

**Mario Barcellona**

*Traccia scritta dell'intervento preparato in occasione della inaugurazione dell'anno accademico 2021/2022 del Dottorato in Studi Giuridici Comparati Europei – Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, 6 aprile 2022.*

## **NORME E PRASSI GIURIDICHE:**

### **GIURISPRUDENZA USURPATIVA E INTERPRETAZIONE FUNZIONALE**

#### **1. I rimedi e il corto-circuito di caso e sanzione giuridica.**

Se vi è un tratto, che sembra connotare le declamazioni sul diritto e le rappresentazioni che in questo tempo dottrina e giurisprudenza offrono di esso e di sé stesse, questo tratto è sicuramente costituito dal corto-circuito di giustizia e sanzione giuridica.

La vocazione del diritto alla giustizia ed il compito di giudici e dottori di perseguirla – si suol ripetere oggi – imporrebbero di muovere direttamente dalle domande di protezione giuridica, che provengono dalla società, per mettersi, senz'altro e in ogni modo, alla ricerca delle sanzioni giuridiche che meglio siano in grado di soddisfarle.

La dottrina del primato dei rimedi è il *dispositivo operativo* nel quale prende corpo questo compito perentorio del diritto e di chi è chiamato ad applicarlo e, ancor prima, a prepararne l'applicazione.

Questo dispositivo consiste, e si esaurisce, nella *triangolazione in-mediata* di caso, giustizia e rimedio: il caso interpella direttamente la giustizia, la giustizia seleziona direttamente le buone ragioni del caso e al giurista spetta di apprestare un rimedio che avvalori queste ragioni.

La giustizia, che sta al centro di questa triangolazione, è indicata nei valori, negli assiomi, nei principi etici, che il caso coinvolge e che al giurista è dato di attingere interrogando, *in primis*, la coscienza sociale e, in ultimo, la sua stessa coscienza.

Questi valori, assiomi e principi – si aggiunge – possono trovare già riconoscimento nella legge ma stanno al di sopra di essa, e perciò la oltrepassano e devono ricevere attuazione ad opera di chi parla per il diritto al di là della legge e a prescindere dalle sue parole.

Ma poiché la legge designa il potere normativo, questo modo di intendere la giustizia e di indicare a chi spetta di pronunciare in suo nome pone la questione del potere normativo, o del potere *tout court*.

## ***2. L'interpretazione come rideterminazione della fattispecie e i rimedi come suo oltrepassamento.***

Tradizionalmente, si riteneva che i giuristi, giudici e dottori, parlassero per la legge in quanto suoi interpreti.

Come spiegava Kelsen, la legge parla e opera connettendo ad un tipo di fatto, la fattispecie, una sanzione come sua conseguenza.

Nella qualità di interpreti, perciò, i giuristi, giudici e dottori, possono parlare per la legge solo in quanto disquisiscono del nesso tra un rimedio e la sua fattispecie.

Anzi, nell'accezione tradizionale, l'interpretazione si è sempre rappresentata, ed è stata per lo più esperita, come la rideterminazione della fattispecie di un rimedio, volta principalmente a consentire l'applicazione di quest'ultimo, il rimedio, a casi che, a prima vista, potrebbero non sembrare sussumibili nella prima, la fattispecie.

La dottrina dei rimedi, invece, almeno finché non la si risolve in un mero aggiornamento linguistico delle tradizionali dottrine dell'interpretazione, programmaticamente si ripropone la rottura di questo nesso tra fattispecie e sanzione/rimedio.

Il primato della giustizia sulla legge, che essa predica, comporta, infatti, che la determinazione delle condizioni di applicazione di un rimedio, invece che alla ricorrenza della relativa fattispecie legale, sia rimessa all'apprezzamento dell'interprete. Al quale, in fin dei conti, spetterebbe di "giudicare", di volta in volta, se nel caso concreto si diano, oppure no, "buone ragioni" per ingiungere l'applicazione di un rimedio.

Come prima si è detto, infatti, tale primato recherebbe con sé che nel valutare l'esistenza, o meno, di tali condizioni l'interprete non debba sentirsi vincolato alla fattispecie legale, che tale rimedio espressamente prevede, ma debba piuttosto farsi guidare solo dal suo "senso della giustizia" e dal rapporto di appropriatezza del rimedio al caso considerato, che tale suo "senso della giustizia" sarebbe in grado di suggerirgli.

## ***3. I rimedi come determinazione applicativa del diritto vivente e inferenza del principio di effettività.***

In questo senso, che però è il solo significativo, la dottrina dei rimedi è figlia della dottrina del diritto vivente, la quale, a sua volta, è figlia del principio euristico di effettività.

Il diritto – dice la prima dottrina – non si esaurisce affatto nella morta lettera della legge ma include, ancor prima, la giustizia, alla quale l'interprete deve

soprattutto guardare, e che lo legittima ad oltrepassare la norma scritta tutte le volte in cui questa non gli consenta di offrire una soluzione giusta/equa del caso considerato.

Il primato dell'orientamento alla giustizia sulla legge scritta, a sua volta, troverebbe conferma empirica nel primato della prassi sulla scrittura. Il diritto non è quello che si legge nei codici, bensì quello che, in concreto, è fatto operare nella decisione dei casi.

Questo primato della prassi non solo falsifica i consueti postulati del positivismo giuridico, che vorrebbe identificare il diritto con la legge. Ma soprattutto spiega la sua vera origine proprio con il primato della giustizia, che domina l'interprete e lo guida nel suo sistematico oltrepassamento del dettato normativo.

Ciò che darebbe conto delle discordanze tra legge e prassi non è, infatti, l'arbitrio dell'interprete, bensì la giustizia che, per suo mezzo, nella prassi è all'opera e si svela.

#### **4. L'interpretazione, il diritto vivente e il principio di effettività.**

La dottrina dei rimedi, dunque, mette in discussione la teoria dell'interpretazione, innanzitutto, a partire dal principio di effettività, e cioè a partire dal rapporto tra norma e prassi.

