpretazione giuridica. Tuttavia queste ri-

cerche si mantengono spesso sul piano della pura constatazione ed in un certo senso rinnovano quella neutralità propria del formalismo interpretativo. A noi interessa non soltanto conoscere i meccanismi della scelta e della decisione, ma anche - e soprattutto - avere criteri di scelta oggettivamente fondati che ci salvino e dall'arbitrio del giudice e dal formalismo legalistico. Questi sostenitori dell'aspetto linguistico dell'interpretazione sono in fondo convinti dell'impossibilità di fondare oggettivamente questi criteri (*scetticismo giuridico*). Uno dei maggiori teorici inglesi contemporanei, H.L.A. Hart, è convinto che ogni norma abbia un nucleo di significati non dubbi ed una periferia di significati imprecisi e oscuri tra cui l'interprete sceglie con piena libertà. V'è quindi una tendenza del pensiero giuridico contemporaneo a realizzare una soluzione di compromesso tra il vecchio formalismo e le nuove istanze contenutistiche.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

CH. PERELMAN-OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, trad.it., Einaudi, Torino 1966; G. GOTTLIEB, *The logic of choice*, G. Allen & Unwin LTD, London 1968; M.G. WROBLEWSKI, «La règle de decision dans l'application judiciaire du droit», in *La règle du droit*, Bruylant, Bruxelles 1971; M.G. WROBLEWSKI, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, in «Riv.int.di fil.del dir.», 1967, pp. 10-30; F. VIOLA, «H.L.A. Hart e la struttura aperta del diritto», in *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo 1974, pp. 103-121; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, il Mulino, Bologna 1974.

2 – La natura delle cose

Una fondazione oggettiva dei criteri-guida dell'attività interpretativa è chiaramente anche una fondazione oggettiva del diritto. Per quanto la legge sia uno strumento indispensabile alla vita del

diritto, essa stessa deve essere ricondotta alle sue basi reali. La storia dell'interpretazione della legge ci insegna indubitabilmente ad andare dalla legge al diritto e dal diritto alla società, all'uomo e alla natura. E' ciò che fanno i seguaci della *dottrina della natura delle cose*. Si tratta di un indirizzo di pensiero che racchiude in sé teorie profondamente diverse tra loro poiché partono da concezioni diverse della «natura» e della «cosa», nonché della funzione della natura della cosa come fonte del diritto.

Alcuni intendono la natura in senso fattuale (biologico, sociologico, economico), altri in senso ideale come struttura fenomenologica. Per alcuni la «cosa» è un dato di fatto, per altri è l'uomo stesso, la sua azione. La dottrina della natura delle cose ha origini molto antiche. Nei suoi aspetti più generali e generici è da tutti pacificamente ammesso che anche il legislatore, nonostante la sua onnipotenza, deve rispettare le strutture naturali dell'uomo, le strutture biologiche e psicologiche come anche quelle spirituali (ad es. l'aspetto volontaristico dell'azione), altrimenti le sue leggi comanderebbero l'impossibile e quindi sarebbero inefficaci.

Il diritto romano classico, che è giurisprudenziale, si rifà esplicitamente alla natura della cosa. I giurisperiti romani non traevano le soluzioni dalla norma, ma dalla realtà stessa. *Jus non a regula sumatur, sed a jure, quod est, regula fiat*. E così traggono argomenti per la soluzione giuridica dalla natura del *contractus*, della *societas*, dell'*actio* e così via. Anche i giuristi medioevali sostenevano che il diritto sorge dall'osservazione dei fatti: *ex facto oritur jus*. Tuttavia le versioni contemporanee della dottrina della natura delle cose devono fare i conti con l'ideologia della supremazia della legge tra le fonti di diritto e quindi sono impegnate in questo rapporto tra il concetto moderno di legge e quello moderno di natura.

Come v'è disaccordo sul contenuto della natura delle cose così v'è disaccordo sulla sua funzione. Alcuni vi vedono una vera e propria fonte del diritto, almeno suppletiva, ma capace di inte-

