

IL GIUDICE E IL 'FATTO': NUOVE SUGGERZIONI DEL PENSIERO VICHIANO

Parte II

IL PRECIPITATO DEL PENSIERO VICHIANO: DALLA TEORIA ALLA PRATICA ODIERNA DEL DIRITTO

1. Il 'fatto' tra normativismo, neoidealismo e nichilismo, all'indomani dei regimi totalitari

«Non esistono fatti, ma solo interpretazioni. Anche questa è una *interpretazione*»¹: con questa asserzione, Nietzsche suggellava il suo 'divorzio dalla realtà', dando l'avvio a quel fortunato orientamento di pensiero che oggi definiamo 'nichilismo giuridico'. 'Fortunata' la dottrina nietzschiana, naturalmente, si può definire per l'enorme rimbalzo che essa ha avuto – ed ancora ha – nel pensiero filosofico e giuridico contemporaneo²; mentre per altro verso non ci si può nascondere che la stessa teoria è risultata ben funzionale alla ideologia dei regimi totalitari del primo Novecento, quali lo stalinismo, il nazismo, il fascismo. In questi contesti, valori tradizionali come la buona fede, l'equità, la giustizia – in qualche Paese europeo, tra cui la Germania, assunti addirittura nei codici come 'clausole vuote' (*Leereformeln*) – sono stati invocati dagli autocrati al fine di giustificare leggi esecrabili, quali quelle razziali³. Tali inaspettati esiti dell'introduzione 'nel cuore del diritto positivo' – per usare una espressione habermasiana⁴ – del relativismo delle interpretazioni dell'*ethos* hanno fortemente scosso le coscienze dei teorici del diritto.

¹ F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1887-1888*, in *Opere complete*, tr. it., Milano, 1971, VIII.2, 14 (fr. 7).

² Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; ID, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006; G. BIANCO, s. voce *Nichilismo giuridico*, in *Digesto IV*, disc. priv., sez. civ., III agg., Torino, 2007, 790 ss.

³ V. tra gli altri A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, 2005, 10 s. (dove l'A., tra l'altro, sottolinea come la fase totalitaria fu caratterizzata dalla tendenza alla ricostruzione degli ordinamenti su basi giusnaturaliste, reputate idonee a contrastare efficacemente le teorie sulla separazione tra morale e diritto) e *passim*, con ampi ragguagli bibl.

⁴ J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, tr. it., Torino, 1992, 36.

I tragici eventi legati allo stalinismo, al nazismo ed alla alleanza di Mussolini con Hitler⁵ non potevano restare privi di conseguenze sul modo di concepire il diritto. Ed è soprattutto sulla 'libertà' del legislatore e sulla – più o meno accentuata – indipendenza dell'interprete rispetto al testo normativo che si sono immediatamente scagliati gli strali di molti filosofi e teorici del diritto, sviluppando quella che potrebbe definirsi una vera e propria ossessione per due tematiche in particolare: la legittimazione dell'ordinamento giuridico e i controlli dell'interpretazione. Le critiche antiformaliste ed antipositiviste dovevano fare ora i conti con i pericoli e con i guasti di fatto prodottisi a seguito della fiduciosa – quanto incondizionata – consegna di un *ethos* astrattizzante e di 'valori' assoluti nelle mani di politici, legislatori e giudici. E sono in particolare questi ultimi, i 'valori assoluti', a finire sotto processo, nel tribunale della storia, mentre ancora risuona come un monito per il futuro quanto Carl Schmitt aveva scritto nel 1934, nell'articolo recante l'emblematico titolo *Nuovi principi per la prassi giuridica*⁶: «Tutto il diritto attuale (...) deve essere dominato solo ed esclusivamente dallo spirito del nazionalsocialismo (...). Ogni interpretazione deve essere un'interpretazione in senso nazionalsocialista».

Si deve alla lucida analisi di Hans Kelsen – testimone della caduta di Weimar⁷ e dell'ascesa al potere di Hitler – la prima risoluta reazione, nel campo della filosofia del diritto: l'assunto del Filosofo praghese (il quale accoglie la tesi weberiana della relatività e irrazionalità dei valori assoluti⁸) è che nella sfera giuridica i 'valori', se assolutizzati, risultano 'equivoci' e si prestano, perciò, anche a pericolose strumentalizzazioni: il monismo del valore può generare ingiustizie, irragionevolezza, assurdità⁹. Alcuni anni più tardi, nel 1959, la 'tirannia dei valori'¹⁰ viene denunciata anche da Carl Schmitt, ma con ben diversi accenti: la pluralità dei valori assunti all'interno di una società genera il caos (richeggia qui la weberiana 'lotta a morte' tra i valori) e la soluzione definitiva del conflitto – cui deve porsi fine – non può che consistere, secondo Schmitt, nel comando, ultimo e definitivo, del sovrano¹¹.

Il Filosofo praghese muove invece da una ben diversa esigenza, che è quella di individuare i fondamenti e i pilastri della democrazia¹²: sin dal 1920, anno in cui vede la luce la prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Kelsen assume che nella società i valori devono essere presenti, ma esserlo in forma plurale, e cioè non come 'valori assoluti' ma 'relativizzati': è il relativismo a rendere possibile la democrazia. Più valori – sostiene il Filosofo – possono convivere tra loro all'interno di un dialogo pacifico, se si appron-

⁵ Circa la percezione, da parte dei giuristi dell'epoca, di tali vicende storiche durante ed immediatamente dopo il loro svolgersi, v. ora le testimonianze di A. GUARINO, nei brevi articoli: *Il giuramento, Berlino 1938; Rinaldo in campo; Il 'maître -à-penser'*, tutti in *Ultime pagine di diritto romano*, Napoli, 2014, 15 ss., 32 s.

⁶ Su cui approfondimenti in F. MANCUSO, *Le 'verità' del diritto. Pluralismo dei valori e legittimità*, Torino, 2013, 51 s.; sul pensiero di Schmitt in relazione ai temi qui trattati, v. *ibid.*, 123 ss., 196 ss., 200 ss., con raggugli bibl.

⁷ Approfondimenti in M. LA TORRE, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Roma-Bari, 2006.

⁸ *Amplius*, F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 196 ss.

⁹ Cfr. F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 70.

¹⁰ *Die Tyrannei der Werte* è appunto il titolo di un tardo scritto di Schmitt, su cui v. *amplius infra*, § 4.

¹¹ C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, tr. it., *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 85.4, 2008, p. 67 e *passim*; v. sul punto le considerazioni di A. CATANIA, s. voce *Decisione*, in AA. VV., *Lessico della politica*, a cura di G. Zaccaria, Roma, 1987, 151 ss., specialm. 158.

¹² Lo sottolinea ora F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 186 ss.

tano strumenti e procedure democratiche per la legiferazione (rappresentanza popolare e parlamentarismo, soprattutto)¹³. La democrazia, grazie alla giustizia procedurale, si sostanzia come forma di governo legittima (Kelsen risolve così lo spinoso problema della 'legittimazione' dell'ordinamento politico) in quanto correttamente proceduralizzata e aperta alla pluralità¹⁴.

Di qui l'esigenza positivista kelseniana di tracciare una chiara e netta linea di demarcazione tra morale e diritto, nella ferma convinzione che il diritto non è per sua natura 'morale': e ciò non soltanto perché non esiste una morale assoluta, «ma anche perché dalla sua effettiva applicazione, ad opera della giurisprudenza dominante in una certa comunità sottoposta al medesimo diritto, scaturisce una legittimazione acritica dell'ordinamento coercitivo statale su cui si fonda tale comunità»¹⁵. L'assolutismo dei valori comporta soggettivismo e quest'ultimo non può che incidere negativamente sulla legittimazione dell'ordinamento giuridico.

Anche il tentativo di risolvere il problema della legittimazione dell'ordinamento giuridico mediante il richiamo al giusnaturalismo rivela, per Kelsen, una pericolosa ambivalenza. Nel 1927 egli scrive: «il problema del diritto naturale è l'eterno problema di ciò che sta dietro al diritto positivo». Ma chi cerca una risposta – avverte il Filosofo – troverà non la verità assoluta d'una metafisica, né la giustizia assoluta d'un diritto naturale, ma lo sguardo sbarrato della Gorgone del potere¹⁶. Sul punto – e sotto molteplici profili – il pensiero di Kelsen si pone in piena simmetria con quello vichiano: per il Filosofo praghese, il diritto sorge non come frutto di una metafisica *lex naturae*, bensì come istanza difensiva rispetto a manifestazioni di forza violenta (la *vis* primordiale vichiana) e di potere ingiusto: non è la natura a generare il diritto, è la violenza propria del genere umano a rendere necessarie delle regole condivise per la pacifica convivenza. Tuttavia «diritto e forza non debbono essere concepiti in antitesi assoluta. Il diritto è un'organizzazione della forza: esso stabilisce determinate condizioni per l'uso della forza nelle relazioni tra gli uomini (...) si impiega la forza per prevenire l'impiego della forza»¹⁷. Di qui il rifiuto del giusnaturalismo nella sua declinazione originaria, e l'accettazione di una sorta di 'giusnaturalismo vichiano': dalla selezione del vissuto politico e giuridico scaturiscono i principi e i valori fondanti la società (società democratica, per Kelsen).