E poi abbiglia l'effettività con la veste del diritto vivente e la dipinge con i colori della giustizia.

Quale sia e dove stia la giustizia è – come si sa – disputabile. La prassi, al contrario, sembrerebbe un "fatto" sempre empiricamente verificabile. Solo che questo è vero solo in parte.

Non solo perché – come è ovvio – occorre prima stabilire in cosa propriamente consista la prassi: se nel *principio declamato* da una sentenza o nella *reale decisione* che essa assume sul caso, ossia nel reale trattamento che essa gli riserva e nella concreta soluzione che essa gli dà.

Ma soprattutto perché il problema dell'interpretazione non sta nella mera constatazione di quale sia la regola effettiva, bensì nel rapporto in cui si pone con la regola scritta.

Dalla prassi, e dunque dal principio di effettività, è opportuno prendere le mosse per discutere dell'interpretazione.

#### **5. L'effettività e la regola effettivamente vigente: dai verba al caso ed alla sua generalizzazione.**

Il primo dei due superiori problemi non è di difficile soluzione.

Il principio di effettività assegna alla prassi di determinare la regola vigente. Generalmente, si assume che la regola vigente si rinvenga nella sentenza. Ma la sentenza si compone di due cose diverse, della decisione del caso e dei *verba* con cui viene rappresentata.

Per lo più, accade che il principio di effettività venga messo in opera semplicemente sostituendo ai *verba* della norma i diversi *verba* della sentenza. Ma anche per le sentenze vale quel che vale per la norma, e cioè che quel che conta non sono le parole ma la decisione del caso che con esse viene apprestata.

Se perciò il principio di effettività si deve esperire secondo la funzione che gli è propria di determinare la regola effettivamente vigente, si deve riconoscere che esso impone sempre di cogliere la reale portata della sentenza, separando la soluzione del caso dai *verba* con cui viene illustrata.

Un esempio rende chiaro questo compito: Cass. n. 31563/2018- declama che «l'illecito aquiliano che abbia causato una lesione del credito obbliga l'autore al risarcimento del danno, a nulla rilevando che questo sia stato causato con colpa o dolo»; i *verba* di questa sentenza sembrano sancire l'equivalenza generale di colpa e dolo anche nel campo della lesione del credito; questi *verba*, dunque, sembrano smentire l'orientamento consolidato che, invece, distinguendo tra lesioni primarie e lesioni secondarie (o *par ricochet*) limita la rilevanza aquiliana delle prime alla loro causazione dolosa/abusiva (ad es., induzione all'inadempimento); se, però, si va a vedere quale fosse il caso concreto deciso con questi *verba* e cosa sia stato determinante per la sua decisione si scopre che la surriferita massima risulta del tutto inappropriata; per un verso, infatti, nella controversia, nella quale si disputava della responsabilità di un soggetto citato in giudizio per omonimia che, costituendosi, non aveva opposto la sua radicale estraneità al credito fatto valere dall'attore, o non sussisteva la possibilità stessa di una colpa del convenuto (a nessun convenuto in nessuna circostanza si può far carico di controllare l'errore per omonimia dell'attore ed avvertirlo) ovvero il carattere doloso/abusivo del suo comportamento processuale si sarebbe dovuto ritenere *in re ipsa* (il convenuto che, avvedutosi dell'errore per omonimia dell'attore, non lo rappresenti come sua prima difesa versa per ciò stesso in dolo); per un altro verso, invece, il rigetto della domanda è stato pronunciato sulla diversa base dell'intervenuta prescrizione del credito già al momento in cui il convenuto avrebbe potuto/dovuto denunciare l'errore dell'attore; il caso e le ragioni della sua decisione dicono, perciò, cose affatto diverse dai *verba* che dalla sentenza si son tratti; sicché rappresentare questi *verba* come diritto vivente sarebbe come dar per vivente un soggetto nato morto.

Il diritto effettivo è, perciò, quello, e solo quello, che si determina avendo riguardo alla reale soluzione del caso concreto, tramutando caso e soluzione in una fattispecie ad essi confacente, ossia traducendoli in quei termini generali ed astratti che tuttavia ne rispettino la specificità.

Vi è da aggiungere che questa precisazione è importante perché delimita il campo del diritto effettivo e lo sgombra dai consueti *collages* di massime giurisprudenziali dipinte come innovative (che, a leggerle bene, spesso tali sono solo per le pretenziose declamazioni piuttosto che per il senso delle effettive soluzioni) e spacciate per diritto vivente.

### **6. L'illimitatezza della prassi e le sue distinzioni.**

Più impegnativo è, invece, il secondo problema, quello del rapporto tra regola effettiva e regola scritta. Nel quale, a ben vedere, sta tutto il problema dell'interpretazione.

La difficoltà di questo problema nasce da una constatazione empirica e da una inferenza teorica.

La constatazione empirica è che la prassi applicativa è, di per sé, illimitata, sconfinata: in fatto, niente impedisce che la prassi sopraffaccia la norma scritta fino al punto da capovolgere radicalmente la regola che questa sembrerebbe recare.

L'unica questione che il principio di effettività ammette al riguardo è, perciò, solo quella intesa a verificare la reale operatività di una prassi applicativa, anzi – più esattamente – la sua conseguita stabilità. Per il semplice fatto che il diritto si distingue dal nudo comando in forza della stabilità delle sue regole, sicché una decisione estemporanea non integra una prassi normativa e non può assurgere al rango di diritto effettivo.

L'inferenza teorica è quella che presiede ad un radicale scetticismo sulla significanza della norma scritta: poiché delle norme sono possibili molteplici interpretazioni e poiché non si dà alcun criterio empirico per verificare quale sia quella corretta, si dovrebbe concludere che non sia mai possibile attribuire alle norme un significato "vero".

Da questo assunto epistemologico vien fatto discendere che l'interpretazione è sempre e solo creativa, è nuda attribuzione di un significato ad un involucro che non ha alcun significato oggettivo. Con la conseguenza che anche l'interpretazione sarebbe, alla fine, illimitata, sconfinata.