grare le insufficienze della legge. Per altri si tratta dell'unica fonte del diritto o almeno della principale ed in questo soppianterebbe più o meno completamente la legge. Altri ancora rifiutano la possibilità di considerarla come creatrice di diritto, poiché dai fatti non può scaturire una norma se non con l'intervento di un atto di volontà e di scelta. Si è fatta così notare la differenza tra il momento dell'elaborazione di una regola e la sua qualificazione giuridica (cfr. Bobbio). E' necessaria una norma perchè una regola tratta dalla natura delle cose abbia una validità giuridica positiva. Attualmente infatti si fa ricorso alla natura delle cose quasi unicamente nei confronti dell'attività interpretativa. La natura delle cose diventa così un criterio-guida dell'interprete nella ricerca dei significati normativi. Ma, siccome si sostiene che la interpretazione è creativa di diritto, la natura delle cose finisce per svolgere attraverso l'interpretazione il ruolo di fonte del diritto, anche se in senso diverso dal precedente cioè nel senso che determina il significato della legge. Essa può svolgere efficacemente questo ruolo quanto più è collegata ad una concezione globale dell'uomo e della società da cui trarre i suoi contenuti. Per questo esamineremo brevemente due versioni opposte di tale dottrina, a nostro parere le più importanti perchè in grado di fornire all'interprete criteri sicuri oggettivamente fondati in una visione politica globale; la *versione marxista* e quella *cristiana*.

Il giovane Marx pensava che «il legislatore deve considerarsi come uno scienziato che scruta la natura. Egli non fa le leggi, non le inventa, egli non elabora che formule, enuncia sotto forma di leggi positive coscienti le leggi interne dei rapporti spirituali. Si potrebbe rimproverare certamente al legislatore di cadere nel più sfrenato arbitrio se egli sostituisse le sue proprie idee alle *essenze delle cose*; ma il legislatore, dal canto suo, ha il diritto di ritenere che i privati, che vogliono far prevalere i loro capricci sulla *natura delle cose*, cadono nell'arbitrio più sfrenato» (da *Der Ehescheidungsgesetzentwurf* di K. Marx).

Come è noto, per Marx questa natura delle cose è la struttura economico-sociale. Con ciò Marx dà una risposta al problema della natura dell'uomo e della società. «Come gli individui esternano la loro vita, così essi sono. Ciò che essi sono coincide dunque con la loro produzione, tanto con ciò che producono quanto col modo come producono. Ciò che gli individui sono dipende dunque dalle condizioni materiali della loro produzione» (da *L'ideologia tedesca* di K. Marx). Ciò significa che l'individuo è essenzialmente attività produttiva e trasformatrice della materia (il lavoro, la prassi), cioè che l'individuo è come si pone nei confronti della natura. La società umana è un complesso di rapporti materiali, cioè di rapporti tra uomini in funzione della natura. Ogni rapporto spirituale o ideale si deve concepire in funzione del rapporto entro cui il genere umano esiste, vive, si conserva e opera nella natura, come funzione quindi del rapporto di produzione. Il diritto è una sovrastruttura del mondo sociale ed economico. Esso riflette sul piano astratto la forma della società e i modi della produzione. La base reale del diritto è quindi economico-sociale. Il diritto è espressione dei fatti economici e dei rapporti di produzione. «Il modo di produzione della vita materiale condiziona, in generale, il processo sociale, politico e spirituale della vita» (da *Per la critica dell'economia politica* di K. Marx).

Abbiamo quindi, a seconda delle condizioni in cui si realizza la produzione, diverse forme di socialità e, corrispondentemente, di diritto. Il diritto moderno è in funzione del moderno rapporto di produzione, che presuppone che i soggetti siano liberi, eguali e indipendenti (cioè non vincolati per natura come gli schiavi), e quindi un rapporto sociale che si svolge nello scambio. Ciò implica un'autorità pubblica di fronte a cui tutti gli individui sono giuridicamente uguali e che utilizza norme generali, astratte e tipiche. L'elemento fondamentale di questo scambio è il contratto di lavoro, in cui si concreta la relazione tra forze di produzione, mezzi di produzione, merci prodotte e mezzi di sussistenza. Alla indipendenza giuridica fa riscontro quindi una dipendenza sociale

oggettiva, che si acuisce sempre più man mano che lo scambio si generalizza sino a manipolare e mercificare interamente l'attività umana, che è poi la stessa natura dell'uomo. All'uguaglianza giuridica fa riscontro una disuguaglianza economica. V'è quindi il tentativo di rendere autonoma la sovrastruttura giuridica nei confronti della struttura economica e di sanare a livello politico la alienazione economica che è la fonte reale di ogni altra alienazione (sociale, politica e religiosa).