Da questa prospettiva, si può ritenere che l'intuizione vichiana del 'fatto' come oggetto di processo selettivo, all'interno di una società politica, venga rielaborata da Kelsen e trasmessa al pensiero contemporaneo¹⁸. Scrive Tzvetan Todorov: «Il pluralismo non significa che tutte le scelte si equivalgono, nemmeno che tutte le opzioni devono trovare un posto all'interno dello Stato democratico:

¹³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it., Milano, 1966, 296.

¹⁴ H. KELSEN, *La democrazia*, cit., 61 ss., 73 s., 105 s., 106; cfr. F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 184 ss.

¹⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1975, 85; per una approfondita valutazione critica del brano, v. ora F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 52 ss.

¹⁶ H. KELSEN, *Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin-Leipzig, 1927, cit. in M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 voll., Milano, 2002, 2.100. Sul complesso rapporto tra diritto naturale e diritto positivo, lucida discussione in A. CATANIA, *Effettività e modelli normativi. Studi di Filosofia del diritto*, a cura di V. Giordano, Torino, 133 ss.

¹⁷ H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, tr. it., Milano, 2009, 14 s.; sul testo, F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 43 s.

¹⁸ Cfr. al riguardo M. BIANCO, *Capograssi, Kelsen e il nichilismo giuridico. Aspetti dell'attuale crisi della scienza giuridica*, in *Diritto&storia*, 8, 2009, sez. 'Contributi'.

se ne scarteranno gli elementi distruttori (...). A partire da qui, la coabitazione delle concezioni del mondo e degli interessi diviene possibile: non si rinuncia alla ricerca della verità ma si rinuncia a imporre agli altri con la forza ciò che si crede essere la verità»¹⁹. La vichiana *lex naturae*, che l'illustre Napoletano vedeva come il prodotto della oculata selezione dei 'fatti' storici, dell'esperienza operativa dell'uomo, lungo il suo percorso di incivilimento, è ora riassunta in quei 'principi fondamentali', condivisi dai consociati e perciò posti a fondamento (per lo più, nelle Carte costituzionali) delle società democratiche.

In definitiva, il relativismo valoriale, e il connesso principio di tolleranza, costituiscono per Kelsen il baluardo della democrazia. La teoria pura del diritto si pone così come una forma di opposizione filosofica ai totalitarismi del XX secolo²⁰ e si giustappone alle dottrine di Schmitt (tanto preoccupato per il declino della statualità e della sovranità nazionale, da ricondurre alla decisione del sovrano l'unica possibilità dei conflitti suscitati dal pluralismo valoriale), per la proposta di comporre la dialettica risultante dalla molteplicità di valori relativi, operanti nel medesimo tessuto sociale, da un lato con il ricorso al normativismo, dall'altro lato approntando procedure democratiche di formazione della legge.

Il positivismo giuridico kelseniano non è affatto, come pure si è ritenuto²¹, una nichilista «neutralità della forma rispetto al contenuto»; è pur vero che esso si riassume in una istanza normativista, ma in ferma polemica con il pregresso formalismo positivista statualistico²². Perciò, la dottrina pura del diritto non nasce neppure come positivismo ideologico (*iustum quia iussum*). La democrazia, in quanto fondata sui valori della libertà e della eguaglianza, per definizione non può fare a meno dell'elemento valoriale, sempre che si tratti di valori 'relativizzati'. Scrive Kelsen nel 1948: «Tolleranza, diritti della minoranza, libertà di parola e libertà di pensiero, così tipiche della democrazia, non hanno diritto di cittadinanza in un sistema politico basato sulla fede in valori assoluti. Questa fede conduce irresistibilmente – e sempre ha condotto – a una situazione in cui chi asserisce di possedere il segreto del bene assoluto reclama il diritto di imporre la sua opinione come la sua volontà agli altri che sono in errore»²³. I 'valori' – purché relativizzati, in un contesto di tolleranza per le altrui scelte valoriali – devono dunque essere presenti nella società e informare di sé la democrazia. Ma – secondo il Filosofo praghese – è altresì necessario che i valori rimangano esterni rispetto alla sfera giuridica: è irrilevante la legittimazione del diritto positivo mediante un ordinamento morale diverso dall'ordinamento giuridico, perché «la scienza del diritto non è tenuta ad esprimere né approvazione né disapprovazione nei riguardi del proprio oggetto»²⁴.

¹⁹ T. TODOROV, *Le morali della storia*, tr. it., Torino, 1995, 299.

²⁰ Così M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, 2010, 291.

²¹ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 42.

²² Cfr. F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 57.

²³ H. KELSEN, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, ora in ID., *La democrazia*, tr. it., Bologna, 1984, 451; sul brano qui riportato, v. F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 188 s.

²⁴ H. KELSEN, *La democrazia*, tr. it., Bologna, 1984, 84.

Oggi è facile 'storicizzare' il pensiero di Kelsen e quindi prendere le distanze da alcuni suoi eccessi, tra cui *in primis* l'ossessiva epurazione dei contenuti valoriali dalla norma e la conseguente attribuzione di maggior peso alla 'forma' (la norma) e alla correttezza della 'procedura' (procedimento legislativo, regole processuali etc.), rispetto alla 'sostanza' del diritto²⁵. Basti pensare che, di fatto, il costituzionalismo – in quanto caratterizzato dalla positivizzazione, in guisa di principi, dei valori-cardine espressi dalle società del Novecento²⁶– ha prepotentemente reintrodotta la morale nella sfera giuridica. Inoltre, con il consolidarsi dell'Unione europea, il pressoché contestuale costituirsi di sovranità multiple (al posto del pregresso monismo, rappresentato dallo Stato nazionale sovrano) ed il connesso fenomeno del 'policentrismo normativo', non consentono più l'applicazione del modello apicale kelseniano: la 'norma fondamentale' (*Grundnorm*) non può attualmente identificarsi nella norma di riconoscimento, quanto semmai nell'operato dei giudici e nei principi che lo informano²⁷.

Ma nel loro primo apparire, le linee fondamentali del pensiero kelseniano hanno inciso in profondità, come è ovvio, sul modo di pensare il rapporto fatto-diritto nell'intera Europa e quindi anche nel nostro Paese.

In Italia, dopo la seconda Guerra Mondiale e la caduta del fascismo, si sono fronteggiate due contrapposte tendenze, nella concezione del fatto-diritto e della sua 'verità'. Gli umori nichilisti non si sono sopiti e su questa linea di pensiero si è in qualche misura collocato sin dagli anni Cinquanta del secolo scorso Norberto Bobbio, il quale, sostenendo il valore puramente formale del diritto, ha affermato l'«assurdità»²⁸ di qualsivoglia teoria della giustizia, atteso che «diverse formule di giustizia corrispondono a diverse situazioni di fatto»²⁹. A questa dottrina – cui peraltro Bobbio ha presto apportato non insignificanti temperamenti³⁰ – si sono poi riferiti i numerosi Autori che hanno sposato l'idea hobbesiana per cui '*Auctoritas non veritas facit legem*'³¹.

²⁵ V. soprattutto A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Potere e libertà in una società aperta*, Bologna, 2005, 81 s.; adde F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 54.

²⁶ V. *infra*. § 3.

²⁷ Così M. LA TORRE, *Autunno della sovranità. Comunità europea e pluralismo giuridico*, in *Ragion Pratica*, 12, 1999, 187 ss.

²⁸ Il vocabolo è di Bobbio: cfr. A. ZACCARIA, *Norberto Bobbio. Per una filosofia militante*, Napoli, 1981, 36.

²⁹ N. BOBBIO, *Sulla nozione di giustizia*, Modena, 1952, 15.

³⁰ Già nel 1967, con la relazione *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (pubblicata in *Rivista di filosofia*, 58.3, 1967, 235 ss.): cfr. N. IRTI, *Diritto*, cit., 94.

³¹ Raggiugli in F. GENTILE *Ricordo di Enrico Opocher*, Discorso commemorativo tenuto a Venezia, presso l'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, il 19 marzo 2005, Venezia, 2006, 22.

2. Un ritorno ai 'principi', attraverso la valorizzazione della dinamica del 'fatto'

Contro tali esiti nichilisti dello storicismo filosofico e del formalismo giuridico³², negli stessi anni si è schierato ed efficacemente espresso Enrico Opocher. Grande estimatore e seguace di Vico (oltre che dei suoi Maestri, Ravà e Capograssi, e delle tendenze neoidealiste italiane in genere), il Filosofo trevigiano si è sempre mantenuto fedele alla convinzione capograssiana che «la verità deve essere riconosciuta e che la verità [...] è la madre della giustizia»³³.