La combinazione di questa constatazione e di questa inferenza renderebbero, allora, insensato interrogarsi sul rapporto tra regola scritta e regola effettiva e, perciò, sul rapporto tra interpretazione e prassi, poiché l'un termine designa la stessa cosa dell'altro.

Orbene, che la prassi sia virtualmente illimitata, sconfinata è inconfutabile. Ma che lo sia anche l'interpretazione è, invece, più che discutibile.

È stato spiegato, ma è ancor prima intuitivo, che vi è una differenza insopprimibile tra «riscrittura» e «nuova scrittura».

Questa differenza sta in ciò, che la «riscrittura» suppone necessariamente una «scrittura passata», cui si riferisce e con cui intrattiene comunque un qualche vincolo, mentre la «nuova scrittura» prescinde da ogni «scrittura passata» nel senso che non ne è comunque in alcun modo vincolata e si dà, invece, come radicalmente altro da essa.

Dal punto di vista di quello di cui qui si discute, questa insopprimibile differenza è quella che corre tra *interpretazione* e *creazione di un significato nuovo* e che, perciò, può essere concettualizzata – come meglio appresso si dirà – nel rapporto, rispettivamente, di *continuità* o di *discontinuità* tra una proposizione e l'enunciato normativo che essa sostituisce.

L'illimitatezza della prassi fa ricomprendere in essa tanto l'interpretazione che la creazione di un significato nuovo. E tuttavia questo non esime affatto dal distinguere la prassi in *eversiva* e *implementativa* del testo normativo.

È *eversiva*, nel senso di disordinata, disallineata rispetto alle virtualità regolative della norma, la prassi che introduce una "soluzione di continuità" con il testo normativo, ossia che è latrice di una «nuova scrittura».

È, invece, *implementativa*, nel senso di espansiva delle virtualità regolative della norma, la prassi che, pur riscrivendola, si dà, tuttavia, in "rapporto di continuità" con il testo normativo, ossia che ne costituisce una semplice «riscrittura».

Certo, questi concetti di "continuità" e di virtualità regolative non parlano affatto da soli. Ma sono sufficienti a mostrare la portata e il peso di questa distinzione.

E chiarire prima quale siano la portata e il peso dell'una prassi e dell'altra, giova a chiarire a cosa l'una e l'altra rispondono e che problemi propongono.

### **7. La prassi *eversiva*: una questione di distribuzione del potere normativo.**

Ogni sistema giuridico, e comunque di certo il sistema giuridico moderno, prevede, necessariamente, tecniche di innovazione dei suoi testi, quelle che Kelsen chiamava norme sulla produzione di norme, e cioè tecniche che possono modificarli anche introducendovi un senso regolativo diverso da quello in essi incorporato/cristallizzato.

Tuttavia, una modificazione del senso regolativo di un sistema può avvenire, ed è di fatto talvolta avvenuta, anche attraverso la nuda prassi.

La prassi, dunque, può trapassare le tecniche di innovazione formale previste dal sistema giuridico, e cioè innovare il suo stesso senso regolativo semplicemente istituendo "nei fatti" una regola diversa da, o – meglio – incompatibile con, quella in esso prima sancita. E cioè rendendo "desueto/disapplicato" un principio regolativo e/o lo stesso testo che lo reca e, invece, "consueto/applicato" un altro principio regolativo senza innovare o cancellare formalmente il testo di prima.

In punto di teoria del diritto, questo si rappresenta nei termini kelseniani della *Grundnorm*: quando questo avviene vi è solo da rilevare che una nuova *Grundnorm* si è insediata, la quale ha destituito la precedente ed ha modificato in una qualche misura il sistema delle fonti, ossia l'allocazione del potere normativo.

Ovviamente, questa eversione può giungere a stravolgere assetti cruciali del sistema normativo o limitarsi a rideterminarne assetti parziali o passaggi secondari. E tuttavia, in punto di teoria del diritto e delle fonti, questa rimane una questione quantitativa. Qualitativamente il giudizio teorico non cambia: una modificazione c'è sempre, quale che sia la portata, sconvolgente o solo correttiva/parziale, della redistribuzione del potere normativo.

### **8. La prassi implementativa: una questione di interpretazione.**

Consustanziale al diritto, alle sue norme ed alla loro funzione è la stabilità nel tempo della regolazione sociale. Ma il tempo è anche lo spazio del cambiamento: la norma è posta per regolare il mondo ma il mondo cambia, sicché tra norma e mondo si dà, sempre e necessariamente, una distanza.

Questa distanza si prospetta come esuberanza della fenomenologia sociale rispetto alla descrizione che essa riceve nelle norme, ovverosia – e più in generale – come incapienza del testo normativo nei confronti della accresciuta complessità del mondo.

Qualsiasi sistema giuridico, e non soltanto il sistema giuridico moderno, non può prescindere, perciò, da prassi implementative che facciano fronte a questa distanza.

La prassi implementativa interviene su questa distanza attraverso la tecnica dell'interpretazione, ossia attraverso operazioni che non introducono un significato nuovo, ma si limitano a «riscrittura» del testo normativo che, lasciando intonsa la «scrittura passata», ne ampliano il campo di operatività.

In prima approssimazione si può dire, perciò, che la prassi interpretativa sovviene alla accresciuta complessità delle fenomenologie sociali "ri-marginando" l'ambito applicativo di un testo normativo già posto.

Ciò che, formalmente, contraddistingue l'interpretazione implementativa non è, dunque, che la prassi non innovi rispetto al testo e – come solitamente si tramandava – che esibisca, perciò, natura meramente "dichiarativa", bensì che l'innovazione che introduce si dia sempre come un *novum exposito*.

Il limite della prassi implementativa o – che è lo stesso – dell'interpretazione è, però, essenzialmente "sensivo" e consiste nel confine che il *positum* impone al *novum*, nel condizionamento che il primo esercita sul secondo.

Questo limite, infatti, attiene al "senso": il *novum* interpretativo sta entro il confine del *positum* quando ne conserva, seppur sviluppandolo, il senso regolativo.