La causa prima del formarsi del capitale è «l'espropriazione del produttore immediato, cioè l'abolizione della proprietà privata fondata sul proprio lavoro» (da *II Capitale* di K. Marx). Questo sistema di produzione ha però il difetto di generare gli stessi mezzi materiali per il proprio annientamento. Questa legge oggettiva della espropriazione del produttore immediato si ritorce sugli stessi capitalisti. La *centralizzazione dei capitali* nelle mani di pochi magnati e la *socializzazione del lavoro* raggiungono un punto insopportabile in quanto cresce la miseria e il monopolio del capitale diventa un vincolo per la produzione. Marx quindi può affermare che «appena i lavoratori si mutano in proletari e le loro condizioni di lavoro si mutano in capitale, l'ulteriore socializzazione del lavoro e l'ulteriore mutamento della terra e degli altri mezzi di produzione in mezzi di produzione sfruttati socialmente, cioè comunitari, e quindi l'ulteriore espropriazione dei proprietari privati, acquista una nuova forma. Chi ora deve essere espropriato non è più il lavoratore che opera da solo, bensì il capitalista che sfrutta più lavoratori» (da *II Capitale* di K. Marx).

La critica marxiana al diritto borghese si fonda quindi su basi scientifiche relative alla natura e allo sviluppo dei fatti economici. Non si tratta quindi di schierarsi per ragioni umanitarie dalla parte degli sfruttati, ma di rendersi conto che la forma capitalistica della produzione è destinata inevitabilmente a produrre la sua negazione e il suo annientamento. L'interprete del diritto si trova quindi davanti ad una sovrastruttura che riflette ancora una struttura capitalistica della produzione e davanti ad una struttura

che già manifesta i segni della sua dissoluzione. Vi sono fatti economici nuovi che non sono più inquadrabili nel regime capitalistico della produzione. V'è quindi una contraddizione tra diritto e economia, e v'è una contraddizione all'interno stesso dei fatti economici. La prima è una contraddizione ideologica e quindi irreali, la seconda è la vera e propria contraddizione dialettica (reale) che si risolverà nel suo superamento («Gli espropriatori vengono espropriati»).

L'interprete osserverà le norme alla luce dei fatti e delle loro determinazioni economico-materiali ed estrarrà dalle norme quei criteri di valutazione e di giudizio «fattualmente rilevanti», cioè volta a volta più adeguati al fatto considerato e appreso nella sua interezza. Tuttavia abbiamo visto che i fatti stessi sono contraddittori, ma il marxista sa bene dove conduce la storia e, se sceglie per un'interpretazione favorevole agli interessi del proletariato, non fa che accelerare l'inevitabile avvento al potere di questa classe..

In conclusione è la base materiale, la prassi che condiziona il concetto e la categoria giuridica e determina l'uso delle norme. Si tende a sottolineare che ciò non significa disapplicare il diritto nè violare il principio di legalità. E' la stessa struttura formale del diritto borghese che autorizza un'interpretazione alternativa (*giurisprudenza alternativa*) tesa a ripristinare l'uguaglianza economica. La crisi della legalità non è altro che la crisi della legalità borghese. Anzi si può accusare lo stesso diritto borghese e i suoi fedeli interpreti di disapplicare i propri principi.

Ad esempio, l'art. 3 della nostra costituzione, oltre ad una eguaglianza formale, prescrive di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la sostanziale eguaglianza e libertà di tutti i cittadini. Questo principio viene considerato da una corrente della Magistratura italiana come la legittimazione per una interpretazione alternativa della legge, non più ispirata ai principi normativi borghesi ma a quelli socialisti e egualitari.

La giurisprudenza alternativa, che quindi si oppone a quella

evolutiva, è uno dei primi passi verso l'instaurazione di una nuova legalità che rifletterà la trasformazione in senso socialista della società e dei rapporti di produzione. Si parla così di «riappropriazione sociale della funzione normativa». Nel campo della scienza giuridica queste idee assumono un ruolo più costruttivo e non esclusivamente eversivo. Il giurista marxista è chiamato infatti ad elaborare gli strumenti per una gestione sociale e quindi politica del processo di produzione e di distribuzione.