Il 14 marzo 1949 Opocher tenne a Padova la sua Prolusione al Corso di Filosofia del diritto, scegliendo come tema '*Il diritto senza verità: la crisi della ideologia 'laica' nell'esperienza giuridica contemporanea*'³⁴. Nella prospettiva di un neoidealismo inteso come 'idealismo etico', ovvero come «orientazione vivificatrice dell'intera personalità»³⁵, il Filosofo introduceva una questione che lo avrebbe poi impegnato fino alla fine dei suoi anni: quel diritto che nel passato era stato scultoreamente definito come *ars boni et aequi* – osservava con amarezza Opocher – si andava riducendo sempre più a un mezzo idoneo al conseguimento di fini estranei al proprio contenuto, se non addirittura a mero strumento di governo e di controllo sociale. La forma positiva del diritto determinava la sua stretta dipendenza dalla volontà statuale³⁶ e la forma-legge costituiva ormai l'unico criterio della 'giuridicità' del diritto; così, la forma positiva assicurava validità oggettiva all'arbitrio. «Il diritto del nostro tempo è un diritto senza verità [...], l'attuale crisi dell'esperienza giuridica è [...] una crisi della verità del diritto o, meglio, di quell'intima consapevolezza del proprio valore, senza di cui l'esperienza giuridica diviene cieca, non è più se stessa»³⁷, e rischia di farsi travolgere dal totalitarismo³⁸.

Nonostante la lucida amarezza con cui svolgeva tali considerazioni, Enrico Opocher non cadde nello scetticismo, né, tanto meno, nel nichilismo. Memore della lezione capograssiana della 'filosofia dell'esperienza giuridica', e accompagnato nel suo percorso di pensiero da Pietro Piovani (altro insigne continuatore delle teorie di Capograssi), Opocher affermò l'«impossibilità di [...] prescindere dalla consapevolezza del *valore* che sorregge il mondo del diritto», ossia la giustizia³⁹. Egli invitava perciò a «spezzare le catene del razionalismo» ideologizzato, il quale crea una 'filosofia chiusa', nel momento stesso in cui la 'validità ideologica' si sovrappone alla veri-

³² Illustrati in dettaglio da N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, e ulteriormente commentati da A. PUNZI, *Può il giurista essere nichilista?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 81, 2004, 715 ss.. Cenni in F. GENTILE, *Ricordo*, cit., 22.

³³ La frase comparve in uno scritto del 1950 (G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza e verità*, ora in ID., *Opere*, Milano, 1959, V, 57 ss.). Ulteriori ragguagli in AA.VV., *Ricordo di E. Opocher. Omaggio ad un Maestro*, a cura di G. Zaccaria, Padova, 2006.

³⁴ La lezione è stata poi trasfusa nel saggio *Il diritto senza verità*, in *Studi F. Carnelutti*, I, Padova, 1950, 179 ss.

³⁵ Questa precisazione è di qualche anno successiva: E. OPOCHER, *Ricordo di Adolfo Ravà (1879-1957)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 34.2, 1957, 247.

³⁶ Aspetto sul quale si v. quanto lo stesso E. OPOCHER aveva già esposto in *Lo Stato ed il problema della verità*, in *Rivista di filosofia*, 39, 1948, 11 ss.

³⁷ E. OPOCHER, *Diritto senza verità*, cit., 181.

³⁸ Cfr. F. GENTILE, *Enrico Opocher*, in *L' Iccervo*, 1, 2005; ID., *Ricordo di Enrico Opocher*, cit. 15.

³⁹ E. OPOCHER, *Considerazioni sugli sviluppi ultimi della filosofia del diritto italiana*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28.1, 1951, 332.

tà oggettiva del filosofare⁴⁰. Occorre piuttosto «restaurare la verità del diritto nella vita sociale»: è questo il compito dei giuristi, cui spetta «imbrigliare e neutralizzare, nelle forme logiche della legalità, le tumultuose forze che la nuova storia esprime», mentre spetta ai filosofi «opporre [...] le istanze universali della giustizia alle contingenti suggestioni dei fini politici»⁴¹.

Ma dove trovare la 'giustizia' e la sua verità? Enrico Opocher dedicò il suo ultimo libro a questo tema⁴², riprendendo le suggestioni dei primi anni Cinquanta, poi trasfuse nelle celebri *Lezioni*⁴³. La verità del diritto e la giustizia, secondo il Filosofo trevigiano che si poneva qui sulle orme di Vico, non sono valori trascendenti, perché nascono dall'esperienza: la verità del diritto si identifica nella verità dell'azione nel suo farsi e nell'esplicarsi concreto dei suoi valori. Il fatto-diritto – e la relativa problematica – vanno perciò colti «studiando il fenomeno giuridico non in sé, in una astratta staticità che, in realtà, lo porrebbe sullo stesso piano dei fenomeni naturali, ma in quanto ogni suo aspetto viene vissuto e sofferto dalla coscienza del soggetto. Diciamo la parola esatta: come esperienza. Il problema dei valori è, infatti, inseparabile dalla vita della coscienza e, quindi, dall'esperienza degli uomini»⁴⁴. Di qui la ferma convinzione di Opocher che il diritto andasse cercato più nel processo che non nella norma positiva⁴⁵.

Sulle orme di Vico e Capograssi⁴⁶, Opocher non ha mai smesso di insegnare che il 'fatto' non va indagato nella sua fissità e illusoria oggettività, bensì nel momento concreto del suo farsi, del suo inverarsi in quanto 'esperienza'. Ed è qui, nel dinamismo del 'fatto', che risiede la verità⁴⁷.

Osservava Capograssi che la scienza del diritto è la scienza delle singole azioni umane nel loro percorso, le quali portano con sé «la esperienza nella sua totalità». Il processo, infatti, «tocca tutte le persone e tutti gli interessi»⁴⁸ e – specifica poi Opocher – risponde all'urgenza dell'accertamento della verità⁴⁹, istituendo una situazione da accertare: in questo stadio il 'fatto' è incerto, in formazione. In quanto rispondente all'urgenza di verità e ispirato al principio della garanzia delle parti, il processo è per Opocher di per sé stesso un 'valore' (a condizione che garantisca l'applicazione del principio di uguaglianza); e sulla base dei 'valori' riposa anche la 'coscienza

⁴⁰ E. OPOCHER, *G.A. Fichte e il problema dell'individualità*, Padova, 1944, 209.

⁴¹ E. OPOCHER, *Diritto senza verità*, cit., 183 ss.

⁴² E. OPOCHER, *Analisi dell'idea di giustizia*, Milano, 1977.

⁴³ E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1984.

⁴⁴ *Lezioni*, cit., 16.

⁴⁵ F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991; sul tema, v. anche i contributi in AA.VV., *Ricordo di Enrico Opocher. Omaggio ad un Maestro*, cit., tra cui in partic., il contributo di F. CAVALLA, *Processo e norma: la prospettiva di E. Opocher*.

⁴⁶ Sul punto, G. BIANCO, *Capograssi*, cit.

⁴⁷ Su questo aspetto, v. anche N. IRTI, *Diritto*, cit., X s. e nt. 2; T.G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Padova, 2012, 184 e nt. 35.

⁴⁸ G. CAPOGRASSI, *Giudizio*, cit., 57.

⁴⁹ E. OPOCHER, *Lezioni*, cit., 314 s.

del giudice' che dovrà emettere la sentenza⁵⁰. Attraverso questi percorsi di pensiero, il fatto-diritto, 'l'esperienza giuridica', trovano «la loro incarnazione nello spazio e nei tempi del processo»⁵¹.

E così il pensiero di Vico, attraverso il filtro e le rielaborazioni di Capograssi ed Opocher, veniva trasposto, dal suo originario alveo meramente teorico e scientifico, negli ambiti della vita pratica del diritto.

Se oggi ci si chiede dove possa risiedere l'interesse specifico o l'utilità concreta della dottrina vichiana e capograssiana per il giurista pratico contemporaneo, la risposta, a mio avviso, si deve articolare in tre punti salienti: nell'attenzione per il 'farsi del fatto', da intendersi sia come ricerca della 'storia della fattispecie concreta', sia come riflessione sulla 'storia del fatto normativo'; nel richiamo ai valori (*ius naturale philosophicum*), quali fattori propulsivi del miglioramento sociale; nel procedimento amministrativo e nel processo giurisdizionale, quali 'forme' necessarie alla ricerca della determinazione e della 'verità' del 'fatto'. Vedremo subito come questi tre poli si trovino a convergere nelle problematiche contemporanee.

3. *Storicizzazione della fattispecie concreta e storicizzazione del fatto normativo*

Il monito vichiano richiama innanzitutto la nostra attenzione sulla opportunità di una attenta rivalutazione del 'fatto', inteso quest'ultimo nel senso sia di fattispecie concreta, sia di norma giuridica.