Questo senso regolativo si incentra nella "fattispecie" della regola, la quale delimita il "campo" di applicazione della sua sanzione, e cioè del "rimedio" che essa appresta.

Pertanto, una prassi è implementativa o interpretativa quando la "rimarginazione" della fattispecie, che essa produce, sta in rapporto di "continuità" con il senso della fattispecie descritta nel testo interpretato.

Tutte le teorie del diritto e dell'interpretazione, di cui la dottrina giuridica si è giovata negli ultimi duecent'anni, consistono, per l'appunto, nella determinazione delle condizioni di questa "continuità" di senso: dalla sussumibilità della fattispecie normativa sotto un "concetto", alla riconducibilità di essa ad un "confitto di interessi".

### **9. La portata sistemica di questa distinzione.**

Le superiori specificazioni dei diversi terreni investiti, rispettivamente, dalle prassi eversive e da quelle implementative/interpretative valgono a mostrare il valore sistemico della loro distinzione.

Nello schema generale dello Stato di diritto il potere di comando si vuole diviso, grosso modo, tra legislativo, esecutivo e giudiziario.

La distinzione, che si è operata, concerne il cuore stesso di questa divisione dei poteri, poiché investe la logica ultima cui essa risponde (specie quando si prende a coniugare con il modello della democrazia rappresentativa), e cioè il principio dell'autogoverno della società e degli individui di cui si compone: quello secondo cui ciascuno è obbligato ad osservare una norma che, alla fine, egli stesso si è dato. Questa infatti, con tutte le mediazioni del caso, è la funzione dell'assegnazione del compito di "fare le leggi", del potere



normativo al Parlamento, chiamato a colmare, attraverso i dispositivi della rappresentanza politica, la jato tra individuo e società ovvero – e meglio – tra *singularis voluntas* e *generalis voluntas*.

Questo comporta che il consolidamento di una prassi eversiva suppone e comporta, necessariamente, una nuova distribuzione, più o meno piena e più o meno parziale, del potere normativo e un proporzionale *vulnus* al principio dell'autogoverno sociale (e, per questa via, all'autodeterminazione individuale). E comporta, perciò, che la messa in opera di una tale prassi, quando si faccia risalire alle decisioni della magistratura, implica, di necessità, la confluenza (in una qualche misura) del potere legislativo nel potere giudiziario. Il che sta a significare che una giurisprudenza in tal modo usurpativa pone problemi che concernono la democrazia in generale, e quella rappresentativa in particolare.

E poiché il *discrimen* tra una tale prassi eversiva e la mera interpretazione implementativa corre lungo il confine di quella che si è chiamata "continuità" è su tale concetto che ricade tutto il peso di questa distinzione cruciale e ricade, perciò, la stessa possibilità di far fronte alla crescente complessità del mondo senza por mano alla produzione di nuove leggi e senza destabilizzare le strutture dell'autogoverno sociale.

### **10. L'interpretazione e il discrimen della "continuità".**

Dunque, il *discrimen* tra eversione e implementazione, ovvero sia tra oltrepassamento della legge e interpretazione in senso proprio, corre lungo il confine della "continuità" tra testo normativo e proposizione interpretativa.

Cosa debba intendersi e cosa concerna siffatta "continuità", però, deve essere ancora chiarito, e, più precisamente deve ancora essere chiarito quale sia il fondamento teorico di tale requisito e quali siano le condizioni perché esso ricorra.

Tutte le teorie dell'interpretazione non sono altro che tentativi di determinare le condizioni di siffatta necessaria "continuità", e cioè tentativi di riaffermare la "fedeltà" dell'interprete (come la chiamava Gadamer) al sistema giuridico e, al tempo stesso, di assicurare a questo la capacità di fronteggiare i mutamenti delle fenomenologie sociali che le sue norme considerano.

Poiché le norme si compongono di una sanzione e della fattispecie che ne determina l'ambito di applicazione e poiché di solito la sanzione è formulata in termini non esposti a discussioni, tutte le operazioni interpretative consistono, immancabilmente, in rideterminazioni della fattispecie volte a allargare l'ambito di operatività della relativa sanzione. E, a loro volta, retroagiscono sulla fattispecie di quelle altre norme che, diversamente,

avrebbero regolato il *surplus* di complessità assorbito da tale allargamento, riducendone il relativo ambito di operatività. Ogni operazione interpretativa, perciò, trae senso dalle allocazioni e riallocazione della complessità che essa produce.

Entrambe le due grandi teorie, che, in successione, hanno presieduto da duecento anni a questa parte all'interpretazione del diritto e che tuttora attraversano le pagine della letteratura giuridica, si risolvono, per l'appunto, nell'escogitazione di un *medium* logico attraverso il quale legittimare questa operazione di ridislocazione della complessità sociale.

A questo *medium* è, per l'appunto, affidato il compito di preservare la "continuità" tra testo normativo e interpretazione.

Questo è stato il senso reale della dogmatica dei concetti, la *Begriffsjurisprudenz*. La sua prestazione fondamentale è, infatti, consistita nella dislocazione delle complessità eccedenti il raggio del dettato normativo mediante quattro operazioni consecutive: (i) l'ordinamento delle diverse fattispecie comprese nel sistema giuridico entro una rete gerarchica di concetti giuridici, intesi come espressioni di essenze pressoché universali; (ii) la sostituzione di tali concetti alle fattispecie normative ovvero – che è lo stesso – la loro «riscrittura» secondo le nomenclature di tali concetti e le loro gerarchie; (iii) la conseguente assunzione di tali concetti a valvole della distribuzione della complessità tra le diverse norme del sistema; (iv) l'assegnazione delle complessità eccedenti i diversi dispositivi normativi sulla base di tale nuovo *medium*, ossia sulla base della loro riconducibilità ai "concetti", di cui le norme si assumevano espressione.