Nella visione marxista, almeno in una prima fase, non si rifiuta la legge giuridica positiva così come è stata messa a punto nella epoca delle codificazioni, tuttavia la si subordina alla natura dei fatti economici e ai valori della classe proletaria. Ciò è possibile perchè il marxismo appartiene a quella visione generale dell'uomo e della società che è propria del pensiero moderno. All'individuo «nudo» sostituisce l'*individuo sociale*, ad una ragione strumentale e calcolatrice sostituisce le leggi ferree dell'economia, all'alienazione della libertà generata dal dispotismo sostituisce l'alienazione economica generata dal capitalismo e, soprattutto, alla scissione borghese tra natura e spirito sostituisce una visione integrale dell'uomo come attività produttiva. L'uomo borghese è -come abbiamo visto- proprietario di sé, mentre l'uomo di Marx è produttore e trasformatore della materia. Vi è una differenza notevole tra le due prospettive, e tuttavia esse sono accomunate nel fatto di concepire l'uomo esclusivamente in funzione dei beni materiali, come pura relazione ad essi. Il pensiero borghese ha creduto di salvare con ciò l'indipendenza e l'individualità dell'essere umano. Ma se l'uomo perde la sua proprietà, perde se stesso nella visione borghese. Quei beni materiali, che avrebbero dovuto costituire la difesa della sua libertà, ne sono infatti diventati l'essenza e quindi la negazione. L'uomo produttore invece ha rinunciato alla sua individualità perchè è condizionato dai modi di produzione, modi che danno un volto storico e sociale alla sua attività. Anche in questo caso si verifica quindi il totale assorbimento dell'uomo nella sfera economico-sociale e

il dissolvimento della libertà nel determinismo dei fatti economici. V'è un contrasto insanabile all'interno del pensiero di Marx tra la considerazione scientifica del determinismo economico dei fatti e l'esigenza di affermare l'attività produttiva, creatrice e libera dell'uomo. Se l'uomo si dissolve nei fatti, non si può pretendere che li domini, tutt'al più potrà anticiparli senza però nessuna possibilità di sfuggire ad essi.

Per modificare le condizioni economiche e sociali si dovrà necessariamente essere in una certa misura indipendenti da esse. Sarà quindi indispensabile liberarsi dal presupposto dell'accettazione apriori e indiscriminata dei condizionamenti storici e sociali. Ma ciò significa uscire completamente da quella concezione dell'uomo e della società che ha ispirato l'epoca delle codificazioni. Bisogna riconoscere che il pericolo del pensiero moderno è un'idolatria dei fatti e che l'operosità e l'attivismo dell'uomo moderno nascondono spesso un atteggiamento rinunciatario nei confronti della natura e della storia. Se l'uomo può scegliere la sua storia è perchè non si riduce ad essa.

Una convinzione del genere è propria del pensiero cristiano. Per esso la natura dell'uomo non si risolve nel suo rapporto con i beni materiali, ma al contrario è dalla realtà propria dell'uomo che deriva il suo peculiare rapporto con le cose e con gli altri uomini. Se la sua personalità non si identifica con l'appropriazione, allora la sua alienazione non sarà puramente economica ma consisterà nel non avere riconosciuto dalla società in cui vive quelle condizioni necessarie allo sviluppo della *persona umana*. Il pensiero cristiano porta quindi avanti un diverso concetto di natura umana, non più in chiave meramente materiale o fattuale ma legata al concetto di personalità libera e capace di autodeterminazione, dotata di fini propri nei cui confronti i beni materiali sono strumentali, non separata e opposta agli altri come lo sono gli individui ma partecipe di una comunanza nei fini e quindi capace di amicizia anche a livello sociale e politico. La persona umana non accetta quindi il determinismo naturalistico e economi-

co che ha ispirato il pensiero moderno. Quest'ultimo si è trovato sommerso da una valanga di dati di fatto, di condizionamenti storici, sociali e culturali ed ha cercato di difendersi da essi spiritualizzandoli, servendosi del progresso scientifico per assecondare le forze della natura, dell'affinamento della tecnica politica e sociale per far accettare le spietate leggi dell'economia. Ma se, accanto alle leggi della natura materiale, vi sono le leggi della persona, che è chiamata a dare un volto e una direzione all'economia e alla storia, allora ci si potrà liberare dal dispotismo dei fatti per un nuovo concetto di libertà, di uguaglianza e di giustizia. Si giunge così ad una revisione critica di quei valori fondamentali che stanno alla base della legge giuridica. La libertà come non impedimento, l'uguaglianza formale e la giustizia legale si manifestano come una tendenziosa razionalizzazione dei dati di fatto e non come un adeguato riconoscimento della persona.

In questa prospettiva il ricorso alla natura delle cose come criterio interpretativo acquista un significato molto complesso. Si tratta infatti di tener presente sia le finalità specifiche dello essere umano come quelle della vita sociale sia le condizioni fattuali in cui si esercita l'azione in modo da usare mezzi adatti al fine. Il giudice ha il compito di rettificare un'azione concreta che si offre al suo giudizio. La misura, che decide del carattere giusto o ingiusto di un'azione, è fornita sia dalla natura della cosa che della legge. Vi sono azioni il cui carattere (giusto o ingiusto) è direttamente o indirettamente evidente alla luce della natura della cosa (cioè dell'azione stessa). Si tratta di azioni intrinsecamente giuste, giuste per loro natura. Vi sono invece azioni che sono giuste perchè prescritte dalla legge positiva. Il potere legislativo dell'uomo, in virtù del quale egli determina in maniera autonoma, razionale e libera il giusto positivo, è limitato e relativo. Egli non può legiferare contro natura, cioè contro ragione. La «cosa», a cui ci si riferisce nell'espressione «natura della cosa», è dunque per il pensiero cristiano l'*azione umana*. In essa infatti confluiscono i diversi elementi che costituiscono il diritto: innanzi

