

– *IL PROBLEMA DELLA GIUSTIZIA NEL PROCEDIMENTO ESECUTIVO* –
di Orazio MELITA



SOMMARIO

PREMESSA ; - § 1 John RAWLS; - § 1.1. L'UTILITARISMO; – § 1.2. LE BASI DEL PENSIERO DI RAWLS; - § 1.3. IL CONTRATTO SOCIALE; - § 1.4. LA TEORIA DELLA GIUSTIZIA; - § 1.4.1. PRIMA PARTE; - § 1.4.2. SECONDA PARTE; - § 1.4.3. TERZA PARTE; - § 1.5. -LE CRITICHE; - § 2.1. IL PENSIERO GIURIDICO; - § 2.2. Hans Kelsen; - § 2.2.1. – LA NOMOSTATICA; - § 2.2.2. – LA NOMODINAMICA; - § 2.2.3. – IL PROBLEMA DELL'INTERPRETAZIONE; - § 3. CONVERGENZE E DIVERGENZE; - § 4.1. Carl Schmitt; - § 4.2. IL NICHILISMO GIURIDICO; - § 4.3. IL LASCITO DEL PENSIERO UTILITARISTA;- § 4.4. Giambattista Vico OVVERO LA NOSTRA MEDITERRANEA *AUFHEBUNG*; - - § 5.1. IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO; - § 5.2.1. I SOGGETTI DEL PROCEDIMENTO ESECUTIVO ED IL LORO RUOLO; - § 5.2.2. DIRITTI SOGGETTIVI ED "INTERESSI LEGITTIMI" IN GIOCO NEL PROCEDIMENTO ESECUTIVO; - § 5.2.3. *FAVOR CREDITORIS* OPPURE *FAVOR DEBITORIS*?; - CONCLUSIONI; - BIBLIOGRAFIA

PREMESSA – Non appena pubblicata nel 1971 *"A theory of justice"*, Robert Nozick, il collega e vicino di stanza presso l'università di Berkeley e forse il più famoso, ma leale, critico di Rawls, affermò senza alcun dubbio che: *"a partire da ora tutti quelli che scriveranno di filosofia politica dovranno dichiarare se sono a favore o contro Rawls"*.

Tale giudizio, come quello che lo colloca come il più influente filosofo del c.d. secolo breve, non è per niente immotivato per tre ordini di ragioni:

1) in primo luogo Rawls colloca la giustizia al centro della sua riflessione politica, come icasticamente delineato in una delle sue frasi più conosciute: *"la giustizia è la prima delle virtù istituzionali come la verità lo è dei sistemi di pensiero"*; una riflessione che partendo dall'aver registrato il fallimento delle utopie politiche non trovava tuttavia come sufficiente fondamento della democrazia il lascito dell'utilitarismo, filosofia questa che metteva ai margini la definizione della giustizia a tutto vantaggio di una visione dello Stato finalizzato alla creazione di benessere per la maggior parte della popolazione senza soffermarsi sulle differenze esistenti, e creantesi, tra individuo ed individuo. Poste tali premesse, il pensiero di Rawls vuole essere la risposta alla seguente domanda: *"Qual è la concezione della giustizia più appropriata per una società democratica?"*.

La risposta che il filosofo dà, seguendo da una parte un rigoroso schema di pensiero ma al contempo con il pregio di poter essere intuitivamente percepita, è quella che la giustizia di una società si misura con il destino che riserva ai più svantaggiati;

2) in secondo luogo, egli non appartiene alla schiera dei c.d. filosofi del sospetto (Marx, Nietzsche, Freud) ma è **un filosofo della speranza** in quanto, posta come pietra d'angolo la definizione positiva della giustizia, concetto quanto mai sfuggente, vi costruisce la sua dottrina politica;

3) la terza e forse più importante ragione è che individuando una definizione della giustizia compatibile con le dinamiche socio-economiche delle moderne democrazie liberali, **tale teoria si può definire come "realisticamente utopica"**.

Se, anche intuitivamente, la teoria della giustizia di Rawls ci appare affascinante, non possiamo non venir colpiti anche da quanto detto da uno dei giuristi appartenenti alla corrente del giusnaturalismo, Gustav Radbruch: *"Dove la giustizia non è neppure perseguita, dove l'uguaglianza, che costituisce il nucleo della giustizia, viene coscientemente negata dalla norma del diritto positivo, la legge non soltanto è diritto ingiusto, ma manca di giuridicità"*.

Purtroppo da Antigone in poi che scelse di ubbidire alle leggi che gli dei hanno posto nel cuore degli uomini piuttosto che a quella del tiranno di Tebe, il conflitto ha visto prevalere il dettato del *princeps* e gli sforzi dei vari giusnaturalisti che si sono succeduti nei secoli si sono presto o tardi infranti nella difficoltà di individuare una fonte esterna (Dio, razionalità) allo *ius positum* idonea a regolare nel modo più cogente ed incontrovertibile possibile la vita pratica di una società.

È quindi possibile che anche il realismo utopico di Rawls abbia ad interloquire esclusivamente con gli attori politici (sempre attenti per lo più a finalità molto più immanenti e mondane) e scivoli sul diritto senza altro effetto come le ombre delle nuvole che passano sui campi?

Questo lavoro si è posto l'intento di "testare" la teoria della giustizia di Rawls nel campo forse più difficile, quello del procedimento esecutivo.

§ 1. – John RAWLS (1921 – 2002) – Si dice che ogni grande filosofo prenda le mosse da un'altra grande teoria che tenta di superare / avversare, nel caso di Rawls la filosofia che con la sua opera mira a superare è l'utilitarismo.

§ 1.1. – L'UTILITARISMO - L'utilitarismo è una teoria troppo tecnica per interpretare adeguatamente le enormi sfide politiche della nuova epoca e, soprattutto, offre risposte poco convincenti alla questione che lo preoccupa maggiormente: capire cosa sia la giustizia.

