

Il giudice e la legge (1)

di Adolfo di Majo

1. Il contributo di Lipari è un contributo *a tesi* e tutto si dipana da essa ed occorre con essa confrontarsi.

La “*giurisdizionalizzazione*” del diritto, il cui fondamento più prossimo è del resto la “*costituzionalizzazione*” del medesimo è il dato da cui l’Autore muove. È un dato che, si dice, offerto dalla realtà, come essa si è andata sviluppando ed evolvendo a seguito della proliferazione delle fonti del diritto e dell’inevitabile confusione e sovrapposizione tra di esse.

Onde, si può dire, il governo delle fonti non può che essere in mano a chi è tenuto ad applicarle, nella discrezionalità di dover muoversi tra l’una e l’altra, dover stabilire priorità, ravvisare collegamenti.

Principale collante, secondo l’A. è il principio “di effettività”, che in genere viene riferito alla fase della tutela dei diritti² e qui invece dall’A. viene ricollocato in cima al sistema e inteso genericamente come “dipendenza del diritto dall’effettiva operante efficacia di tutto quanto l’ordinamento in cui si concreta”. Onde non occorre guardare allo *jus positum* e cioè alla validità formale del precetto “ma ad una verifica concreta *della sua vitalità* nella realtà dei rapporti sociali, la norma come modello di azione si svincola da una mera dipendenza dalla volontà del legislatore per collocarsi all’interno dell’operante vita della collettività” (pag. 133).

È un libro *a tesi*, come si è detto.

Tutto si dipana da siffatta premessa. E non deve sorprendere che l’asserita “*costituzionalizzazione*” del diritto comporti il tramonto “delle regole giuridiche” e la loro sostituzione con “i principi”, i quali, nella loro applicazione, non richiamano il metodo deduttivo, secondo cui la regola da applicare si deduce dalla norma astratta cui va riferito il caso concreto bensì processi argomentativi, volti a motivare *il perché* e *il senso* dell’applicazione del principio.

Di qui la possibilità di un “diritto legislativo illegittimo” allorquando lo *jus positum* sia contrario ai principi costituzionali, i quali debbono prevalere sulla regola. In buona sostanza, l’organo chiamato ad applicare il diritto ha di fronte a sé una pianura “sconfinata”, libera da ostacoli, quale

¹ Con riferimento al libro di Nicolò Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

² V. sul punto A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 703.

per definizione sarebbe invece lo *jus positum*, e neanche la traccia “di un sistema”, che non può essere un dato *a priori* ma solo un *fine* “al quale il giurista tende per facilitare la conoscenza del diritto” (pag. 77).

In buona sostanza, il quadro che l’A. premette alla sua riflessione è quello di un diritto che non consente che da esso si deducano regole ma solo un ordinamento “concreto, verificabile nell’effettività dei comportamenti, delle decisioni, delle convinzioni individuali e collettive” (pag. 79).

È naturale che confrontarsi con tale prospettazione significa confrontarsi sul terreno della tesi da esso stesso presupposta. Ed è nel senso di (dover) ribadire la presenza e persistenza di un rapporto dialettico che vede le due entità di esso (legge e sua applicazione) ma non consegnate ad una lettura, di comodo, e strumentale, definita statica e ormai obsoleta, della norma di legge, per la quale ormai è pacifico che la stessa interpretazione si carica di significati innovativi e, se non altro, commisurati all’attualità. E non v’è argomento o principio o ragione qualsiasi che tenga, che possa nascondere od occultare tale realtà dietro un processo interpretativo che si potrebbe definire quasi “sovranista”, anche se supportato “dall’effettività dei comportamenti, dalle decisioni, dalle convinzioni individuali e collettive” e che si impone, al di là di tale rapporto dialettico. Che, in realtà, detto processo applicativo, pur se aspira a definirsi “sovranista”, giacché sarebbe destinato “a prevalere” in ogni caso (pur se all’esito di una sequenza di controlli in via giurisdizionale), deve pur sempre confrontarsi con un altro dato (quale lo *jus positum* e/o il diritto vigente o il diritto “vivente”) che, sia pure in termini *di potere*, ad esso si contrappone. E, alla lunga, dovrebbe essere quest’ultimo a prevalere giacché il modello dello “Stato di diritto” proprio questo esige e comporta e cioè che, alla fine abbia a prevalere “il diritto” ma sempre con riferimento alla volontà dello Stato legislatore e non a quella di altri poteri, giudiziari o amministrativi.

Vale invece, secondo Lipari, il contrario. Giacché, nella sua configurazione dello “Stato di diritto”, i limiti che lo Stato pone a se stesso attraverso la legge sono “limiti” che invece pongono, ad esso, altri poteri, ad es. quello del giudice. Ma, in tal caso, lo stato di diritto non ha più, quale *alfa ed omega*, la “legge”, posta dallo stesso Stato, ma come questa viene intesa ed applicata dai giudici.

Si è detto dunque che si tratta di un libro a *tesi*. Ad esso sembra far difetto l’abbandono di una prospettazione di ordine dialettico, avente riguardo all’eterno rapporto conflittuale che è destinato ad emergere, nel processo applicativo del diritto, ove *appunto alla volontà (politica) del legislatore, che si esprime per definizione, nell’autorità della legge si*

contrappone la sua applicazione nel concreto, a fronte di interessi “altri” e spesso opposti. E di tale prospettazione in forma dialettica non è più traccia in una riflessione, pur motivata e articolata, secondo la quale non v'è più rapporto e/o contrapposizione tra *l'oggetto* (quale la norma di legge) e il *soggetto* (chiamato ad applicarlo) perché l'oggetto, per così dire, e potremmo definirlo per facilitare il discorso, il *diritto nella sua effettività* non è più tale quale *oggetto* ma parte anch'esso del processo destinato ad inverarlo e quindi quale “soggetto”, anch'esso, del processo interpretativo, a mezzo, si perdoni il bisticcio, della “interpretazione” di se stesso.