tutto l'azione è emanazione della persona e quindi nutrita di valori e diretta al fine di realizzare la natura umana; inoltre questa realizzazione coinvolge necessariamente anche il mondo dei beni materiali il cui uso viene determinato secondo le esigenze della persona e le caratteristiche dei beni stessi. Nell'azione confluiscono quindi elementi materiali e spirituali. Il «giusto» è una qualità che solo gli atti umani possono possedere. Non vi sono dunque delle cose giuste senza un riferimento alla giustizia dell'azione regolata. Ma è l'uomo che rende giusto il mondo, rettificando l'azione. Spetta così al giudice in quanto soggetto operante determinare la natura delle cose e controllare quale delle istituzioni storicamente realizzate sia conforme ai fini naturali dell'uomo.

Ciò implica un capovolgimento del rapporto tra legge e diritto, un capovolgimento della nozione stessa di legge. La legge non deve essere concepita come il comando di una volontà superiore né come l'atto di una razionalità strumentale o estrinseca e quindi necessariamente come limite della libertà dell'individuo. La legge giuridica si è identificata in tal modo - come abbiamo visto - con la mera coercizione ed il diritto con la regolamentazione coattiva dei rapporti sociali. Nella prospettiva dell'azione umana e personale la legge rappresenta invece l'ordinazione di tale azione al proprio fine. E' l'elemento regolatore dell'azione, la sua razionalità intrinseca. La sua obbligatorietà non discende dalla sua coercitività, ma dalla sua adeguazione agli obiettivi dell'azione. Non si tratta più di calcolare contrastanti interessi, ma di scegliere alla luce della ragione quei mezzi adatti alla realizzazione della persona e del bene comune. L'ordinazione a questo fine è l'*aspetto politico* della legge, mentre l'attività ordinatrice e regolatrice è la *dimensione giuridica* della legge. Riportare quindi la legge alla ragion pratica sarà possibile solo assumendo un concetto di «ragione» ben diverso da quello estrinsecista, a cui ci hanno abituato la civiltà tecnologica e il formalismo giuridico. Solo così la legge potrà essere quella guida dell'azione, quell'elemento interno e costitutivo dell'azione stessa la cui funzione è così efficace-

mente descritta da alcuni seguaci della filosofia analitica inglese come H.L.A. Hart.

L'interpretazione della legge diventa allora il punto d'incontro della natura e della storia, della società e della persona, e l'atto da cui sgorga il diritto. Il giudice più che interprete della legge è «l'interprete della giustizia» (dalla *Summa theologiae* di S. Tommaso d'Aquino).

Queste idee sono però risultate scarsamente operanti nella società contemporanea. Dopo una loro affermazione corrispondente al periodo immediatamente successivo alla seconda guerra mondiale (ricordiamo che l'art. 20 della costituzione della Repubblica federale tedesca stabilisce il legame del giudice non solo alla legge, ma «alla legge e al diritto»), hanno ceduto il passo al legalismo e al formalismo interpretativo. Il pensiero cristiano si è così arroccato su posizioni conservatrici ed ha accettato la logica del positivismo giuridico, tradendo il suo carattere costruttivo e dinamico. Eppure, anche facendo leva sugli stessi principi della nostra costituzione, esso potrebbe dar vita ad una giurisprudenza alternativa in senso diverso da quello marxista. L'art. 3 della Costituzione repubblicana parla anche di ostacoli che impediscono «il pieno sviluppo della persona umana», indicando quindi implicitamente gli obiettivi e i valori a cui deve ispirarsi l'opera interpretativa.