L'utilitarismo nasce in Inghilterra alla fine del XVIII secolo con l'opera di Jeremy Bentham e si consolida nel XIX secolo con le idee di John STUART MILL (1806 – 1873). È una teoria etica che afferma che **un'azione è buona quando persegue la massima utilità o felicità possibile**.

In politica la sua tesi principale è che il bene comune consiste nella somma dei beni individuali, e che questi non dovrebbero rispondere ad altro che non sia la volontà degli individui.

Questa tesi dota l'utilitarismo di un'impronta chiaramente progressista, che lo mette in rapporto con un filone principale dell'illuminismo, dato che né Dio, né la tradizione, né i miti devono dettare quel che è di competenza dei soli individui: l'individuazione dei propri interessi.

Sul terreno politico, l'utilitarismo difende un principio di uguaglianza che consiste nel fatto che tutti contano allo stesso modo al momento di determinare il bene comune. *"Una testa, un voto"* fu infatti un proclama di Bentham alla fine del XVIII secolo.

Lo stesso Bentham mostrò i vantaggi dell'utilitarismo nel redistribuire la ricchezza, argomentando che una stessa quantità di denaro rende tanto più felici le persone quanto più sono povere, così che i trasferimenti economici dei ricchi nei confronti dei poveri aumentano la felicità aggregata dell'insieme della popolazione.

Il benessere o utilità rappresenta il criterio che l'utilitarismo impiega per valutare il livello di disuguaglianza tra le persone, tuttavia la definizione di benessere o di utilità è cambiata insieme con le varie prospettive dell'utilitarismo.

Nel quadro filosofico dell'utilitarismo, le persone sono considerate come meri depositi di benessere, come luoghi in cui risiedono le attività di desiderio e l'ottenimento del piacere e del dolore.

Oltre il benessere e l'utilità, l'utilitarismo non è interessato a raccogliere ulteriori informazioni moralmente rilevanti riguardo la persona.

L'importanza morale di una persona si riduce così all'utilità aggregata che è in grado di esprimere.

Al di là dei discorsi sulla problematicità di definire il benessere, le maggior critiche riguardano il suo utilizzo come strumento di giustizia distributiva. Il benessere non solo non comprende l'informazione morale pertinente per giudicare le situazioni di disuguaglianza, ma può addirittura trasformarsi esso stesso in una causa o copertura di una disuguaglianza maggiore.

Il compito della giustizia utilitarista consiste nell'ottimizzazione delle esperienze prese nel loro insieme, a prescindere da chi le vive. Come conseguenza l'utilitarismo trascura uno dei requisiti morali indispensabili che, secondo Rawls, una teoria della giustizia dovrebbe possedere: l'individualità. Se non si riconosce l'individualità, non possono esserci diritti individuali.

L'utilitarismo antepone i benefici globali ai diritti individuali, e la ragione ultima è che, per questa teoria, gli individui non sono moralmente validi per se stessi, ma per il loro contributo al benessere globale.

Nell'utilitarismo non c'è alcuna ragione di principio per la quale i maggiori vantaggi di alcuni dovrebbero compensare le minori perdite di altri, o, in termini più rilevanti, perché la violazione della libertà di pochi non potrebbe essere giustificata da un maggior bene condiviso da molti.

L'utilitarismo viola l'individualità della persona perché, adottando l'utilità come unica informazione morale valida per realizzare confronti interpersonali e calcoli distributivi (indipendentemente dagli individui che sperimentano questa utilità) non distingue tra chi deve ricevere l'utilità distribuita.

Sebbene, in un primo momento, si potrebbe supporre che l'utilitarismo rispetti l'individualità, in realtà tale teoria non la rispetta affatto, poiché fonde i desideri o il benessere delle diverse persone in una sola esperienza che il ripartitore utilitarista immagina come l'esperienza comune di tutti i membri della società. L'inevitabile risultato è quindi l'impersonalità.

La concezione utilitarista della persona, non contemplando l'individualità è incapace di riconoscere i diritti e le libertà che proteggono l'individuo dalle esigenze abusive della collettività.

Se non esiste un meccanismo pubblico di prevenzione contro le distorsioni delle preferenze esterne (la preferenza per l'assegnazione di certi beni od opportunità ad altri) come, per

esempio alcuni diritti individuali che precedono qualsiasi calcolo di somma o massimizzazione delle preferenze, non potremo trattare gli altri come uguali.

§ 1.2. – LE BASI DEL PENSIERO DI RAWLS - La proposta rawlsiana consiste nel costruire principi di giustizia attorno ad alcuni beni sociali di base (*primary goods*) che agiscono come un riferimento moralmente significativo per confrontare le situazioni di disuguaglianza.

Rawls abbandona le considerazioni aggregative dell'utilitarismo e le sostituisce con quelle distributive, parte dal convincimento che una società non è desiderabile o giusta più di un'altra perché più ricca, ma perché la sua ricchezza è meglio distribuita.

L'esistenza degli svantaggiati è un fatto, ed i fatti non sono né giusti né ingiusti, ma ciò che è giusto e ciò che è ingiusto è il modo in cui le istituzioni trattano questi fatti.

Occorre servirsi, secondo Rawls, di un metro di giudizio degli eventi esterno agli stessi, giacché l'unità di misura non può misurare se stessa.

Per elaborare un'etica ed una politica fondate su principi di valore universale e condiviso è pertanto indispensabile ricorrere a modello trascendentali di origine kantiana, a forme cioè che non derivano dall'esperienza ma strutturano e rendono intellegibile l'esperienza stessa.

Queste sono le caratteristiche del liberalismo politico di Rawls:

1 - egli difende una **concezione politica della giustizia**, che la allontani dalle dottrine metafisiche (religiose, filosofiche o morali) che convivono nella società.

L'idea guida è che il giusto deve essere indipendente dal buono, cioè la giustizia deve essere imparziale.