Con riguardo al fatto di specie, non vi è dubbio che agli occhi di un giurista attento il caso si presenti sempre come un '*unicum*', ovvero come un peculiare, complesso ordito di interessi e di contingenze che non lo rendono quasi mai del tutto 'uguale' ad altri accadimenti dello stesso tipo e perciò quasi mai perfettamente riconducibile alla nettezza della fattispecie normativa. La corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta è infatti un dogma, che peraltro si può considerare complementare a un altro dogma, quello della completezza della legge⁵².

Nella tradizione di *common law*, dove questi due dogmi non si sono affermati, è attecchita una tecnica raffinatissima di analisi del caso concreto, analisi senz'altro utile per una corretta valutazione degli interessi concretamente in gioco, ma addirittura indispensabile

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Così L. DI SANTO, *Il processo nella sua dimensione spazio-temporale come forma formata e forma in formazione*, estr., 175, in corso di stampa; dello stesso A. v. anche *Tempo e diritto nella prospettiva filosofica di G. Capograssi. Un confronto con Gerhart Husserl*, in AA.VV., *In ricordo di G. Capograssi. Studi napoletani in occasione del cinquantenario della morte*, a cura di G. Marino, Napoli, 2008, 70 ss.

⁵² V. TONDI DELLA MURA, *Riflettendo*, cit.; lo ricorda anche N. IRTI, *Diritto*, cit., 67.

al fine di stabilire il rapporto con il precedente, dal quale il giudice di *common law* si può discostare motivando la mancanza di affinità rispetto al caso deciso in precedenza dal giudice di grado superiore⁵³.

Nei sistemi di *civil law* – attesa la piena libertà dei tribunali di interpretare ogni norma ed ogni fattispecie analoga in modo diverso⁵⁴ – il caso concreto è invece ancora un modesto e ‘fluido episodio di vita’, incapace di esprimersi e di sollevarsi sopra se stesso⁵⁵. La scarsa rilevanza attribuita alle caratteristiche della fattispecie litigiosa emerge oggi peraltro in modo assai chiaro dalle discutibili tecniche di massimazione delle sentenze. Si parla perciò diffusamente di una ‘crisi della fattispecie’⁵⁶.

Ebbene, come restituire al ‘fatto’ la rilevanza che merita? Innanzitutto rivalutando l’esame del contesto effettivo di ogni caso specifico⁵⁷, mediante il ricorso ai metodi analitici insegnati dalla giurisprudenza romana e, oggi, dai pratici del *common law*; in secondo luogo, ci soccorre l’insegnamento vichiano. Da un lato, si può infatti utilizzare lo strumento della comparazione dei casi⁵⁸, per evidenziare omogeneità o disomogeneità tra le fattispecie. A tale riguardo, non dimentichiamo che l’arte di comparare le fattispecie litigiose e i ‘casi di scuola’ ci è stata insegnata dalla scienza giuridica romana e fa quindi parte della nostra cultura giuridica di *civil law*; mentre sul piano dell’indagine storica, tale tecnica in Italia è stata introdotta da Vico.

Per altro verso, occorre contestualizzare e storicizzare il fatto-caso.

L’attività ermeneutica relativa alla storicizzazione della fattispecie concreta implica che il giurista-interprete di *civil law* prenda le distanze dai criteri e dai metodi generalmente adottati, fino alla metà del Novecento, nell’analisi della fattispecie astratta e del comando normativo. In quel contesto storico, a seguito dell’entrata in vigore dei codici e sotto gli influssi della Scuola dell’Esegesi francese, di fronte a una gran quantità di nuove norme di legge ‘date’, i pratici avevano sviluppato la propensione a destoricizzarne l’oggetto: spe-

⁵³ Tra la sconfinata lett. sul tema, v. soprattutto M. KRIELE, *Il precedente nell’ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988; R. BIN, *IL precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Padova, 1995. Di recente, la materia è stata resa oggetto di ampio dibattito, soprattutto in prospettiva storico-teorica, nel corso del Convegno Internazionale ARISTEC, sul tema *Interpretazione e sviluppo del diritto europeo*, svoltosi a Roma, 9-11 giugno 2012. Di particolare rilievo in ordine ai problemi qui in discussione, le relazioni di L. VACCA, ‘*Interpretatio*’ e caso concreto; M. SERIO, *L’interpretazione del precedente nel common law*; L. GAROFALO, *Il precedente nel civil law*. Su di esse, v. il resoconto di L. SOLIDORO MARUOTTI, in *TSDP*. (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com) 2012, sez. ‘Cronache’.

⁵⁴ Lo sottolinea G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 7.

⁵⁵ Così N. IRTI, *Diritto*, cit., 68.

⁵⁶ Ampiamente *ibid.*, 67 ss.

⁵⁷ Discussione di questa prospettiva in M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967.

⁵⁸ Per i profili storico-teorici, tra la vasta lett., v. in partic. J.H.C., THOMAS, *The Art of Distinguishing*, in AA.VV., *L’educazione giuridica*, II, *Profili storici dell’educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, 1979, 207 ss.; F. HORAK, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il ‘case law’ nel diritto romano e nel diritto moderno*, in AA.VV., *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del Convegno di Cagliari*, Milano, 1982, 67 ss.; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006; sintesi dello stato delle ricerche in L. FRANCHINI, *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e ‘common law’*, in *Diritto@storia*, 10, 2011-2012, sez. ‘Tradizione romana’.

cie se posti di fronte a un codice, il giurista non si sentiva tenuto a interrogarsi circa la provenienza della norma, o sulle forze sociali, economiche e politiche che l'avevano prodotta.

Siffatto approccio corrispondeva alla percezione del diritto fluente dalla norma come fisso e rigido, privo di storia – secondo quanto ha poi teorizzato il neorazionalista Bobbio⁵⁹ – in quanto di per sé disinteressato a dare conto del proprio svolgersi e divenire. Non v'è dubbio che già all'epoca i migliori giuristi – pratici e teorici – esprimessero comunque la loro esigenza di concretezza storica, preoccupandosi di verificare la provenienza della norma e la natura degli interessi che essa era destinata a proteggere. Ma, imperante la Scuola dell'Esegesi e in seguito l'indirizzo pandettistico, si trattò di un atteggiamento elitario, e dunque di rilievo marginale. Del resto, era anche la struttura stessa dello Stato moderno ad avere fortemente sfumato il «carattere atomistico»⁶⁰ della società: di fronte alla centralità dello Stato, la «mobilità dei fenomeni umani e sociali è sempre come riassunta, riassorbita nell'entità stabilizzatrice del diritto-istituzione»⁶¹.

Poi, dalla seconda metà del Novecento gli scenari sono cambiati. Con l'avvento della Costituzione l'ordinamento italiano è stato messo di fronte all'immediata rilevanza giuridica del 'fatto' e non ha potuto esimersi dal coglierne l'importanza⁶²: si è inchinato di fronte alla maestà e alla irruenza del 'fatto' (*res*), considerandone finalmente la forza prescrittiva, sia materiale che giuridica⁶³. Era inevitabile che anche la dottrina si aprisse allora alla dimensione dei fenomeni sociali e dell'effettività⁶⁴.

Nel sistema costituzionale italiano, il fatto e la valenza prescrittiva della realtà incidono in svariati ambiti: oltre che nella determinazione delle scelte politico-amministrative, il 'fatto' è centrale nell'affermazione del principio di ragionevolezza (da intendersi come «tecnica per il soddisfacimento dei valori e dei principi positivizzati nel testo costituzionale»⁶⁵), nella valutazione dei presupposti fattuali giustificativi delle decretazioni d'urgenza (art. 77), nella realizzazione del principio di uguaglianza (art. 3). La Costituzione ha dunque segnato una svolta epocale, inducendo uno sviluppo del diritto dal basso verso l'alto (e non viceversa, come accadeva in pre-

⁵⁹ Il nucleo primigenio e fondamentale del suo pensiero è enunciato in N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 2, 1950, 342 ss.

⁶⁰ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 3 ss., in partic. 23. V. sul punto L. ZAMPINO, *Globalizzazione e costituzionalismo*, in *TSDP*. (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), VI, 2013, sez. 'Contributi'.

⁶¹ A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2006, 27.

⁶² Così L. ESCIA, s.v. *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 639.

⁶³ *Amplius*, V. TONDI DELLA MURA, *Riflettendo sul centenario della prolusione pisana di Santi Romano: la realtà e l'inquietudine*, Relazione presentata alla Giornata di Studio su 'Lo Stato moderno e la sua crisi' (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano), Consiglio di Stato – Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Roma, Palazzo Spada, 30 novembre 2011, ora in *Scritti in onore di C. Rossano*, in corso di stampa.

⁶⁴ *Ibid.* Ampia discussione dei profili qui considerati anche in A. CATANIA, *Formalismo e realismo nel pensiero di Santi Romano*, in ID., *Teoria e filosofia del diritto. Temi, problemi, figure*, Torino, 2006, 20 ss.