Si può obiettare che il diritto è inevitabilmente un ordinamento coercitivo proprio perchè l'uomo si comporta di fatto non da persona, ma da individuo e che quindi questa visione del diritto e della società è utopistica. Inoltre, poiché non si deve confondere la morale con il diritto e poiché la legge giuridica non è diretta a rendere gli uomini buoni ma a tutelare l'ordine della società, questa visione del diritto appare anche moralistica. È vero che per essere buoni cittadini non è necessario essere virtuosi ma basta obbedire alle leggi. E tuttavia, se ciò è vero nei riguardi dei sudditi, non vale per i governanti. Per questi non è ammissibile alcuna scissione tra vita privata e vita pubblica. L'esercizio della

autorità è un atto di virtù, un atto di *prudenza politica* e come tale richiede rettitudine morale e attitudine a dirigere i mezzi verso il fine dovuto. Certamente l'abilità e l'astuzia possono produrre qualche frutto in una politica dalle corte vedute, ma alla lunga l'immoralità produrrà i suoi effetti politici. E per questo che in una vera democrazia (governo del popolo) si richiede un popolo virtuoso, politicamente formato e capace, nella misura della sua partecipazione al potere, di esercitare una vera e propria opera di prudenza politica.

Ed inoltre la funzione del diritto non è solamente quella di conservazione della società, ma soprattutto quella della sua promozione verso un futuro di giustizia. Oggi si è riscoperta la *funzione promozionale del diritto*, funzione che non deve essere ristretta al campo dell'incentivazione economica ma diretta più globalmente alla promozione della persona.

Una tale opera, se condotta con coerenza e senso della realtà dell'uomo e della società, risulterebbe altrettanto eversiva del sistema borghese e metterebbe a nudo gli effetti contraddittori e le lacerazioni che esso ha prodotto nella natura stessa dell'uomo, nel riconoscimento della sua dignità, nel rispetto della sua persona.

GUIDA BIBLIOGRAFICA:

N. MORRA, «Natura delle cose», in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XI, Utet, Torino 1965, pp. 34-45; M.G. LOSANO, *La teoria di Marx ed Engels sul diritto e sullo stato*, Clut, Torino 1969; R. GUASTINI, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, il Mulino, Bologna 1974; L. FERRAJOLI, «Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», in *L'uso alternativo del diritto*, I, Laterza, Bari 1973, pp. 105-122; P. BARCELLONA e G. COTTURRI, *Stato e giuristi tra crisi e riforma*, De Donato, Bari 1974; M. VILLEY, *Il concetto «classico» di natura delle cose*, in «Jus» 1967, pp. 28-46; J. MARITAIN, «I diritti dell'uomo e la legge naturale», in *Cristianesimo e democrazia*, Ed. di Comunità, Milano 1950; G. KALINOWSKI, *Le fondement objectif du droit d'après la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, in «Archives

de Philosophie du droit», XVIII, 1973, pp. 59-75; G. KALINOWSKI, *Application du droit et Prudence*, 'in « Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie » 1967, pp. 161-178.

CONCLUSIONE

Abbiamo percorso via via le tappe dell'interpretazione esegetica, logico-sistematica, teleologica, evolutiva e alternativa. Questi sono i momenti fondamentali che ha attraversato l'interpretazione della legge. Nella misura in cui la legge si è identificata con il diritto la crisi della legge è oggi crisi del diritto e la crisi dell'interpretazione meccanicistica e formalistica è quindi il segno di una più ampia e profonda crisi del diritto. Dobbiamo però trarre dalla storia gli insegnamenti che solo essa può darci. Se gettiamo uno sguardo indietro alla genesi dell'idea di codificazione nonché alla sua attuazione storica, dobbiamo constatare che questa mirabile invenzione è stata il frutto di una crisi del diritto comune e della concezione feudale degli status e che questa crisi a sua volta è stata causata dal sorgere di un nuovo tipo di società, che è stata definita «mercantile possessiva», cioè fondata sulla valutazione del lavoro umano alla stessa stregua di una merce e quindi soggetto alle leggi del mercato. Ciò implica l'instaurazione di nuove forme nei rapporti di produzione e nell'appropriazione dei mezzi di produzione, forma di cui la capitalizzazione è un aspetto rilevante. Tuttavia con ciò non abbiamo ancora esaurito le ragioni del sorgere di questo nuovo tipo di diritto, poiché infatti una società mercantile non sarebbe mai potuta nascere se non vi fosse stata la rivoluzione scientifica, che è stata soprattutto l'instaurazione di nuovi rapporti tra uomo e natura. L'homo faber è il capostipite dell'homo oeconomicus. La rivoluzione

scientifica introduce e diffonde in tutti i campi l'idea della tecnica, mediante cui l'uomo forgia, controlla e dirige le sue creazioni, accrescendo il suo potere che coincide con il suo sapere. La rivoluzione scientifica è quindi il segno di una nuova visione che l'essere umano ha di se stesso e dei suoi rapporti con il mondo. L'uomo del Rinascimento e dell'età moderna realizza la sua autonomia e mette in opera le forze infinite della sua soggettività. Ciò lo esprime dicendo che è proprietario di se stesso, del proprio corpo. Il suo corpo appartiene alla natura ed egli lo domina così come domina la natura. V'è quindi uno sdoppiamento all'interno stesso dell'essere umano tra un soggetto che possiede ed un oggetto che è posseduto. E' questo il fondamento della concezione moderna della proprietà privata e del diritto soggettivo.