Se così non fosse, finirebbe per favorire una di queste dottrine/religioni e, di conseguenza, le altre, a ragione, non si sentirebbero ugualmente trattate e protette, e non si otterrebbe il consenso necessario per scegliere tutti i principi di giustizia.

Nella terminologia di Rawls, se l'insieme dei membri della società non accetta e non si fa coinvolgere dai principi di giustizia, la società non sarà stabile.

2 - Rawls concepisce la società come un "**sistema equo di cooperazione sociale tra persone libere ed eguali**".

La cooperazione si deve condurre in condizioni di equità.

La società cooperante parte dall'idea che le persone sono razionali e ragionevoli.

Ragionevolezza vuol dire capire che la nostra idea di vita buona non deve essere imposta agli altri, né deve ostacolare ciò che gli altri considerano buono per loro.

Perciò è ragionevole concordare su alcune regole di convivenza che permettano a tutti di portare avanti progetti di vita particolari su una base di eguaglianza.

Da un punto di vista pubblico (che è il punto di vista della scelta dei principi di giustizia) la ragionevolezza deve precedere la razionalità: sappiamo che i nostri progetti di vita non si devono portare avanti contro quelli altrui. Diversamente la giustizia non ha senso. Pensare che i miei interessi, per il mero fatto di essere i miei (o di rispondere a quel che considero eticamente, religiosamente ed epistemologicamente vero) sono più validi di quelli degli altri, annulla completamente il senso della giustizia.

E gli esseri umani sono capaci di avere un senso della giustizia, secondo Rawls.

Se la giustizia è commensurabilità, i canoni per stabilire se una società sia giusta possono venir elaborati mediante un accordo razionale tra gli uomini.

3 - le persone razionali e ragionevoli che condivideranno un patto sociale **si vedono esse stesse come LIBERE ed EGUALI.**

Posto che gli individui desiderano vivere secondo le proprie idee su ciò che è bene per loro, devono essere liberi. Questo a sua volta significa tre cose:

3.a. - le persone sono in grado di avere un'idea di ciò che è bene per loro e di poterla cambiare, sempre che lo ritengano opportuno;

3.b. - le persone sono libere perché vedono se stesse come fonti di autolegittimazione (*self-authenticating sources*) di istanze morali valide, cioè come creatrici e valutatrici di principi morali.

Essere moralmente autonomo significa non ricorrere ad alcuna fonte esterna, ad un terzo (Dio, la Chiesa, la Nazione, la tradizione, la natura, i saggi, ecc....) per decidere quale atto sia moralmente buono.

L'ultima parola è dell'individuo stesso;

3.c. - le persone non sono portatrici passive di desideri (come nell'utilitarismo) ma hanno la capacità di assumersi delle responsabilità sui propri obiettivi morali.

Pertanto hanno anche la responsabilità di adeguare i propri desideri all'insieme delle risorse che, con giustizia (dopo cioè aver messo in atto i principi della giustizia), spettano loro.

Questo terz'ultimo punto del pensiero di Rawls è stato oggetto della seguente critica:

COME È POSSIBILE RISPETTARE LA PLURALITÀ DELLE CONDIZIONI DEL BENE (l'uguale rispetto nei confronti dei distinti e legittimi modi d'intendere il bene) SE GLI INDIVIDUI VEDONO SE STESSI COME SOGGETTI MORALI AUTONOMI?

Nella sua seconda grande opera, "*Political liberalism*" del 1993, Rawls mantiene la validità dei principi di giustizia, ma fonda in modo diverso la stabilità sociale.

Rinuncia all'autonomia morale come requisito della libertà, ma non al fatto che gli individui si vedano come persone libere.

La libertà non è presupposto etico del soggetto morale, ma una condizione politica del cittadino.

È sufficiente che le persone si vedano come cittadini liberi ed eguali, disposti come arrivare ad un accordo su come convivere politicamente nello spazio pubblico.

Quindi un soggetto può sentirsi legato ad una verità rivelata in modo trascendente da un Dio, un altro da una tal'altra divinità ma l'unica condizione è che tutti accettino le regole della convivenza democratica.

Questa è una condizione che Rawls ritiene compatibile con la maggioranza delle dottrine sostantive del bene (che siano etiche, metafisiche o religiose) che esistano nelle società democratiche reali.

A. Queste dottrine sono già integrate in una cultura politica democratica, così che non sarà difficile di accettare che esistano altre visioni del bene da rispettarsi nello spazio pubblico.

Pertanto in questa seconda opera si afferma con chiarezza che la giustizia funziona solo nella società con una tradizione democratica consolidata.

B. Le diverse dottrine possono trovare nei loro stessi postulati le ragioni per approvare la concezione politica della giustizia a volte perché queste ragioni saranno costituzionali alla loro stessa dottrina (come succede alle etiche liberali o agnostiche), a volte per semplice prudenza politica.

Ad esempio una minoranza confessionale, magari settaria e radicale, potrà trovare

conveniente accettare la libertà religiosa perché solo tale libertà permette la sua esistenza pacifica nella società.

Quando i cittadini ragionevoli capiscono ed accettano la giustificazione politica della giustizia in termini di ragione politica si ottiene quello che Rawls chiama consenso per sovrapposizione (*overlapping consensus*).

Questo consenso è politico e non metafisico, cioè non è vincolato ad un'idea particolare di bene ma ai valori politici che possono essere difesi da persone con punti di vista morali e religiosi differenti.

Le dottrine che non accettano questa visione politica sono incompatibili con la democrazia.

§ 1.3. - IL CONTRATTO SOCIALE – Il primo filosofo ad introdurre la tematica del contratto sociale fu **Thomas HOBBS (1588 – 1679)** il quale immagina uno stato di natura iniziale in cui gli individui sono ugualmente liberi di fare quel che vogliono.

Questo produce una perenne insicurezza in quanto si scatenano gli istinti più ferini tale che *homo homini lupus*.