⁶⁵ G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 16, il quale accoglie la tesi di A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 4, 2000, 567 ss.

cedenza), nonché una evoluzione più rapida del fenomeno normativo, nel momento stesso in cui ne ha postulato l'adesione alla complessità del sistema sociale e la coerenza con la progressiva trasformazione di quest'ultimo in senso pluralista. Si aggiunga che l'applicazione del principio di ragionevolezza da parte della Corte Costituzionale ha implicato l'istituzione di un ancora più stretto legame tra il diritto e il contesto sociale che in concreto lo circonda⁶⁶.

Su un altro versante, ha rafforzato la necessità della rivalutazione dei profili ontologici anche il fenomeno in crescita del *soft law*, quale diritto che nasce da assetti sovranazionali e dalla realtà delle relazioni economiche e commerciali dei gruppi di potere (specie in campo finanziario)⁶⁷; un diritto totalmente indipendente dalle fonti di produzione del diritto statale, dunque non bisognoso della tradizionale mediazione dello 'Stato-legislatore', il quale viene così letteralmente scavalcato.

Questi nuovi elementi hanno tutti concorso, anche se in diversa misura e in tempi diversi, a rendere oggi molto più incisivo rispetto al passato il ruolo del giudice-interprete nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico e dunque a riconoscere alla giurisprudenza la natura di fonte del diritto. Questa svolta non poteva che portare con sé un'attenta riflessione sul crescente valore del precedente giudiziario dei sistemi di *civil law*, come lucidamente avvertito da Gino Gorla⁶⁸ e puntualmente argomentato da Martin Kriele⁶⁹ in un celebre saggio del 1967. Di fatto – osserva Kriele – l'influenza dei precedenti nell'orientamento del giudice di *civil law* è tale da potersi parlare di una 'vincolatività presuntiva'; e se, a fronte di elementi di notevole rilievo, viene a cessare la presunzione a favore del precedente, il giudice dovrà riprendere in esame il contesto effettivo del caso specifico. Il che sta a significare – conclude Giuseppe Zaccaria⁷⁰ – che «il diritto non si trova precostituito neppure nel 'deposito' dei precedenti, ma deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra norma e fatto»; ma significa pure che la responsabilità del giudice-interprete si è terribilmente accresciuta.

Attraverso questi percorsi, il fatto si è appropriato dell'importanza che merita, anche nella composizione dei conflitti: quando il giudice resta privo di una legge statale di riferimento, e per conseguenza non può limitare il proprio compito all'applicazione di norme date, e quando si trova a dover decidere se ricorrono gli estremi per avvalersi almeno della 'presunzione di vincolatività a favore del precedente', non vi è di meglio che egli possa fare, se non valutare, nel modo più corretto possibile, gli interessi concretamente in gioco. E questi non possono emergere che da un esame attento del 'fatto'.

⁶⁶ Sul tema, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1992, 3a ed., cap. II.

⁶⁷ Rilevava i rischi insiti nella diffusione della nuova *lex mercatoria* già G. TEUBNER, *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law and Society*, 31, 1997, 763 ss.; tr. it. *I molteplici corpi del Re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto*, in G. TEUBNER, *Diritto policontestuale. Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, 1999, 71 ss., specialm. 108; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 17.1, 2003, 5 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 52 ss., 78.

⁶⁸ I cui studi sul tema sono stati raccolti in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

⁶⁹ M. KRIELE, *Theorie*, cit.

⁷⁰ G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 9.

4. Lacune della legge e fuga nei 'valori'

Abbiamo così introdotto un altro tema: quello del ruolo del giudice nella decisione della lite. La comprensione del 'fatto' come fattispecie concreta e l'attribuzione a questo di un preciso significato giuridico costituiscono l'immediato obiettivo del giudice: operazioni per espletare le quali il giudice ha bisogno di un 'criterio di giudizio', da trasfondere poi nella motivazione della sua sentenza⁷¹.

Tali criteri sono continuamente cambiati, nel corso dell'evoluzione del diritto. Nell'età più antica (in cui peraltro la motivazione della sentenza non era richiesta, stante l'autorevolezza socialmente riconosciuta al giudicante), i canoni fondamentali sono stati (solo per citarne alcuni), i *mores Romani*, le Leggi delle XII Tavole, l'*auctoritas* dei giureconsulti, il *bonum* e l'*aequum*, le costituzioni imperiali, il prestigio della compilazione giustiniana. Il Basso Medioevo ha visto trionfare l'autorità della dottrina basata sulla interpretazione del *Corpus Iuris Civilis*. L'età moderna ha elevato ad autorità supreme prima il diritto naturale e poi, tra la fine del XVIII e la metà del XX secolo, la 'legge'. In tale ultima fase storica, la motivazione della sentenza è divenuta obbligatoria, la decisione della causa è stata assunta in applicazione della legge statale, mentre è stato fatto espresso divieto ai giudici di adottare quale criterio di giudizio gli orientamenti dottrinali, che erano viceversa decisivi nell'età del bartolismo. Dopo la prima metà del Novecento molte altre fonti di produzione hanno arricchito il quadro pregresso: le Costituzioni, il diritto sovranazionale, il *soft law*.

Ma se la rilevanza della realtà fattuale e il nuovo 'diritto mite' hanno trionfato in Italia, così come negli altri ordinamenti occidentali contemporanei, la moltiplicazione delle fonti del diritto ha introdotto alcuni nuovi problemi, senza risolvere quelli già esistenti. Nel momento in cui i codici nazionali sono stati privati della loro posizione apicale nella moderna gerarchia delle fonti, i giudici hanno visto aumentare la difficoltà del loro operato, per la necessità di coordinare la rete di fonti⁷² che ne è risultata: al riguardo, il problema fondamentale è attualmente quello della individuazione della fonte da cui trarre l'enunciato da interpretare e da applicare, considerato anche che il diritto comunitario europeo si è strutturato come un ordinamento giuridico autonomo, dotato di primazia per l'eventualità di conflitto tra norma interna e norma comunitaria⁷³. A fronte di questo disagio, si è constatato che l'aumento quantitativo di diritto indotto dalla proliferazione di nuove fonti non ha affatto eliminato il vecchio problema delle lacune.

Di fronte al fenomeno di internazionalizzazione e globalizzazione del diritto⁷⁴, il compito del giudice (al quale si richiede un grado sempre più alto di specializzazione) è oggi quello di salire dalle norme legislative ai gradi più alti: norme costituzionali, norme euro-

⁷¹ La sterminata bibl. in materia è cit. e discussa, con differente impostazione, in N. IRTI, *Diritto*, cit., 65 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 4 ss., 61 ss., 82 ss., 126 ss.

⁷² Sul concetto di 'rete di fonti', v. AA.VV., *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri, M. Morisi, Torino, 2001.

⁷³ Così G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 26, 44.

⁷⁴ Su cui v. in particolare B. PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, in *Ars interpretandi*, 6, 2001, 157 ss.; M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002. Sul 'multilevel constitutionalism', v. G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 19 s., 43 ss.

pee, e infine, quale criterio residuale ma usato con molta frequenza dai giudici, i criteri extralegali di integrazione, ovvero i 'valori'. Non è difficile comprendere le ragioni dell'estrema incertezza che regna a proposito di detti 'valori', la cui incidenza pratica è peraltro, come ho appena accennato, notevolissima. Gli odierni 'valori' sono in sostanza assimilabili alle 'virtù' e ai 'principi' vichiani. Per vero, si tratta di una categoria relativamente nuova, nata dalla crisi della metafisica e in particolare nella riflessione delle correnti neokantiane, le quali, una volta decretata la caduta del 'diritto naturale', hanno introdotto i 'valori'. Su come poi riempire di significato questo vocabolo in ambito strettamente giuridico (profilo che qui ci interessa), le polemiche non si sono mai sopite e composte⁷⁵, come ho accennato nelle pagine introduttive di questo studio⁷⁶.

Non per tutti si tratta dei 'valori fondamentali della Costituzione italiana', come per Luigi Mengoni⁷⁷, il quale aveva in mente valori metafisici positivizzati (una sorta di *ius naturale* in senso groziano). Secondo altri, questa ultima spiaggia dei 'valori' è invece rappresentata dalle *Leerformeln* ('clausole vuote', o 'aperte', come dir si voglia), cioè buona fede, giustizia ed equità. Ma se si accede a questa opinione, bisogna riconoscere che il ricorso alle *Leerformeln* inevitabilmente allontana il giudice dal rigore finito della previsione legislativa e lo costringe a scegliere un 'proprio' criterio di valutazione⁷⁸.