Se l'uomo è proprietario di se stesso, cioè se il suo corpo con le sue potenze lavorative è un oggetto di proprietà, non c'è da stupirsi se può diventare «in quanto uomo» una merce. E' significativo infatti che una società fondata su queste idee e su questi rapporti economici porti avanti un discorso di esaltazione dell'uomo mentre ne consuma l'asservimento e l'espropriazione.

L'espropriazione e l'alienazione dell'uomo si devono combattere sia sul piano dei fatti, cioè instaurando rapporti economico-sociali più giusti, sia sul piano dei valori e delle idee, cioè contestando criticamente quella visione dell'uomo-proprietario che resta ancora come presupposto incontestato dei movimenti anche attuali di critica sociale.

Di fronte alla disumanizzazione della nostra società noi possiamo accettare come dati di fatto inevitabili i presupposti su cui essa poggia e industrialarci a costruire barriere protettive allo interno del sistema. Il liberalismo, ad es., è stato proprio questo, cioè da una parte una difesa dell'individuo da una società aggressiva e spietata, dall'altra è stato anche l'adesione sul piano delle idee ad una determinata forma di rapporto tra gli esseri umani. Il liberalismo ha insieme approvato e giustificato una società possessiva e ha cercato di difendere l'uomo da essa con la teoria

liberale dei diritti soggettivi.

Tuttavia è ancora possibile un altro atteggiamento che si sostanzia nel rifiuto non solo di certi rapporti di fatto, ma anche delle idee che li giustificano, cioè un atteggiamento che non si limita ad auspicare il trasferimento del potere da una classe ad un'altra, lasciando inalterata la visione dell'uomo e della società su cui questo potere poggia. Oggi quindi più che mai è urgente una rivoluzione che prenda le mosse dalle idee e dai fini dell'uomo in quanto essere personale e sociale. E non è certo con la rinuncia alla cultura e al pensiero che potrà attuarsi questa rivoluzione intellettuale e morale. La crisi della cultura è sempre il segno di un cambiamento che sarà effettivo e costruttivo nella misura in cui vi sarà un rinnovamento dei fini della società e della posizione dell'uomo nei confronti di se stesso, degli altri e della natura. Tutto il resto non servirà ad altro che a prolungare l'agonia della società attuale. Non bisogna quindi accontentarsi delle piccole rivendicazioni - altro non sono infatti anche i più complessi tatticismi - ma bisogna saper guardare più lontano e più a fondo al fine di eliminare quei presupposti teorici della società appropriativa e possessiva, sottraendo la valutazione dell'essere umano alle leggi del mercato e tenendo presente che l'alienazione economica dell'uomo non è che un aspetto di quello sdoppiamento provocato dalla teoria dell'uomo-proprietario-di sé.

In quest'opera di ripensamento e di rinnovazione che ruolo spetta al diritto e al ceto dei cultori di diritto? Potranno essi accontentarsi di registrare i mutamenti sociali con l'ausilio di tecniche adeguate? o dovranno partecipare come attori responsabili al processo di ricostruzione di un mondo più umano? Certamente finché lo studio del diritto sarà considerato come lo studio di una tecnica particolare di controllo sociale, il giurista non sarà altro che un uomo disponibile per ogni gioco di potere, un uomo per tutte le stagioni. Egli servirà uno stato totalitario con la stessa diligenza con cui si presterà alle esigenze di uno stato democratico. Un tecnico fornisce i mezzi e si disinteressa dei fini. Ma oggi

ciò che è entrata in crisi è proprio questa ideologia del diritto come pura tecnica sociale, ideologia che ha evidentemente lo scopo di deresponsabilizzare politicamente il ceto dei giuristi. Questo confinamento del mondo giuridico nell'ambito di una tecnica di razionalizzazione dei rapporti sociali è stato anche la conseguenza della convinzione che i fini politici e sociali sono di per sé irrazionali ovvero -il che è lo stesso- puramente fattuali. Questa convinzione si ricollega evidentemente con quella concezione della ragione come di un potere diretto a rimettere ordine in un mondo di per sé caotico. Se l'uomo invece si contraddistingue per la sua capacità di proporsi dei fini razionali e se la ragione è una caratteristica immanente e costitutiva del mondo umano, allora v'è già presente in ogni genere di relazioni che l'uomo ha con se stesso e con le cose un ordine embrionale, che vive allo stato latente e che richiede di essere esplicitato secondo certe direzioni e linee di sviluppo. Occorrerà allora osservare il diritto non più come pura tecnica, ma innanzi tutto come ordinamento che scaturisce dalla razionalità stessa dei fini e dalla struttura della azione sociale (natura delle cose).