Su queste basi, ad es., per risolvere il problema della applicabilità delle discipline dei vizi della volontà al riconoscimento di paternità sarebbe bastato solo chiedersi se tale riconoscimento costituisse una dichiarazione negoziale o un atto giuridico in senso stretto ed in che misura le tutele della volontà si addicessero alla "essenza giuridica" dell'una e dell'altro.

E questo, e non altro, è stato anche il senso della dogmatica degli interessi, la *Interessenjurisprudenz*. Anch'essa, infatti, si proponeva la, ed è consistita nella, dislocazione delle complessità eccedenti lo sguardo sul mondo racchiuso nelle fattispecie legali mediante le seguenti operazioni: (i) l'enucleazione degli interessi considerati in ciascuna norma e del bilanciamento reciproco da essa recato; (ii) la sostituzione delle relative fattispecie con tale mappa degli interessi e del relativo loro bilanciamento; (iii) la conseguente assunzione di tali mappe degli interessi a valvole della distribuzione della complessità tra le diverse norme del sistema; (iv) l'assegnazione delle complessità eccedenti alle diverse norme del sistema

giuridico sulla base di tale nuovo *medium*, ossia sulla base della riconducibilità degli interessi di volta in volta coinvolti in tali complessità alle mappe degli interessi ascritte alle diverse fattispecie legali.

Su queste basi, nell'es. di prima, per risolvere il problema della applicabilità delle discipline dei vizi al riconoscimento di paternità sarebbe bastato, piuttosto, chiedersi quali fossero gli interessi protetti da tali discipline e riscontrare se tali interessi ricorressero, o meno, anche in tale riconoscimento.

### **11. L'esaurimento della forza propulsiva delle teorie tradizionali dell'interpretazione.**

Entrambe queste teorie dell'interpretazione hanno svolto più che egregiamente la loro funzione. Ma entrambe hanno finito per esaurire la loro forza propulsiva all'incirca dall'ultimo trentennio del secolo scorso.

A partire da tale momento, infatti, le trasformazioni del mondo e i mutamenti dello stesso universo giuridico hanno raggiunto una cifra tale che i concetti sostantivi/essenzialistici della tradizione non si sono mostrati più in grado di ricucire diritto e società, neanche affiancandoli con analitiche degli interessi e dei loro bilanciamenti.

I limiti di queste teorie dell'interpretazione e la loro sopravvenuta incapacità di adeguare il diritto alle trasformazioni di questi ultimi cinquant'anni dipendono dal carattere "sostantivo" del *medium* interpretativo da entrambe utilizzato. E cioè i loro limiti discendono dal fatto che il *concetto interposto* tra fattispecie legale e accresciuta complessità sociale, onde allargare la prima fino a ricomprendere la seconda, è costituito da una *sostanza* spirituale (l'essenza giuridica) o materiale (gli interessi e i loro conflitti).

Questo è evidente per il *medium* dei concetti giuridici. Lo *statuto* teorico di sostanze/essenze giuridiche universali, che ad essi in un modo o nell'altro si attribuiva, era il frutto, alla fine, di procedimenti di astrazione del materiale giuridico, che di queste sostanze/essenze si assumeva recasse la "traccia". I concetti giuridici, dunque, albergherebbero nel firmamento delle "essenze" ma si lascerebbero cogliere nelle orme, nei segni che di esse si conservano e si manifestano nel diritto positivo. E perciò, in ultima analisi, il metodo della dogmatica concettuale si risolveva nel risalire dalle "tracce" positive rinvenibili nelle norme ai "concetti" di cui esse sarebbero espressione incompleta per poi ridiscendere nuovamente alle norme onde meglio comprenderne il significato. Ma questa risalita dalla "traccia" al "concetto/essenza" consiste in un processo logico di astrazione (ad es.: dalla definizione normativa di contratto al concetto di negozio giuridico/volontà individuale). Solo che questa astrazione, a sua volta, reca il segno del concreto materiale di cui la norma è essa stessa un'astrazione di grado

inferiore (nell'es.: il contratto astrae e traduce in termini giuridici la fenomenologia materiale dello scambio). Con il risultato che, alla fine, l'essenza giuridica (nell'es.: il concetto di negozio giuridico/volontà individuale) universalizza un sostrato materiale (nell'es.: lo scambio di merci come tramite universale delle relazioni sociali). E questa universalizzazione, a sua volta, comporta che la comprensione del diritto e delle sue norme rimane bloccata/cristallizzata su un modello delle relazioni sociali centrato sullo scambio e su quel suo modo di essere che lo vede mediato dalla mutua volontà e dalle reciproche dichiarazioni. Di guisa che tutto l'universo giuridico, che fuoriesce da questo modello e che di certo non può essere cancellato (nell'es.: i multififormi interventi statali sulla libertà di contrarre e sul contenuto del contratto), degrada a mera "eccezione" e finisce per rimanere escluso dalla, oscuro alla, comprensione del diritto. Sicché la maggiore astrazione di tali concetti, da un lato, flessibilizzava le fattispecie legali (v. l'esempio del riconoscimento di paternità), poiché le spogliava in qualche misura dalle loro determinazioni normative e, perciò, ne dilatava gli ambiti di applicazione, ma, dall'altro, bloccava/cristallizzava le relative discipline attorno a schemi/modelli, che riflettevano, pur sempre, assetti storicamente datati delle relazioni sociali e vedevano, perciò, legata la loro presa su queste ad una qualche permanenza di tale loro modo d'essere.

Un esempio: l'art. 810 dice che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti»; l'interpretazione di questa norma è affidata al concetto di diritto soggettivo; il concetto di diritto soggettivo viene costruito per astrazione sul paradigma del diritto di proprietà; il paradigma della proprietà è centrato sulla esclusività del dominio; per conseguenza è esclusa dal campo dei beni giuridici tutta la ricchezza che non è riducibile a tale paradigma esclusivo; e questo, a sua volta, comporta che la clientela non costituirebbe un bene giuridico e che, perciò, la ricchezza che si forma nel mercato sfugge alla comprensione giuridica.