Analogamente, sulla base della premesse cui si è accennato anche la figura dell’“*abuso del diritto*” perde d'identità e consistenza. Una volta “che il giudice riconosce o disconosce diritti e doveri ma lo fa non in base al riferimento a precostituiti astratti modelli di diritto soggettivi bensì riferendosi alla concretezza del rapporto, alla specificità del caso, alla peculiarità delle circostanze date” (pag. 198) è evidente che non v'è più rapporto dialettico tra l'enunciato formale e il suo contesto applicativo e/o meglio com'è stato detto non v'è più “*lo spread tra stretto diritto e vero diritto*” (A. Gentili).

Di qui la tesi che non ha più senso “il divieto di abuso del diritto” (v. carta dei diritti fondamentali dell'U.E.) perché il principio dell'abuso del diritto “si sottrae ad ogni ipotesi di formalizzazione” (pag. 201).

Lo stesso discorso vale per il procedimento analogico il quale, secondo l'A., “è venuto perdendo quella specialità strutturale che le aveva assegnato il *Code Napoleon* e, nella sua linea, gli ordinamenti che si erano esemplati su quel modello per *degradare* a criterio caratterizzante di ogni procedimento interpretativo” (pag. 69).

Scompare dunque ogni distinzione tra *analogia legis* e *iuris* (pag. 70).

Al posto dell'analogia, vi è la “intuizione analogica della norma al principio e dal principio alla norma”. L'A. si rifà all'insegnamento di Caiani.

Di qui insomma, l'esito è che l'ordinamento giuridico nel suo complesso tende ad appiattirsi con riguardo ai fattori che ne hanno sempre caratterizzato al suo interno un rapporto, per ridursi *ad unum*, quello di un processo interpretativo che ha assorbito all'interno di se stesso tutti i momenti e/o fattori che ne erano al di fuori. È ciò che può definirsi una versione “sovrana” dell'interpretazione, versione, che si espone, come tale, a tutti i limiti ed eccezioni razionalmente e logicamente comprensibili.

E, in definitiva, alla “centralità” del momento interpretativo, anche in difesa del processo democratico (della nascita) delle norme, vale eccepire che l'interpretazione e/o l'applicazione della norma è sempre oggetto anch'essa di regole, che si definiscono ermeneutiche, quale, *in primis*, l'art.

12 delle preleggi, onde l'esigenza che il "significato" da attribuire alla norma non può andare al di là del "segno" che la reca quale che sia la forma (scritta e non scritta) di esso, e ciò ad opera di altri "segni" che, anche costituzionalmente, a ciò non sarebbero legittimati. A tal punto da poter affermare che, accanto alle fonti "del testo" esistano fonti "del senso" e cioè fonti elaborate dall'interprete³. Qualche Autore ha parlato di "formanti occulti" (quale l'editoria giuridica!)⁴. "Prima ancora di produrre diritto, le fonti sono prodotte dal diritto" ha scritto un altro Autore⁵.

In conclusione, se è vero che il contributo di Lipari si iscrive in un eterno problema, che è quello del rapporto tra il giudice e la legge e che ha visto soluzioni e prospettive diverse nel corso del tempo, anche in sede politica, come quella, a suo tempo, ad es. del "diritto alternativo", come diritto applicato dai giudici in senso "alternativo" al (modello del) diritto borghese o ancora come diritto il cui punto di riferimento deve essere il dato costituzionale e non la legge ordinaria (modello c.d. riformista o social-democratico) si è però sempre trattato di diversi modelli che si sono *palesamente* confrontati sul terreno specialmente politico in ordine al significato e ruolo che, nella società, è da attribuire al diritto, specie nelle sue fonti tradizionali.

Ciò che invece Lipari sembra proporre è, in senso gramsciano, una rivoluzione "passiva" che vede il giudice arbitro, esso, individualmente, di applicare principi derivanti dai contesti sociali e da opinioni e convincimenti "comunemente condivisi", in modo da superare lo *jus positum*, per porlo al servizio dei "principi" così come componenti del "diritto nella sua effettività".

Si può parlare di rivoluzione "passiva", perché essa non è ufficialmente declamata ma pur sempre indirettamente sovvertitrice di un ordine, all'insegna tuttavia "di un soggetto politico", rimasto innominato, tranne che esso non debba individuarsi nel giudice (!).

La prospettazione recata dal libro di Lipari non è isolata. Da essa non lontano è un *trend* che, trova specie eco nella giurisdizione, la quale si dimostra critica, per non dire insofferente a fronte di un dato legislativo, che ha perso la autorità e la dignità di un tempo, perché affidato alle instabili varianti politiche e alla scarsa fiducia dei cittadini.

Ma resta dunque un problema reale, al cui approfondimento l'opera di Lipari apporta un contributo significativo. Esso investe a monte il problema delle fonti del diritto in questo terzo Millennio.

Adolfo di Majo

³ V. sul punto G. PINO, *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, 2014, 63-64.

⁴ A. MANIACI, *I formanti "occulti"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 97.

⁵ Così A. GENTILI, *Senso e consenso*, Torino 2015, 249.