L'intelligenza naturale stabilisce che è razionale pervenire ad un accordo in cui si cede la propria libertà allo Stato (il Leviatano) in cambio di sicurezza, solo che in tale modo il Leviatano acquisisce un potere enorme che può rivolgersi contro i contraenti del patto sociale ormai ridotti in stato di sudditi.

John LOCKE (1632 – 1704) vuole attenuare lo strapotere del Leviatano fondando il patto sociale su alcuni principi etici che considera naturali: la **LIBERTÀ** e l'**UGUAGLIANZA** che quindi rimangono al di fuori della volontà del Leviatano.

Se il Leviatano va oltre, i cittadini, in nome della **LIBERTÀ NATURALE** violata, possono rompere con una rivoluzione il patto sociale originario al fine di crearne uno più rispettoso della libertà originaria.

Il consenso che gli individui accordano al contratto sociale finisce per essere tacito.

Non è necessario che i cittadini confermino il contratto originario se finiscono per beneficiarne.

Però, senza una conferma esplicita, il contratto può essere utilizzato come un alibi per nascondere benefici ineguali a seconda delle posizioni sociali ed economiche che possono essere privilegiate e poco giustificate.

Per **Jean-Jacques ROUSSEAU (1712 – 1778)** non è sufficiente che le leggi dello Stato siano utili o che non contravvengano alla libertà naturale degli individui.

È necessario anche che, oltre a offrire sicurezza giuridica e proteggere la libertà dei cittadini, esse stesse siano il risultato della libertà.

La forma di riscontro del consenso risulta essere un ostacolo insuperabile per il contrattualismo.

Il consenso non è tacito, ma manifesto; nasce, però, da una volontà generale che non ha motivo di coincidere con quella reale degli individui, neppure con la volontà di tutti o l'unanimità.

La **VOLONTÀ GENERALE** presuppone "*l'alienazione totale di ogni associato, con tutti i suoi diritti, in favore di tutta la comunità*".

Immanuel KANT (1724 – 1804) smette di pensare al contratto sociale come un fatto empirico del passato e lo concettualizza come contro-fattuale, cioè come un'"idea regolativa" astratta che deve guidare i governanti quando scrivono la legge e che legittima quindi lo stesso potere dello Stato.

L'idea kantiana è di basare la legittimità del contratto sulla sua teoria etica della dignità

umana espressa con la forma degli imperativi categorici.
Qualsiasi idea basata sul contratto sociale è giusta se rispetta la dignità di ogni essere umano.

Rawls riprende il contratto sociale non intendendo legittimare tout court lo Stato ma per descrivere i fondamenti di una società giusta.

Il principio ispiratore del pensiero di Rawls è quello della **MORALITÀ DELLE ISTITUZIONI**:

- ! la **MORALITÀ** da sola non appartiene al mondo del diritto e fa parte dell'utopia;
- ! la sola **ISTITUZIONE** corrisponde ad una visione cinica e realistica ma che non ci dà il senso profondo della politica.

§ 1.4. – **LA TEORIA DELLA GIUSTIZIA** - Rawls per arrivare a tale risultato elabora la sua teoria dividendola in tre parti.

§ 1.4.1. - **PRIMA PARTE.** – La prima parte è un'elaborazione delle teorie contrattualiste, Rawls infatti elabora la c.d. **POSIZIONE ORIGINARIA** che è una finzione mentale. Le parti dell'accordo sociale, sapendo già che ruolo andranno a giocare nella società andranno a garantirsi la posizione più favorevole, ipotizzando invece che i contraenti siano avvolti da un **VELO D'IGNORANZA** che faccia in modo che non possano sapere quale ruolo andranno a ricoprire nella società, ognuna delle parti contraenti si porrebbe in una posizione autenticamente imparziale e così facendo tenderebbero ad adottare un contratto sociale che a qualunque individuo garantisca al contempo di massimizzare i profitti e minimizzare le perdite.

Oltre a questa argomentazione di carattere logico, che evidentemente ha metabolizzato le scoperte di poco precedenti del matematico John NASH (1928 – 2015) relativamente alla c.d. teoria dei giochi (*decision theory*), Rawls attinge anche a Kant ed alla sua critica del giudizio (oltre per quanto riguarda il modello contrattualista) in quanto sostiene che questi principi hanno anche il conforto delle nostre intuizioni morali cioè il *quisque de populo* avverte questi assiomi come coerenti, non sgrammaticati.

A sua volta i principi di giustizia di questa prima parte sono due.

TUTTE LE PERSONE SONO UGUALI NEL PRETENDERE UN MODELLO ADEGUATO DI DIRITTI E LIBERTÀ DI BASE UGUALI, MODELLO CHE È COMPATIBILE CON UNO STESSO MODELLO PER TUTTI, ED IN QUESTO MODELLO SI GARANTISCE L'EQUO VALORE DELLE LIBERTÀ POLITICHE UGUALI, E SOLO DI QUELLE LIBERTÀ.

Si tratta di una riedizione del principio espresso da John Stuart Mill nel suo saggio "*Sulla libertà*" del XIX secolo per cui tutte le persone hanno diritto alle libertà individuali compatibilmente con la stessa libertà degli altri.

Solo per le libertà politiche Rawls ammette che bisogna assicurare il loro equo valore, cioè cercare con mezzi istituzionali che i più poveri o i meno potenti socialmente abbiano le stesse opportunità di partecipazione politica, oltre il diritto di voto.

Le misure sono il finanziamento pubblico ai partiti, l'equilibrato accesso ai mezzi d'informazione, regole che consentano la libertà di stampa al fine d'impedire il rischio avvertito da Rousseau che chi possiede più risorse possa unirsi per escludere gli altri.

Rawls non estende **l'equo valore** delle libertà politiche a tutte le altre libertà, il marxismo potrebbe obiettare che senza l'uguaglianza economica tutte le altre libertà sarebbero solo formali, ma Rawls confida nell'equo valore delle sole libertà politiche e nel secondo principio di giustizia per evitare un modello marxista si società.