In questo quadro, dunque, la "continuità" è assicurata dall'ordine gerarchico con cui i concetti sono iscritti nel sistema ideale della *Begriffsjurisprudenz*.

E a questo va incontro anche il *medium* degli interessi e dei loro bilanciamenti. Il riferimento agli interessi e ai loro bilanciamenti capovolge i postulati della dogmatica dei concetti e rimette il diritto con i piedi per terra. Ossia lo ricolloca nel luogo delle "relazioni della vita". E per questo il tasso di adattività, che quest'altro riferimento conferisce al diritto, è certamente maggiore. Ma anche questo riferimento soggiace pur sempre al condizionamento che gli viene dal carattere temporalmente definito delle relazioni sociali che vi fanno da sfondo. Anche lo schema operativo di questa dottrina dell'interpretazione procede per risalita e successivo ritorno: si parte

dalla fattispecie legale, la si disarticola negli interessi al cui conflitto essa dà soluzione e con questo bagaglio si ritorna alla fattispecie legale per «riscriverla» ed ampliarne l'ambito applicativo. Gli interessi, che prendono il posto delle fattispecie legali, perciò, presentano sempre carattere normativo e realistico: normativo, perché sono quelli, e solo quelli, che sono considerati dalle norme e realistico, perché essi vengono ricostruiti e definiti, inevitabilmente, con le connotazioni materiali e contestuali con cui nelle norme sono stati considerati. E in questo numero e con queste connotazioni vengono rilanciati sulle complessità sociali, che i mutamenti del mondo producono, per regolarle. Ma il numero chiuso e l'identità, che siffatto processo interpretativo attribuisce agli interessi così ricostruiti, ne limita, al tempo stesso, la mobilità tra, e la penetrazione in, siffatte nuove complessità tutte le volte che siffatti mutamenti modificano troppo la morfologia di tali nuove complessità: la griglia delle fattispecie legali, sebbene rivitalizzata dalla sua «riscrittura» secondo il paradigma degli interessi, non è più in grado di riconoscere le nuove complessità che chiedono di essere regolate. Quando questo avviene, allora, numero chiuso e identità, prendono ad operare come una sorta di barriera che non fa vedere al diritto ciò che avviene al suo esterno e che impedisce che il tumulto degli interessi che si sviluppa in questo esterno si trasformi in *inputs* che rideterminano la comprensione del sistema giuridico e i suoi assetti. E così le mappe propulsive create con gli interessi ed i loro bilanciamenti, oltre una certa soglia, finiscono per generare un qualche congelamento del diritto sull'esistente che non permette di attingere ragioni sistemiche in grado di coglierne le dinamiche.

Anche qui un esempio: i conflitti, secondo i quali, in questa prospettiva, si possono «riscrivere» le discipline del credito sono quelli che ruotano attorno all'interesse del creditore all'esecuzione della prestazione dovuta e all'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo quando questa sia divenuta impossibile o eccessivamente onerosa o appaia a rischio la controprestazione attesa; da questa mappa, così, resta fuori, tra l'altro, l'interesse cruciale del mercato a tenere alta la domanda di beni e servizi; e, quand'anche la legge vi provveda con le discipline del sovrindebitamento e dell'esdebitazione, l'ombra di quella mappa fa sentire i suoi effetti inibenti relegando tali discipline al rango di eccezioni.

La "continuità", in questo caso, è, dunque, garantita da mappe di interessi e bilanciamenti legate alle norme e dall'ordine materiale in cui queste si dispongono nel sistema organico della *Interessenjurisprudenz*.

Al sopravvenuto esaurimento dell'efficacia propulsiva di queste teorie i giuristi hanno reagito riverniciando le loro vecchie dogmatiche e, soprattutto, aprendo le porte all'illusione giusnaturalistica del "diritto vivente", di cui la

dottrina dei rimedi, "presa sul serio", rappresenta solo una sorta di "manuale di istruzioni per l'uso". Con le conseguenze che si sono illustrate, la principale delle quali è, per l'appunto, lo smarrimento del requisito della "continuità" e il rischio di smarginare in prassi eversive senza sapere cosa si fa e che senso ha quel che si fa.

## **12. Il "salto sistemico" e l'interpretazione funzionale del diritto.**

Questo limite delle teorie tradizionali dell'interpretazione risale, in ultima istanza, a quella che è stata chiamata (da E. Morin) l'Ontologia dell'Occidente. E cioè risale a quell'attitudine generale del pensiero, che, nello specifico, porta: (i) a distinguere il diritto dalla legge, (ii) ad intendere il diritto come un sistema, che si dà già prima nel regno dello spirito/*arché/logos* (le essenze/sostanze della *Begriffsjurisprudenz*) o in quello della natura/mondo/*physis* (gli interessi della *InteressenJurisprudenz*), (iii) a ridurre la legge a traccia fenomenica di tale sistema, concettuale o materiale che sia, e (iv) alla conseguente prescrizione che alle carenze della legge si debba ovviare risalendo a tale sorta di loro *a-priori* costituito da siffatto sistema giuridico sostantivo.

Questo fa capire che il superamento di tale limite, il ripristino delle capacità adattive del diritto e la conservazione ad un livello più alto della "continuità" tra le norme e la loro interpretazione richiedono, ormai, l'elaborazione di un'altra idea di sistema e un altro statuto delle categorie giuridiche.

Il materiale per questo compito è offerto dalla Teoria generale dei sistemi complessi, dalla Teoria dei sistemi sociali e dall'Epistemologia della complessità.

Di questo passaggio non si può qui riferire. Ma si possono tratteggiare la comprensione del diritto come *sistema funzionale*, che se ne trae, e l'intendimento delle *rationes* giuridiche come *logiche del suo movimento*, che ne consegue.

Come altrove ho provato a mostrare, il diritto non è un *a priori* della legge, ma si istituisce con questa per risolvere i problemi del mondo a partire da un "senso nucleare", che nella Modernità è incorporato nella stessa forma della legge e che connota l'identità specificamente funzionale del diritto di quest'epoca della società.