È così che la giurisprudenza, di fronte alle disomogeneità tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, ha generato una pluralità di criteri, dando luogo al c.d. relativismo dei criteri normativi. Se il problema delle lacune della legge è caduto nel silenzio – ha sottolineato ancora di recente Irti – è perché la giurisprudenza ha sviluppato una «terribile potenza»⁷⁹, capace di riempire ogni vuoto e di dare risposta a qualsiasi domanda di giustizia. Di qui il fenomeno tanto discusso del giudice-legislatore, che impatta con il dogma, consustanziale alla nascita dello Stato moderno, della divisione dei poteri. Molte, peraltro, sono le voci già levatesi contro la possibilità di rimanere ottusamente 'abbarbicati' «ad una visione rigidamente illuministica della separazione dei poteri»⁸⁰, una volta constatata la progressiva, inevitabile espansione del ruolo creativo della giurisdizione, a fronte della 'eclissi' dello Stato.

⁷⁵ Ampia discussione in N. IRTI, *Diritto*, cit., 96 ss.

⁷⁶ V. *supra*, § 1.

⁷⁷ Per le convinzioni espresse dal Giurista in ordine alla nozione di 'valore' in ambito giuridico, L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica: Saggi*, Milano, 1996; ID., *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 1 ss.; tale dottrina è da cfr. con la discussione critica in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 103 ss.; N. IRTI, *Diritto*, cit., 8 s., 99 ss.; AA.VV., *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, a cura di A. Nicolussi e L. Nogler, Padova, 2007 (in cui v. soprattutto L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, 159 ss.; M. NICOLETTI, *Diritto e morale in Luigi Mengoni*, 239 ss.); AA.VV., *Luigi Mengoni dieci anni dopo = Europa e Diritto privato*, n. 1, 2012, 3.299; G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 41 s.

⁷⁸ Su questa problematica, esauriente sintesi e ragguaglio bibl. in G. ORRÙ, *I criteri extralegali del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, rist. 2° ed., Milano, 1999; V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & politica*, fasc. 1, 2006.

⁷⁹ N. IRTI, *Diritto*, cit., 69.

⁸⁰ G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 18 s., con altra lett.

La scelta dei 'valori' cui parametrare la decisione giudiziale è divenuta dunque un punto cruciale. Perché nella nostra società, evolutasi nel pluralismo normativo ed ermeneutico, non esistono quasi più valori largamente condivisi (che cosa è 'buono'? Che cosa è 'equo'?). Le società del passato erano caratterizzate da un'"aristocrazia del pensiero" capace di indurre un'etica comune e un fascio di solidi valori sociali e culturali, che, sul versante tecnico-giuridico, garantivano interpretazioni magari sostanzialmente 'ingiuste', ma almeno stabili e certe⁸¹. Poi, l'avvento delle società democratiche e multiculturali ha deprivato di autorità le élites culturali (misconoscendole) e quindi distrutto ogni 'monismo'.

Già nei primi decenni del Novecento, la sussistenza – all'interno dello stesso aggregato sociale – di una pluralità di valori disomogenei, raramente armonizzabili, talora tanto contrastanti da risultare irriducibili l'uno all'altro, ha fatto esplodere il fenomeno qualificato da Max Weber, su suggestioni di John Stuart Mill, come 'politeismo dei valori'⁸². Nel campo del diritto, tale situazione di relativismo valoriale ha generato a sua volta il 'politeismo giuridico'⁸³, ovvero una pluralità di diritti possibili (o di soluzioni giuridiche possibili), al cui interno non è più dato trovare alcun diritto certo. Così, le interpretazioni legittime si moltiplicano a dismisura e diventa difficile individuare la soluzione 'oggettivamente' corretta⁸⁴. La compresenza, nella nostra società, di molteplici valori disomogenei costringe infatti il giurista a *scegliere il proprio* sistema di valori, cioè la propria, personale *Grundnorm*. Ciascuno è chiamato insomma a decidere per *una*, tra le molteplici possibilità.

A instillare negli interpreti una severa diffidenza verso un punto di riferimento in precedenza 'rassicurante', quale appunto i valori, si sono poi aggiunte le voci – peraltro diversissime – di Hans Kelsen nel primo Novecento e poi, nel 1959, di Carl Schmitt. Filosofo, quest'ultimo, il quale, con la sua dottrina sulla 'tirannia dei valori'⁸⁵, ha rappresentato il 'valore' (quale categoria introdotta all'inizio del Novecento dai neokantiani), come una sorta di surrogato del 'metafisico', escogitato in guisa di 'risposta' a certe tipologie di scienze che rinunciano programmaticamente ai 'giudizi di valore'. Sono così cadute le ultime ipotesi di tipo metafisico, che postulavano una trascendenza ontologica dei valori, intesi (in un'ottica ben diversa da quella vichiana) come entità oggettive la cui 'esistenza' non dipendeva dall'esperienza umana⁸⁶.

⁸¹ Si cfr. al riguardo P. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, tr. it., Milano, 1977; J. HABERMAS, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it., Milano, 2003; G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 138 ss., 170 ss., specialm. 139.

⁸² M. WEBER, *La scienza come professione*, tr. it. Torino, 2004 (testo di una conferenza tenuta da Weber nel 1917); ID., *Il politeismo dei valori*, tr. it., rist. Brescia, 2010.

⁸³ Su cui v. soprattutto. N. IRTI, 'Verità effettuale' e politeismo giuridico, in *Rivista di diritto civile*, 55.6, 2009, 647 ss.

⁸⁴ Lo sottolinea G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 139.

⁸⁵ C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, 1959, tr. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, a cura di G. Gurisatti, 2° ed., Milano, 2008; in tema v. ora F. MANCUSO, *Le 'verità' del diritto*, cit., 200 ss.

⁸⁶ Così V. MURA, *Il relativismo dei valori e gli squilibri del terrore*, in *Diritto@storia*, 5, 2006, sez. 'Contributi'; v. anche U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982.

Una volta demitizzato definitivamente il ‘valore’ quale regola suprema validata dalla coscienza sociale – ove ce ne fosse stato ancora bisogno dopo Nietzsche –, il giurista si è visto deprivato della sua ultima ancora di salvezza, nei confronti delle aporie dell’ordinamento.

Ed ecco allora stringersi tutto intorno all’individuo, alla sua volontà e al ‘fatto’, oggetto di interpretazione e di giudizio: un ‘fatto’ che reclama giustizia di fronte a un diritto (‘fatto’ anch’esso, in quanto fatto normativo) che non è più né unico né certo. Ciascun giudice deve scegliere il ‘proprio’ (concetto di) diritto, ma ancora prima la propria *Grundnorm*. In caso di lacuna non esistono più criteri esterni al giudice che possano orientare e valutare la scelta della norma fondamentale: lo Stato nazionale ha da tempo perso questa prerogativa e gli umori sociali non forniscono più risposte univoche. Non esiste nessun superiore punto di vista, nessun principio che possa giudicare del conflitto tra i valori⁸⁷. La scelta si concentra perciò nell’atto di volontà del singolo, che si traduce in una decisione individuale e solitaria sui ‘valori’, data l’esistenza di una molteplicità di ordini morali diversi (relativismo e pluralità dei valori).

L’incompletezza della legge viene così compensata dalla ‘completezza’ dei valori, che nella nostra società si articolano in una gamma fin troppo vasta. Ma i valori, a differenza della legge, sono elastici, flessibili, e inoltre esprimono la sola volontà umana che li ha scelti, preferendoli ad altri. Nel momento in cui il giudice, con un atto di volontà, si accinge a scegliere il ‘suo’ sistema di valori, cioè la sua personale *Grundnorm*, può infatti muoversi liberamente secondo svariati criteri: guardare ai valori più largamente condivisi dall’intera società (nazionale, europea etc.) e farli suoi, oppure prediligere i valori espressi dalle proprie comunità di appartenenza (certo sociale o professionale, o famiglia), o addirittura rifarsi in via esclusiva alle proprie opinioni personali ed applicare queste ultime. Il carattere inventivo-innovativo dell’interpretazione è ormai fuori discussione. Ecco la ‘terribile potenza’ che il giudice si trova fra le mani, a fronte della inevitabile incompletezza della legge⁸⁸.

⁸⁷ M. CACCIARI, *Introduzione* a M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione* (1917-1919), tr. it. Milano, 2006; il pensiero di Cacciari risulta anche dall’intervista rilasciata a L. NANNIPIERI, *Il punto debole del pensiero debole*, in *Europa*, 1.3.2012.

⁸⁸ Sui rischi del relativismo dei valori si è di recente espresso anche A.P. MASSAMORMILE (*Etica pubblica ed etica privata. Dall’affermazione dei principi alle proposte di azione*, in *Atti del convegno ‘Cattolici e società: etica pubblica ed etica privata’, 28 aprile 2012*, Napoli, 2013, 60): «Si coglie chiaramente, nel dibattito in corso, il rischio che il relativismo si manifesti non più soltanto come il veleno mortale della vita pubblica di questo Paese, ma altresì come il virus che infetta le coscienze, lasciandole libere, ma libere solo di volteggiare mosse dal vento di mete effimere: tornaconto personale, ricchezza materiale da possedere o quanto meno da ostentare; edonismo di superficie; la prepotenza delle immagini ed il loro perverso gioco di specchi [...]; la costruzione della realtà non sulla ricerca della verità, ma sulla menzogna ossessivamente reiterata sino a che divenga, per i più deboli, impossibile negarla».