LE DISEGUAGLIANZE SOCIALI ED ECONOMICHE DEVONO SODDISFARE DUE CONDIZIONI:

- A) DEVONO ESSERE VINCOLATE A POSIZIONI E CARICHE APERTE A TUTTI IN CONDIZIONI DI EQUA UGUAGLIANZA DI OPPORTUNITÀ, C.D. PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA;
- B) DEVONO PROMUOVERE IL MAGGIOR BENEFICIO PER I MEMBRI MENO FAVORITI DELLA SOCIETÀ, C.D. PRINCIPIO DI DIFFERENZA.

I due principi di giustizia sono in ordine di priorità.

Contro il weberiano “politeismo dei valori” Rawls reintroduce così l’idea classica di una loro gerarchia.

La libertà, che riassume in sé tutti i beni primari, è “lessicograficamente” sovraordinata all’eguaglianza, ha cioè una validità superiore.

Ciò significa, in termini classici, che la conservazione delle libertà è più importante dell’eliminazione delle diseguaglianze o, meglio, che, senza la difesa dei beni primari da distribuire con giustizia, non è possibile la riduzione delle diseguaglianze.

L’*égalité* non è la meta agognata della giustizia sociale, così come non lo è il mantenimento dello *status quo*.

Rawls non solo diffida del carattere stagnante delle società egualitarie, ma le giudica responsabili degli effetti perversi che inducono a violare la libertà senza realmente ridurre la forbice delle diseguaglianze.

Lo stesso accade con le due parti del secondo principio: la redistribuzione della ricchezza non si deve perseguire contro l’uguaglianza di opportunità.

Ciò che è immeritato non è il possesso del talento, ma i suoi effetti nel successo o nel fallimento sociale.

Non è che una persona non abbia diritto di sfruttare i suoi talenti naturali, non ha diritto ad ottenere un vantaggio sociale da esse senza rispettare le regole di reciprocità che caratterizzano i principi di giustizia e lo stesso accade per i vantaggi derivanti dalla posizione sociale.

§ 1.4.2. - SECONDA PARTE. – INCARDINAMENTO DEI PRINCIPI NELLA SOCIETÀ. – Il velo d’ignoranza si alza, attraverso quattro stadi e si arriva alla società reale:

1. stadio della posizione originaria;
2. stadio costituzionale;
3. stadio legislativo;
4. stadio amministrativo, del mondo del lavoro e delle professioni.

La realizzazione dei principi di giustizia si potrebbe realizzare non solo all’interno di questo schema legalistico, infatti ci sono delle eccezioni che potremo definire virtuose come l’obiezione di coscienza e la resistenza passiva, questi sono strumenti alternativi per sostenere la democrazia, infatti anche in una società che è conformata ai principi di giustizia può ben capitare che tutto non vada perfettamente.

In questo caso la società civile si ribella a quanto stabilito a livello legislativo e siccome la democrazia è finalizzata al benessere del popolo, quando è proprio dal basso che si creano contrasti con quanto stabilito a livello legislativo si possono considerare queste deviazioni al progetto normativo funzionali alla retta concretizzazione dei principi della giustizia.

Queste forme di disobbedienza civile sono come delle spie che a livello istituzionale vi sono delle incrostazioni e non è eliminando queste spie che il malfunzionamento istituzionale si corregge. Quindi anche se eterodosse il sistema deve saper convivere con la presenza di queste spie che quindi non sono eversive del sistema ma sono manifestazioni della società civile che si muove per rendere autenticamente democratico un sistema statale che non ci riesce da solo.

§ 1.4.2. - TERZA PARTE. – *I DUE PERNI SU CUI RUOTA LA TEORIA DELLA GIUSTIZIA, CIOÈ IL BUONO ED IL GIUSTO SONO COERENTI.* – Il buono è quello che noi vogliamo in tema di beni primari per noi ma anche per gli altri (la pace nel mondo), sono sempre dei desideri che dipendono dalla nostra razionalità applicata ai beni primari in quanto il buono è il nostro progetto di allocazione ottimale dei beni primari; mentre il giusto riguarda le istituzioni.

Rawls vuole dimostrare che è conveniente per me (buono) seguire i dettami dei principi della giustizia.

A questo punto scatta quest'altra domanda: **perché ci deve essere tanto pluralismo nella visione del bene e tanta uniformità nel concetto del giusto?**

Anche se le visioni del bene sono molto distanti, rispettare le regole del gioco è fondamentale, ecco perché la giustizia è meno difforme del bene.

Le idee sulla giustizia sono politiche e quindi possono essere prese di conto da persone molto diverse fra di loro.

Il pluralismo è un valore (John Stuart Mill) ma non può essere senza limiti ed il limite è che riconosciamo una figura politica centrale.

§ 1.5. -LE CRITICHE. – Data la vasta eco non sono mancate, e da più fronti anche in antitesi fra di loro, le più svariate critiche:

- ! è stato accusato di FONDAMENTALISMO LIBERALE;
- ! CRITICA COMUNITARISTA per cui si tiene troppo conto delle singole persone e poco della società, questa critica a sua volta puntualizza due aspetti in contraddizione fra loro:
 - o Rawls descrive una società, quella statunitense così com'è, ma un filosofo dovrebbe porsi dei modelli che mirano ad incentivare la collettività e non a fotografare l'individualismo americano;
 - o nessuna società reale non può essere comunitarista in quanto la società non è costituita solo di individui separati, la società è un soggetto sui generis che non può essere considerato una mera somma di individui;
- ! CRITICA LIBERTARIA (Robert NOZICK 1938 - 2002) – il c.d. principio di differenza sfrutta troppo le persone dotate di talento, i talenti non possono essere staccati dagli individui ma sono tutt'uno con essi, l'autore è a favore di uno STATO MINIMO;
- ! CRITICA FORMALE:
 - o l'utilizzo della *decision theory* all'interno del sistema creato da Rawls è scorretto;
 - o (Amartya SEN) l'idea di distribuzione in tema di beni primari è fuorviante perché non contano solo i beni ma i soggetti che li ricevono;

! CRITICHE REPUBBLICANE / BASATE SULLA PARTECIPAZIONE – si dà troppo spazio alla costruzione dei principi e poco alla partecipazione democratica.