Ogni diritto in ogni epoca della società risponde alla comune funzione di dirimere i conflitti che ineriscono alla struttura sociale sua propria e risolvere i problemi che ne derivano. Solo il diritto della Modernità, però, ha mutato questo compito comune in carattere intrinseco del suo stesso modo d'essere.

La Modernità si distingue da ogni altra epoca del mondo per il carattere evolutivo della sua struttura sociale e delle relazioni che disegna. Essa si è istituita per mutare il carattere statico delle strutture dell'*Ancien Régime* in quello dinamico di una società intrinsecamente votata al cambiamento continuo della sua base economica e delle relazioni sociali che su di essa si sviluppano: non a caso già più un secolo e mezzo fa Marx scriveva che il capitalismo è un modo di produzione intrinsecamente rivoluzionario (così, per questo verso, chiarendo solo quel che già si traeva da Smith e Ricardo).

Così avviene che il diritto di quest'epoca della società ha tramutato la sua funzione generale in carattere intrinseco del suo stesso modo di essere, si è istituito come *diritto funzionale* al governo del cambiamento: il suo compito specifico è divenuto quello di adeguare i suoi precetti ai mutamenti, che una società intrinsecamente dinamica viene suscitando, e le sue insegne, il suo "senso nucleare" sono passate dall'*Immemorabile* e dallo *status* che prima governavano il mondo feudale alla *Legge positiva* e al *Contratto* che regolano la nuova società e sono in grado di seguirne il dinamismo.

Pertanto, il sistema giuridico, entro il quale il diritto acquisisce la completezza del suo senso, non è un dato precedente e neanche originario, ma costituisce, piuttosto, un'autoproduzione dello stesso diritto, è il prodotto della pressione cui il diritto soggiace ad opera del suo ambiente sociale e dei processi di adattamento che esso è in grado di attivare per fronteggiarla.

Ad operare questa trasformazione del diritto in sistema evolutivo è l'interpretazione, che, perciò, non è esterna al sistema, ma è lo strumento con il quale esso si produce e continuamente si ridetermina per fronteggiare l'urgenza delle nuove complessità.

La rideterminazione interpretativa del sistema giuridico si avvale del *surplus* regolativo sempre presente nelle sue norme.

Questo *surplus* regolativo proviene dalla circostanza che ogni fattispecie legale costituisce l'*espressione aritmetica* (= la fattispecie come somma degli elementi che la compongono) di una comprensione del mondo che implica sempre e necessariamente una *proporzione*, e cioè una relazione proporzionale tra diritto e realtà sociale, la quale *eccede* i termini aritmetici in cui nella norma si trova rappresentata.

Un'idea del genere si può trovare già nella contrapposizione tra fattispecie e *ratio*. La *ratio* allude ad un *di più* di quello che appare dalla fattispecie. Dove questo *di più* viene da quel che sta dietro la fattispecie, e cioè dalle ragioni che spiegano e giustificano il trattamento del *casus legis* rappresentato con gli elementi che la compongono e che permette, attraverso l'*analogia*, l'applicazione della sua disciplina anche ai casi *simili*, nonostante questi non

esibiscano tutti tali suoi elementi. La *ratio* funziona, dunque, come *ponte*, come criterio che permette di comparare cose diverse sulla base di una ragione sottostante che le rende assimilabili, allo stesso modo di come la proporzione permette di comparare grandezze diverse mostrando la logica che le rende omogenee.

L'interpretazione funzionale del diritto, perciò, eleva il paradigma analogico a paradigma generale dell'interpretazione e però, al tempo stesso, muta lo sguardo della *ratio* che vi presiede

La proporzione, che l'interpretazione funzionale è chiamata a mostrare, si dà nella "veduta" secondo la quale il sistema del diritto ha percepito e si è raffigurato i problemi del suo ambiente e nella "ragione" per la quale li ha visti in un modo anziché in un altro e vi ha apprestato determinate soluzioni invece di altre.

Questa ragione, perciò, non interroga il caso ma interpella tutte le *rationes* operanti nel sistema giuridico e gli intrecci di esse che, prima ancora, ne determinano il punto di osservazione e lo inducono a vedere il caso in un modo anziché in un altro. È, insomma, una *ratio sistemica*, e cioè una ragione non frammentata e dispersa nei casi, non singolare, ma *olistica*, che guarda alle strutture giuridiche interpellate dal caso come sede di un tutto, il sistema, che eccede la somma delle singole parti, le fattispecie e i casi da esse descritti.

Quest'altra ragione, dunque, non guarda al caso ma alla luce che su di esso proiettano il sistema delle *rationes* funzionali e il modo in cui nel caso si intrecciano.

Il campo della responsabilità civile può chiarire meglio quello che questa ragione guadagna rispetto alle prospettive tradizionali della tutela dei diritti soggettivi e del conflitto di interessi tra danneggiante e danneggiato e del loro bilanciamento.

Perché, ad es., si dovrebbe risarcire il pregiudizio scaturente dalla perdita di una *chance* se il danneggiato non può far valere la lesione di un suo diritto soggettivo? Rispetto ad una tale questione la tradizionale comprensione della responsabilità come tutela esterna dei diritti soggettivi o giunge alla conclusione di negare il risarcimento o rimane alla fine senza parole.

Perché, ancora, non si dovrebbe proteggere la lesione primaria del credito ancorché causata senza dolo quando l'art. 2043 sancisce l'equivalenza di colpa e dolo? Di fronte ad una tale questione la comprensione della responsabilità come conflitto tra l'interesse del danneggiato e l'interesse del danneggiante o giunge ad ammettere la responsabilità anche solo colposa del danneggiante sulla considerazione che nel conflitto deve prevalere la condizione incolpevole del danneggiato o rimane anch'essa senza parole.