Uno degli errori della Scuola storica è stato quello di contrapporre al diritto razionale dei giuristi il diritto istintivo e irrazionale del popolo, finendo inevitabilmente per considerare come vero diritto solo il primo poiché il diritto segue sempre -come è giusto- la ragione. Non si può comunque ridurre il diritto a questa sfera neutrale e asettica della tecnica sociale, che è evidentemente una sovrastruttura. Ogni esperienza sociale e politica è contemporaneamente un'esperienza giuridica se l'uomo è un essere razionale. Non bisogna rifiutare il diritto come tecnica, ma considerare le basi reali già giuridiche su cui questa tecnica si edifica.

Allora un nuovo ruolo sarà riservato all'interpretazione giuridica. Essa non sarà più la morta esegesi di un codice di leggi ma avrà il compito di prendere contatto con la vita del diritto, di proseguire le linee di sviluppo che l'esperienza stessa addita.

L'interprete non avrà più dinanzi solamente un testo da investigare, ma dovrà prestare attenzione ad un complesso di elementi, tra cui troveranno posto non solo le condizioni di fatto ma anche le esigenze irrinunciabili di un tutto sociale.

Ormai non ci sono più dubbi che l'interpretazione della legge sia a livello della scienza che a livello dell'applicazione si fonda su una scelta politica, una scelta sulla prevalenza e gerarchia dei fini. Ciò significa che l'interprete conosce e *fa diritto* come il legislatore, anche se il suo potere politico non è lo stesso. Si contestano così quei presupposti che hanno permesso l'opera della codificazione e, in special modo, la prevalenza assoluta della legge come fonte del diritto. Si va più oltre, si sostiene che la stessa legge è soggetta ad un'interpretazione politica ed ha bisogno per essere interpretata di ausili extralegislativi.

Tutto ciò può lasciare sconcertati. Sembrano venir meno quei fondamenti su cui tutta la nostra società si è edificata: il principio della divisione dei poteri, l'imparzialità del giudice, la certezza del diritto e così via. Di fronte ad una società spietata questi principi hanno effettivamente rappresentato una difesa dell'individuo almeno da un certo tipo di aggressioni. Non si tratta evidentemente di rifiutarli, ma di renderli adeguati ad una visione realistica, e non più meramente formalistica, del diritto.

Questa visione sarà oggettivamente fondata non solo sullo apporto che lo sviluppo attuale delle scienze ha dato alla conoscenza dei fatti umani, ma anche sulla conoscenza adeguata dei valori politici e sociali propri del mondo umano. L'attività interpretativa potrà quindi essere fondata su criteri oggettivi e sostanziali e la legge sarà non lo strumento di espropriazione della persona umana, ma una regola-guida alla giustizia dell'azione. Da un'interpretazione rinnovata potrà allora scaturire un nuovo diritto.

I N D I C E

Cap. I - Le origini storico-politiche della legge	Pag.	7
1 - La concezione dell'uomo e della società	»	11
a) Libertà e uguaglianza.....»		15
b) La giustizia »		20
c) Lo stato. »		22
2 - I condizionamenti storici, sociali e economici »		24
3 - La situazione giuridica »		33
Cap. II - Le caratteristiche della legge »		39
Cap. III - L'interpretazione della legge e la sua storia	»	49
1 - La Scuola dell'esegesi »		51
2 - La Scuola storica del diritto »		56
3 - Formalismo interpretativo e logicismo giuridico »		61
Cap. IV - Gli sviluppi dell'interpretazione della legge	»	67
1 - La Giurisprudenza degli interessi..... »		68
2 - Gli indirizzi teleologici »		71
3 - Il movimento del diritto libero »		74
		«
Cap. V - Alla ricerca di un nuovo concetto di diritto	»	78
1 - Il normativismo di H. Kelsen »		80

2-La Scuola sociologica francese.....»84

Cap. VI - Nuovi orientamenti dell'interpretazione giuridica » 91

 1 - La logica del giudice » 94

 2 - La natura delle cose » 96

Conclusioni. » 109