Anche in questa primissima parte del presente lavoro, si può pur tuttavia affermare che la definizione della giustizia di SAN TOMMASO D'AQUINO (1225 – 1274) *unicuique suum tribuere*, che a prima vista può parere vuota e se non una tautologia, leggendola con la lente dell'opera di Rawls, si colora interamente di significato; così come recita una delle sue frasi più famose: “ogni persona possiede un'inviolabilità fondata sulla giustizia, su cui neppure il benessere della società nel suo complesso può prevalere”.

§ 2.1. – IL PENSIERO GIURIDICO – Questa trattazione non potrà di certo affrontare tutte le correnti che hanno costituito il pensiero giuridico fino ad arrivare all'autore che si vuole mettere in correlazione al pensiero di Rawls, ovvero Hans Kelsen, basterà farne quindi un rapido cenno al fine di meglio comprendere come il perché di questo raffronto.

Il GIUSNATURALISMO ha attraversato fin dagli albori della filosofia il pensiero giuridico, la sua stessa definizione è problematica in quanto nel tempo ha assunto le più varie forme: quella che presuppone una legge giusta e assolutamente valida, superiore alle leggi positive perché dettata da una volontà sovraumana (c.d. GIUSNATURALISMO VOLONTARISTICO); quella che intende la legge naturale come istinto comune a ogni animale (c.d. GIUSNATURALISMO NATURALISTICO) e quella che interpreta la legge di natura come dettame della ragione (c.d. GIUSNATURALISMO RAZIONALISTICO).

Accanto alla frase di Gustav RADBRUCH (1878 – 1949) tratta dal suo *Filosofia del diritto* del 1932 citata nelle premesse di questo lavoro è senz'altro utile citare SAN AGOSTINO D'IPPONA (354 – 430) che nel suo *De civitate Dei* poneva questa domanda valida ancor oggi ed alla base di tutte le considerazioni di questo lavoro: “*remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?*”.

Per il REALISMO GIURIDICO il diritto non è fondato da un ideale di giustizia né si fonde con gli ordinamenti giuridici costituiti ma sorge piuttosto da quella realtà sociale dove i comportamenti umani fanno e dis fanno le regole di condotta. Diritto non è la norma giusta (in base ad una certa etica filosofica) o la norma valida (secondo un dato ordinamento), ma la regola efficace che viene emergendo dalla vita vissuta degli uomini.

Di questa corrente di pensiero fanno parte:

* la scuola storica del diritto di Friedrich Karl VON SAVIGNY (1779 – 1861) e del suo discepolo Georg Friedrich PUCHTA (1797 – 1846), rappresentanti di quel romanticismo giuridico che vede nello “spirito del popolo” e nel diritto consuetudinario le fonti primarie del diritto;

* Hermann KANTOROWICZ (1877 – 1940), il quale ne *La lotta per la scienza del diritto* del 1906 sostenne che, accanto al diritto statale, esiste con ugual valore il “diritto libero”, vale a dire il diritto “*prodotto dall'opinione giuridica dei membri delle società, dalle sentenze dei giudici e dalla scienza giuridica, ed è anzi il terreno dal quale quest'ultimo nasce*”;

* Eugen EHRLICH (1862 – 1922), il quale ne *La fondazione della sociologia del diritto* (1913) sostiene che il centro di gravità dello sviluppo del diritto risiede nella società stessa, e scrive che “*è un errore quel che molti credono e cioè che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le sue leggi. La maggior parte del diritto trae immediatamente origine dalla società in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali, del matrimonio, della famiglia, delle corporazioni, del possesso, dei contratti, della successione, e non è mai stato ridotto a norme giuridiche*”;

* Philipp HECK (1858 – 1943), il quale – rappresentante principale della c.d. scuola di Tubinga – alla giurisprudenza dei concetti di Puchta e Bernhard WINDSCHEID (1817 – 1892)

(*Begriffsjurisprudenz*) volle contrapporre la giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*), dove le leggi vengono considerate come le “risultanti degli interessi di carattere materiale, nazionale, religioso ed etico che in ogni comunità giuridica si affrontano e lottano per venir riconosciuti”;

* Oliver WENDELL HOLMES (1841 – 1935), per molti anni giudice della Corte Suprema statunitense, definito da Noberto Bobbio come “il primo, nell’esercizio appunto delle sue funzioni di giudice, a sconfessare il tradizionalismo giuridico delle corti, e a introdurre un’interpretazione evolutiva del diritto, cioè più sensibile ai mutamenti della coscienza sociale”;

* Roscoe POUND (1870 – 1964), il quale nelle *Interpretazioni di storia giuridica* (1922) ha sostenuto che si deve pensare al diritto “non come a un organismo, che cresce a causa e per mezzo di qualche proprietà a esso inerente, ma ... come a un edificio, costruito dagli uomini al fine di soddisfare umane aspirazioni e di continuo riparato, restaurato, ampliato”;

* Jerome FRANK (1889 – 1957) il quale affermò che il desiderio della certezza del diritto equivale al “desiderio infantile” del padre – coloro che cercano la certezza del diritto tentano di soddisfare i desideri infantili trovando nel diritto “un surrogato del padre”

§ 2.2. - Hans KELSEN (1881 – 1973) – Così come per Rawls, anche Kelsen costruisce la sua teoria pura del diritto prendendo le mosse dalle teorie citate nel paragrafo precedente.