5. Il 'fatto', tra fluidità e procedimentalizzazione

Il problema è allora quello di evitare lo sconfinamento dell'interprete nell'arbitrio e nell'irrazionalità. La creatività che oggi è sempre – ed innegabilmente – insita nell'interpretazione va in qualche modo tenuta 'sotto controllo'⁸⁹; e gli strumenti non mancano.

Il primo di essi è visto nel ruolo di guida che lo Stato e gli altri enti oggi considerati sovrani devono assumere nei confronti del giudice-interprete, proponendo i criteri ermeneutici da osservare nella regolazione dei casi concreti. In adesione al dettato costituzionale, nonché al nuovo diritto europeo, la scienza giuridica occidentale più recente ha quindi individuato un nucleo ristretto, ma forte, di valori e di principi universali o universalizzabili, cui l'interprete deve aderire, quali sono quelli di 'ragionevolezza', 'non discriminazione', 'mutuo riconoscimento', 'pari dignità delle persone', 'interazione sociale', 'reciproco rispetto', 'tolleranza', 'contraddittorio'⁹⁰.

Ma questa prima forma di 'controllo' dell'interpretazione rivela la sua insufficienza nel momento in cui si tenti di riempire di contenuti più specifici i valori e i principi ora segnalati. Spetta allora all'interprete, per non cadere nel soggettivismo e per governare razionalmente l'interpretazione, individuare una serie di criteri di controllo intersoggettivi⁹¹, cioè largamente condivisi (all'interno delle società civili) mediante un 'accordo' raggiunto non per convenzione, ma – secondo la felice formula di Dworkin⁹² – «per convinzione»: la corretta interpretazione non può esaurirsi nell'esperienza individuale (soggettiva) dell'interprete, ma deve essere dialettica, porsi cioè come interazione dialogica *in primis* con i contesti in cui norma e fatto concreto si collocano⁹³, *in secundis* con la comunità scientifica e professionale che individua la pratica interpretativa⁹⁴.

È evidente che l'osservanza di tutti questi criteri richiederebbe una formazione e una sensibilità culturale che da non tutti i pratici del diritto si può ragionevolmente pretendere. Perciò, di fronte alla pluralità delle interpretazioni possibili e al loro inevitabile conflitto⁹⁵, «al sempre più difficile *accordo sui valori* si sostituisce un più realistico *accordo sulle regole*»⁹⁶. In questo ambito torna in primo piano

⁸⁹ Sulla esigenza del 'controllo dell'interpretazione', tra la vastissima bibl. v. soprattutto J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, tr. it., Napoli, 1983; R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, tr. it., Milano, 1989, 139 ss., 176 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 126 ss., con bibl.

⁹⁰ V. soprattutto L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1, 1996, 95 ss., specialm. 102 ss.; R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, tr. it., Milano, 2007, cui add. E. PARIOTTI, *Dal pluralismo al multiculturalismo: ragione pubblica e geometria delle appartenenze*, in *Etica pubblica e pluralismo*, a cura di G.L. Brena, Padova, 2001, 63 ss., specialm. 78 ss.; B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Roma, 2009; G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 182 ss., 188 s.

⁹¹ Lo sottolinea G. ZACCARIA, *La comprensione* cit., 131.

⁹² R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., 139.

⁹³ G. ZACCARIA *La comprensione* cit., 133.

⁹⁴ Sul canone ermeneutico costituito dal diritto come 'comunità interpretativa', v. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000.

⁹⁵ Su cui ampia discussione in P. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, Milano, 1977.

⁹⁶ G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 177.

quella che si può considerare come una delle principali ricadute della dottrina kelseniana sugli orientamenti contemporanei: la ricerca della forma e della correttezza procedurale⁹⁷.

Si è osservato che, per quanto attiene al diritto civile e amministrativo, il legislatore, per compensare la frammentazione e razionalizzare il sistema, si è aggrappato al 'salvagente della forma'⁹⁸, e in particolare al formalismo della procedure. I congegni procedurali appaiono un rifugio contro il caos estremo: si provvede almeno al 'come', anche se a prescindere dalla conoscenza del 'perché' e del 'cosa'. La norma non dà più garanzia di stabilità? Ecco che la forma ci soccorre con una doppia illusione: quella della durata e quella della razionalizzazione del sistema. Lungo i percorsi già tracciati da Hans Kelsen, Jürgen Habermas⁹⁹, le cui tesi sono poi state in parte accolte da John Rawls¹⁰⁰, ha individuato nella 'razionalità procedurale giuridica' lo strumento d'elezione per la risoluzione dei conflitti tra le diverse razionalità discorsive. Il pluralismo dei valori e delle interpretazioni legittime implica che le basi comuni della convivenza debbano oggi puntare sull'elemento procedurale, e segnatamente sul *consenso* in merito alle procedure democratiche (legislative e giurisdizionali), idonee ad una legittima produzione giuridica. Di qui il 'mito' della regolarità del procedimento: un mito non esente da fondate critiche (la forma non è affatto 'neutrale' e 'oggettiva', altrimenti non ci si spiega perché se ne sceglie una anziché un'altra¹⁰¹), ma che tuttavia incarna una garanzia preziosa per il cittadino e svolge, perciò, una sua ben apprezzabile funzione.

Come più sopra si è accennato, le recenti riflessioni di Natalino Irti sul tema della procedimentalizzazione come garanzia di circoscritta 'ricerca della verità del fatto' affondano le loro radici nelle idee di Capograssi ed Opocher, a loro volta sviluppatesi sugli spunti vichiani sul 'fatto nel suo farsi'. Entrambi gli Autori mettevano però opportunamente in guardia dai rischi di una ipervalutazione della forma. Il processo giurisdizionale (e il procedimento amministrativo) necessitano di una forma, ma questa non deve eccedere al punto da prevalere sulla verità.

Opocher distingueva al riguardo un formalismo logico da un formalismo giuridico: la forma obbedisce a una *ratio* (la procedimentalizzazione ha la funzione di realizzare o di facilitare la ricerca della 'verità') e costituisce perciò un 'valore', il formalismo no, perché un eccesso di forma può nuocere all'accertamento della verità¹⁰². Come più di recente ha osservato Satta, «il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta veramente una frattura dell'esperienza giuridica: al posto dell'esperienza e del suo libero movimento si pone una falsa esperienza, cioè l'immobile vuoto»¹⁰³.

⁹⁷ V. quanto già esposto *supra*, §1.

⁹⁸ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, 2° ed. Roma-Bari, 2007.

⁹⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992; tr. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

¹⁰⁰ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, tr. it., Milano, 1994; ID., *Il diritto dei popoli*, tr. it., Torino, 2001; Sul c.d. 'proceduralismo alla Rawls', F. MANCUSO, *Le 'verità'*, cit., 199.

¹⁰¹ Per le critiche al proceduralismo, v. ora G. ZACCARIA, *La comprensione cit.*, 174 ss.,

¹⁰² E. OPOCHER, *Lezioni*, cit., 134 s.; v. sul punto anche L. DI SANTO, *Il processo*, cit., 178 s.

¹⁰³ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 86.

Un altro efficace rimedio contro il rischio dell'arbitrio dell'operatore del diritto (di fronte al nuovo relativismo dei valori e all'acquisizione che la comprensione giuridica implica di per sé l'aprirsi di svariate possibilità, tutte legittime) è costituito dal «controllo razionale degli argomenti impiegati»¹⁰⁴. Il controllo argomentativo¹⁰⁵, si prospetta come il procedimento logico che consenta di verificare la corrispondenza tra circostanze concrete ('fatto') e norma scelta per la regolazione del caso di specie. Ancora una volta, l'ambito procedurale è, per eccellenza, quello in cui si rende possibile la verifica circa la bontà (validità e coerenza complessiva) dell'interpretazione¹⁰⁶. Da questo punto di vista, assume centrale importanza l'onere della motivazione (dell'atto amministrativo o della sentenza). La motivazione costringe l'operatore del diritto a svelare la propria *Grundnorm*, cioè il sistema di valori che egli ha assunto quale criterio di emanazione di un dato atto o di soluzione di una lite (scegliendo per esempio tra: dignità della persona o preminenza della volontà statale; cura collettiva della vita o decisione individuale; tutela della privacy o controllo dell'opinione pubblica). Ed è appunto tra le maglie della motivazione che l'interprete può cercare – e trovare – eventuali incongruenze, che consentano una fondata impugnazione dell'atto.