Una comprensione della responsabilità secondo la ragione funzionale, per contro, mette in campo un altro ragionamento che si articola in questa diversa sequenza: (i) la responsabilità risponde alla funzione sistemica di conservare la ricchezza là dove l'ordinamento la ha allocata; (ii) quel che costituisce ricchezza non è dato una volta per tutte, ma segue le traiettorie sistemiche dell'appropriazione legittima delle risorse; (iii) il potere di appropriarsi nel campo dell'*agere licere* è di tutti e, perciò, non solo di chi lo vede pregiudicato ma anche di chi lo pregiudica; (iv) nella responsabilità, di conseguenza, si confrontano la *ratio* conservativa della ricchezza appropriata/appropriabile e la *ratio* permissiva che presiede all'appropriazione delle risorse; (v) la conservazione della ricchezza appropriata/appropriabile e l'agire per appropriarsi delle risorse costituiscono per il sistema giuridico istanze ordinariamente compatibili; (vi) il problema della responsabilità attiene alle condizioni nelle quali questa compatibilità si muta in incompatibilità; (vii) la soluzione di questo problema, allora, passa attraverso la determinazione dei tipi di problema da cui si origina questa incompatibilità e dalla individuazione/elaborazione di criteri attinti dalle *rationes* che fanno distinguere tipi di problema diversi e coerenti alle questioni che essi propongono.

Rispetto agli esempi di prima quest'altro modo di ragionare, allora: spiega la risarcibilità della lesione di una *chance* con la considerazione che per le *rationes* generali del sistema giuridico costituisce ricchezza da proteggere non solo quella rappresentata da un'appropriazione avvenuta ma anche la stessa facoltà giuridica di attivarsi per un'appropriazione a venire; e spiega la sola risarcibilità delle lesioni dolose del credito con la considerazione che il sistema della libertà negoziale e l'allocazione dei rischi che le è propria non potrebbe gravare un contraente dell'onere di verificare, prima di acquisire il credito ad una prestazione, la compatibilità di questa con gli impegni già presi dall'altro contraente.

Questa "veduta", perciò, presiede alla tramutazione di un problema sociale in un *tipo di problema* ed alla determinazione del *principio regolativo* deputato a risolverlo.

Ma poiché tanto il tipo di problema che il principio regolativo si definiscono in base a tale "veduta", entrambi si determinano sotto il segno delle *rationes* che hanno presieduto alla sua formazione.

Così il paradigma del tipo di problema scavalca lo schema tradizionale del conflitto di interessi, proprio perché non guarda solo agli attori della fattispecie ma li assume come *maschere* di ragioni che li trascendono, sistemiche appunto, e il principio regolativo, a sua volta, si determina dall'intreccio di tali ragioni nell'equilibrio sistemico che le compone.

E poiché questa "veduta" racchiude una proporzione, l'interpretazione, cui essa mette capo, è in grado di adeguarsi continuamente al mutare delle "grandezze", dei termini tra i quali è chiamata ad operare.

L'interpretazione funzionale, dunque, procede attraverso la tramutazione della rappresentazione aritmetica della fattispecie nella proporzione di cui essa è espressione e la ritraduzione di questa proporzione in una «riscrittura» che espande l'originaria rappresentazione aritmetica secondo la *ratio sistemica* cui essa, alla fine, risponde.

Il *medium* di questa interpretazione funzionale è la *ratio*, la quale però, per il carattere sistemico che ora acquisisce, è, a differenza di prima, intrinsecamente evolutiva, incorpora le logiche di movimento proprie del "calcolo" proporzionale e presiede allo sviluppo di tutte le virtualità regolative che l'implementazione di questo calcolo racchiude.

A questo *medium* è affidato il requisito della "continuità" che la fa essere un'interpretazione in senso proprio, una «riscrittura» e non una «nuova scrittura».

Anche questa interpretazione funzionale, infatti, e con più ragioni di prima, consiste in un *novum ex positum*, che la continua a distinguere dalle prassi giudiziarie che si son dette "eversive". Essa, invero, è l'esito di un processo che è, insieme, più cognitivo e più creativo: più cognitivo perché estende il campo dell'analisi dalla norma al sistema e più creativo perché si riappropria delle risorse regolative necessarie a ordinare evolutivamente le fenomenologie sociali e i mutamenti che esse esibiscono nel tempo presente.

Solo che per attivare queste risorse il diritto e le sue norme devono essere interrogati in modo appropriato, e cioè con domande che siano all'altezza della sua costituzione intrinsecamente funzionale e delle virtualità regolative che questa sua natura gli conferisce. Il modo di riferirsi al diritto, perciò, non può più essere quello di rivolgersi la domanda "che cos'è" e porsi senz'altro alla ricerca di questa "cosa" fuori dall'ordinamento giuridico, nel mondo spirituale delle essenze o in quello empirico degli interessi. Diritto e norme rispondono, invece, in modo esauriente ed evolutivamente appropriato solo se ci si rivolge all'uno e alle altre proponendo i diversi interrogativi che vengono dalle sue funzioni sistemiche e dal modo nel quale esse vengono poste in opera: "di che parla"; "come vede quello di cui parla"; "perché lo vede così e non diversamente"; "a che serve vederlo così"; "come funziona questa veduta" e "fin dove giunge con questa veduta".

Ma poiché queste domande e le loro risposte sono diverse da quelle di prima richiedono anche un nuovo linguaggio.

Questo nuovo linguaggio si trova con il passaggio dai *Substanzbegriffe* della

tradizione giuridica a quelli che E. Cassirer poco più di cent'anni fa chiamava i *Funktionsbegriffe*. I concetti-funzione, a differenza dei concetti-sostanza, infatti, concernono non "cose" ma proporzioni, e cioè, per l'appunto, funzioni, le quali in nient'altro consistono che in associazioni che collegano gli elementi di un insieme, nella specie del sistema giuridico.

Solo interrogandolo così e «riscrivendolo» con queste altre categorie si può immaginare che il diritto possa ancora reggere il mutamento della società.

Anche se molte cose possono già far pensare che si annunci un altro tempo nel quale tutto questo risulterà, alla fine, abbastanza marginale. E che in quest'altro tempo il governo giuridico delle società sarà tolto, nell'essenziale, non solo dalle mani dei Parlamenti, ma anche da quelle di giudici e dottori.