Osserva innanzi tutto che da una parte il giusnaturalismo riduce la validità del diritto a giustizia non offrendoci delle categorie obiettive ed incontrovertibili su cui fondare l’edificio giuridico e dall’altra parte il realismo riduce la validità ad efficacia, ma non è difficile rendersi conto che l’efficacia non è sempre accompagnata dalla validità.

Kelsen fa parte di quella corrente chiamata positivismo giuridico (o formalismo giuridico), il formalismo era nato in origine dai pandettisti, come evoluzione di concetti ricavati per astrazione da dati storici. Ma per creare una vera scienza formale del diritto occorre potersi servire di un principio qualificatore della giuridicità, dal quale i vari contenuti ricevessero la forma di questa. I giuristi della *Begriffsjurisprudenz* questo criterio della giuridicità lo avevano trovato nella statualità della norma: donde l’identificazione di formalismo e positivismo giuridico.

Tuttavia Kelsen non è un positivista “ideologico” (c.d. imperativismo) per cui la giustizia delle norme si riduce al fatto che esse sono poste da colui il quale ha la forza per farle rispettare (Hobbes diceva: *iustum quia iussum*); Kelsen mira ad uno studio puramente scientifico del fenomeno giuridico.

Mentre per il positivista giuridico di tipo ideologico il *princeps* è il creatore della giustizia, per Kelsen l’essenza del diritto consiste nella sua validità giuridica.

Si poteva ben ricorrere alla norma per qualificare il diritto e per ricavarne i concetti giuridici; ma il lavoro dei neokantiani mostrava che ciò non poteva ridursi ad adottare a questo scopo, empiricamente, la norma posta dallo Stato.

All’imperativismo contrappone la distinzione tra la volontà che produce la norma (oggetto della storia e della sociologia) ed il significato normativo della norma in quanto tale, il suo esprimere un “dover essere” (*sollen*).

Insieme a Max WEBER (1864 – 1920), che introdusse la *Wertfreiheit* ovvero l’astrazione dai valori, ai neokantiani ed ai neopositivisti viennesi distingue tra giudizi di fatto (suscettibili di descrizione scientifica) e giudizi di valore, così come la scienza può riconoscere i valori ma non produrli, “la dottrina pura del diritto cerca di rispondere alla domanda: che cosa è e come è il diritto; non però alla domanda: come deve essere o come si deve produrre il diritto. È scienza del diritto, non già politica del diritto”

§ 2.2.1. – LA NOMOSTATICA – La dottrina kelseniana si ricollega al neokantismo e si avvale, almeno all'origine, di un'impostazione kantiana alla quale è da riconnettere il suo concetto chiave, quello di coattività che vale a qualificare la norma giuridica dalle altre specie di norme.

Il diritto è dover essere (*sollen*) mentre la natura è essere (*sein*), mentre la natura è caratterizzata da fenomeni il nesso fra i quali si esprime mediante un giudizio fondato sul principio di causalità, il diritto è costituito da norme (*Rechtsätze*), ossia da proposizioni di doverosità enuncianti un nesso tra eventi espresso mediante un giudizio fondato su un principio chiamato da Kelsen di imputazione (*Zurechnung*).

La dottrina di Kelsen è stata ricompresa fra le teorie non imperativistiche per le quali la norma giuridica è un giudizio ipotetico e lo stesso Kelsen nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911) insisteva sul carattere di giudizio logico, anziché di comando, della norma; infatti la qualificazione attraverso l'imputazione precede il comando, non è un semplice comando come quello di un capocantiere ad un manovale "porta la carriola dal punto A al punto B".

La causalità è un nesso tra fenomeni che il pensiero umano meramente constata, mentre l'imputazione non è constatazione ma attribuzione (compiuta dalla volontà di qualcuno) di una conseguenza ad un fatto che essa non è di per sé causa, ma condizione. La conseguenza enunciata dalla norma giuridica è voluta dallo Stato.

Il diritto, quindi, si identifica con lo Stato, il quale impiega la forza per impedire l'impiego della forza nella società. In questo senso, il diritto è "tecnica sociale" e "organizzazione della forza".

Nonostante la critica che Kelsen muove alle teorie imperativistiche vi è un implicito riconoscimento che fondamento della norma è un comando il quale è ciò che veramente imputa la sanzione all'illecito conferendo alla norma il carattere di doverosità.

Il giudizio costituito dalla norma giuridica è formulato come attribuzione – imputazione (*Zurechnung*) di una conseguenza (*Rechtsfolge*) ad una condizione (*Rechtsbedingung*).

La conseguenza è la sanzione, la condizione è l'illecito.

Il rapporto d'imputazione è "chiuso" in se stesso, ovvero comincia da A e termina in B. L'illecito non è tale di per sé, ma perché ad esso è imputata una sanzione.

Il *sollen* del diritto non si riferisce al comportamento del soggetto bensì al fatto che a questo comportamento "deve" essere fatta conseguire una sanzione.

Kelsen chiama "primaria" la norma che enuncia la sanzione come conseguenza di un dato comportamento, e "secondaria" quella che prescrive o vieta ai soggetti un comportamento.

Kelsen non concepisce il diritto soggettivo (potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta a un bene o interesse – Georg JELLINEK 1851 - 1911) come avente una realtà prima della norma positiva o al di fuori di esso (concezione giusnaturalistica) ma neppure come una facoltà o un potere attribuito da tale norma ad un soggetto: bensì è inteso come la possibilità giuridica di provocare la sanzione, "il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo; è il diritto oggettivo stesso che si rivolge contro un soggetto concreto (obbligo) oppure si mette a disposizione di questo (autorizzazione) in forza della conseguenza giuridica da esso stabilita".

§ 2.2.2. – LA NOMODINAMICA (*STUFENBAUTHEORIE*) – Perché il giudice sia obbligato ad infliggere la sanzione occorre che esista una norma ulteriore la quale imputi una sanzione ulte-

riore alla mancata esecuzione della prima sanzione; *“devono esistere pertanto due norme distinte: una la quale disponga che un organo deve eseguire una sanzione contro un soggetto, ed un'altra la quale disponga che un altro organo deve eseguire una sanzione contro il primo organo nel caso che la prima sanzione non sia eseguita”*.