Connessa all'onere di motivazione è infatti l'ulteriore garanzia costituita dalla pluralità dei gradi di giudizio, provvidamente prevista e conservata (nonostante alcune pressioni in senso contrario) dal nostro ordinamento. Essa consente di valutare la bontà della scelta che il giudice di grado inferiore ha operato, tra le molteplici opzioni tecnico-giuridiche e valoriali possibili. Di qui la necessità che i giudici di grado superiore verifichino attentamente soprattutto la rispondenza di tale ultima scelta non ad opinioni meramente personali, ma, ove possibile, al 'sentire comune'. E ciò perché se, sul piano filosofico, non esiste oggi alcun 'giudice' supremo dei tanti valori presenti nella società, viceversa nel campo della giurisdizione la *res iudicata* designa la definitività e la incontrovertibilità dell'ultima scelta dei valori-*Grundnorm*.

Così il 'salvagente della forma' (regolarità del procedimento, obbligo di motivazione, pluralità delle istanze giudiziarie) può contenere almeno in parte il caos dei valori, dispersi dagli eccessi del razionalismo.

In questo quadro, anche il tradizionale principio del contraddittorio (*altera pars audiatur*) acquista una nuova valenza¹⁰⁷: la rivalutazione del 'fatto' assume infatti una posizione centrale nella funzione che di recente, da sempre più voci, si sente attribuire al 'diritto'. Inidoneo, ormai, a realizzare 'unificazioni' valoriali e politiche, e in parte persino l'affermazione autoritativa e coercitiva di regole sovraordinate, di fronte al dilagare del 'diritto mite', ai diritti nazionali sembra oggi piuttosto assegnata una *funzione di mediazione*, al fine

¹⁰⁴ G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 131.

¹⁰⁵ Su cui v. soprattutto, dopo gli spunti già ben presenti in Esser, A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1986.

¹⁰⁶ Dimostrazione in E. RUSSO, G. DORIA, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, 2001; G. ZACCARIA, *La comprensione* cit., 132.

¹⁰⁷ Sul tema, e i prifili qui accennati, G. TEUBNER, '*Altera pars audiatur*': *Law in the collision of the discourses*, in AA.VV., *Law, Society and Economy*, a cura di R. Rawlings, Oxford, 1997, 149 ss.; tr. it. '*Altera pars audiatur*'. *Il diritto nella collisione dei discorsi*, in G. TEUBNER, *Diritto policontestuale. Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, 1999, 27 ss.; efficace sintesi in L. ZAMPINO, *Globalizzazione*, cit.,

del contenimento dei danni. «Non la realizzazione di un'unità sociale, ma la chiara definizione dei confini tra numerose identità, la protezione dalla sopraffazione di discorsi e la limitazione dei danni definirebbero i compiti attuali del diritto»¹⁰⁸.

Di fronte ai conflitti tra contrapposti interessi sociali, reputati dall'ordinamento o dalla sensibilità sociale ugualmente meritevoli di tutela, il diritto si identifica come un discorso tra i discorsi, reso prevalente rispetto agli altri solo dalla sua peculiare razionalità procedurale. Quando poi la divergenza si manifesta tra diversi sistemi giuridici (nazionali e/o sovranazionali, *soft law* e/o *hard law*, etc.) o valoriali, allora il diritto nazionale resta privo del suo vecchio ruolo sovraordinato e, nell'ottica privatistica del contratto, deve lasciare che prevalga la logica della mediazione, ovvero la ricerca di uno 'spazio di compatibilità', tra progetti discorsivi ugualmente 'veri'¹⁰⁹: di fronte ai due poli del conflitto, il principio del contraddittorio assume il nuovo significato di capacità di osservazione e auto-osservazione del sistema, tale da stabilire «garanzie per l'autonomia reciproca, arginatura di sopraffazioni reciproche, compensazione di danni reciproci»¹¹⁰.

A prescindere dalla discutibile – e molto contestata – visione 'privatistica' teubneriana («Contratti conclusi tra mondi! La nostra società globale consiste in una pluralità di mondi che concludono contratti fra di loro»¹¹¹) e dalla individuazione del contratto come modello di produzione normativa e strumento di progresso giuridico e superamento della frammentazione sociale, non vi è dubbio che i recenti fenomeni di globalizzazione abbiano richiamato l'attenzione sulla necessità di deporre il dogma della sovranità degli Stati (almeno nella sua originaria absolutezza), nonché di riconoscere una importanza meno determinante, rispetto al passato, al corollario di quel dogma, ovvero la coercitività della norma nazionale, legittimata per mezzo dell'autorità¹¹². Il diritto sostanziale e il diritto processuale sono oggi già in buona parte rimodulati e progressivamente calibrati in ragione di una maggiore adesione alle realtà fattuali e soprattutto orientati verso previsioni atte a favorire una più approfondita analisi dei 'fatti' alla base dei conflitti da comporre, oltre a una maggiore attenzione per gli interessi in gioco.

La vera novità del diritto attuale – è stato scritto¹¹³ – è che oggi, in luogo della 'regola' (di cui sono in crisi tanto i contenuti quanto l'interpretazione), ad essere posto al centro è il 'fatto', vera ragion d'essere del fenomeno giuridico. Ed è ciò che consente di intendere l'interpretazione come ricerca attiva e dinamica «della soluzione normativa adeguata ai casi vitali da disciplinare giuridicamente»¹¹⁴.

¹⁰⁸ G. TEUBNER, *ibid.*, in *Diritto policontestuale*, cit., 68.

¹⁰⁹ Così G. TEUBNER, *Contracting Worlds. The many Autonomies of Private Law*, in *Social Studies*, 9, 2000, 399 ss.; tr. it., *Mondi contrattuali. Discourse Rights nel diritto private*, in G. TEUBNER, *Diritto policontestuale*, cit., 113 ss., specialm. 314.

¹¹⁰ G. TEUBNER, *Altera pars* cit., in ID., *Diritto policontestuale*, cit., 44.

¹¹¹ G. TEUBNER, *Mondi contrattuali* cit., in ID., *Diritto policontestuale*, cit., 121. Discussione, con relativa lett., in L. ZAMPINO, *Globalizzazione*, cit.

¹¹² Ampiamente, sul tema, G. PRETEROSSO, *Autorità*, Bologna, 2002.

¹¹³ F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, 315 ss.

¹¹⁴ G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., 180.

Torniamo allora a Vico, «il primo grande avversario del razionalismo giuridico», come ebbe a definirlo Norberto Bobbio¹¹⁵. Il Filosofo napoletano visse e operò in un periodo di declino e smarrimento degli antichi fondamenti: il principio di autorità, il mito dello *ius naturale* come complesso normativo metapositivo capace di governare i popoli. Oggi noi viviamo il declino dei nuovi fondamenti della modernità: la sovranità degli Stati nazionali, la 'fissità' dei codici e della Costituzione, i valori condivisi e dominanti.

Certo, sembra paradossale invocare la lezione vichiana a proposito di un contesto storico così diverso rispetto a quello in cui Vico era inserito, in cui la maggior parte dei valori (già non più tutti!) erano indiscutibilmente quelli espressi dai ceti dominanti e comunque 'controllati' dallo Stato moderno. Eppure, ancora una volta le sue suggestioni possono essere d'aiuto.

La vocazione universalistica del diritto, così efficacemente studiata dal Filosofo napoletano, si ripropone oggi con forza, nella veste di strumento pragmatico, idoneo ad includere – anziché escludere – il riconoscimento e le fecondità della coesistenza di più identità culturali, all'insegna del legame sociale (si può richiamava al riguardo l'esperienza giuridica romana della *fictio civitatis* e della progressiva estensione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero) e contro ogni forma di particolarismo giuridico¹¹⁶.

Così, il problema attuale della rifrazione dei 'valori' potrebbe essere ridimensionato se il giudice, ove fosse opportuno e possibile, anziché assumere come criterio di decisione una propria scelta valoriale, si impegnasse nel decidere sulla base delle caratteristiche peculiari del 'fatto'-caso concreto, e del concreto assetto degli interessi in gioco, magari ricordando quanto Vico ci ha insegnato circa la nascita dei 'valori' dalla concretezza dell'esperienza umana (che 'seleziona' gli atteggiamenti rivelatisi più produttivi in vista nell'incivilimento), nonché sulla opportunità di adeguare incessantemente gli assetti sociali e giuridici – sulla scorta dell'esempio fornito dal diritto pretorio romano – ai valori dell'equità e dello *ius naturae*, con *pietas*, *sapientia* e 'cognizione di Dio', al fine di sventare il pericolo, sempre presente, di un ritorno alla barbarie.

E penso, infine, al richiamo vichiano all'esperienza del fatto (fatto storico e normativo), come unica verità, e al monito che ne consegue: non smettere di osservare il fatto (inteso questo come fatto-caso, come fatto-norma, ma anche come fatto-valore), 'fare storia' immediatamente, quando il fatto si inverte, monitorare le concatenazioni tra gli eventi in tempo reale, per correggere gli errori del presente ed evitare, per quanto si possa, quelli del futuro.

LAURA SOLIDORO

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano

Università degli Studi di Salerno

E-mail: lsolidor@unisa.it

¹¹⁵ N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO, M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano, 1979, 22.

¹¹⁶ Ampia discussione in G. ZACCARIA, *La comprensione cit.*, 183 ss.