Per questa via la concezione della struttura logica della norma giuridica si riconnette a quella della gerarchia delle norme (*Stufenbau*), in altre parole una sentenza di un tribunale è valida perché esiste un'altra norma che attribuisce validità alle sentenze dei tribunali.

Questo processo a gradini non è infinito, al suo culmine deve esservi una norma fondamentale (*Grundnorm*) che sta a fondamento di validità di tutto il sistema di norme che costituisce l'ordinamento giuridico.

Schematizzando avremo una costruzione a gradini di tal fatta:

- ! *Grundnorm*;
- ! costituzione;
- ! leggi ordinarie;
- ! sentenze – atti amministrativi;
- ! atti coattivi.

Scendendo dal livello superiore a quello inferiore avremo un'attività di produzione giuridica nel senso che il grado superiore produce quello inferiore, mentre partendo dal basso il livello inferiore è l'esecutore di quello superiore.

Per quanto riguarda il fatto che le sentenze sono allo stesso livello degli atti amministrativi, lo stesso Kelsen sostiene che: *“non vi è certo differenza essenziale tra il fatto che venga protetto l'onore della persona in quanto i tribunali puniscono colui che l'offende, e il fatto che la sicurezza personale nel traffico stradale sia garantita in quanto i guidatori dei veicoli che vanno a velocità troppo forte sono puniti dalle autorità amministrative.*

Se si parla in un caso di giurisdizione e nell'altro di amministrazione, la differenza dipende soltanto dal posto spettante al giudice nell'organizzazione statale ed è spiegabile esclusivamente da un punto di vista storico, dipende cioè dalla sua autonomia la quale manca per lo più (per quanto non sempre) agli organi amministrativi; la concordanza essenziale consiste però in questo: che il fine dello Stato è realizzato in entrambi i casi soltanto indirettamente.

Una differenza funzionale fra giurisdizione e amministrazione ha luogo soltanto quando lo scopo dello Stato è realizzato direttamente per mezzo degli organi statali Questa amministrazione diretta è di fatto essenzialmente diversa dalla giurisdizione”¹.

Nell'ultimo lavoro del collega Amedeo SPERTI², l'autore conclude attribuendo carattere giurisdizionale ad alcuni atti dell'ufficiale giudiziario, a questo punto tale attribuzione risulta corroborata anche da una visione sistematica condotta attraverso la lente del grande giurista praghese.

La norma fondamentale non è una norma posta ma una norma presupposta (*vorausgesetzt*). Tale norma fondamentale necessariamente presupposta è la costituzione “in senso logico-giuridico”, cioè come “fattispecie produttrice di diritto”.

Che coloro che hanno redatto la costituzione siano considerati ente produttore di diritto è solo un puro fatto; il dare per “presupposto” dell'ordinamento giuridico un puro fatto ap-

¹ si veda opera citata in bibliografia pag. 109.

² si veda bibliografia.

pare in contrasto con l'assunto di Kelsen di una teoria del diritto interamente formale "pura".

Per salvare la purezza della sua costruzione egli si appella al kantismo chiamando la norma fondamentale "presupposto logico-trascendentale" tuttavia non si vede come la costituzione possa esser intesa come trascendentale ed assai più convincente appare la constatazione che l'intero ordinamento giuridico, anche se visto nella sua pura struttura formale, esiste come ordinamento giuridico soltanto in virtù di un fatto. Pertanto Kelsen è stato costretto a fare appello ad un principio di effettività: la norma fondamentale si riferisce soltanto ad una costituzione che sia statuita ed efficace (*wirksam*).

§ 2.2.3. – IL PROBLEMA DELL'INTERPRETAZIONE – L'ultimo grande problema di Kelsen è quello dell'interpretazione, seguendo lo schema della costruzione piramidale a gradini, l'interpretazione implica la scala discendente nel senso che il livello inferiore deve interpretare il comando ricevuto dal livello superiore e la validità quello ascendente nel senso che quello superiore conferisce validità a quello inferiore.

L'interpretazione non è quindi limitata solo ad un livello ma percorre tutto lo schema piramidale.

*"L'interpretazione della legge deve rispondere alla domanda: come dalla norma generale della legge nella sua applicazione a un fatto concreto si può estrarre la corrispondente norma individuale d'una sentenza o di un atto amministrativo? Vi è parimenti un'interpretazione di norme individuali, di sentenze, d'ordinanze amministrative, di negozi giuridici, ecc..., in breve, di tutte le norme in quanto esse debbano essere eseguite, in quanto cioè, il processo della produzione e dell'esecuzione del diritto passa da un grado al successivo."*³

Notevoli sono anche le considerazioni di Kelsen in merito alla necessaria indeterminatezza relativa: *"la norma di grado superiore regola l'atto con cui viene prodotta la norma di grado inferiore (o l'atto di esecuzione se si tratta soltanto di questo); essa determina, con ciò, non soltanto il procedimento in cui viene prodotta la norma più bassa, ma anche eventualmente il contenuto della norma da prodursi.*

Ma questa determinazione non è mai completa.

La norma di grado superiore non può vincolare in tutti i sensi l'atto per mezzo del quale viene eseguita. Sempre deve rimanere un margine più o meno ampio di potere discrezionale in modo che la norma di grado superiore, in rapporto all'atto di produzione o di esecuzione che la eseguisce, abbia sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere riempito per mezzo di questo atto.

Persino un ordine che si riferisce a un caso singolo deve lasciare libero a chi lo eseguisce una quantità di determinazioni.

*Se l'organo A dispone che l'organo B arresti il suddito C, l'organo B deve decidere, secondo il proprio criterio, quando, dove e come eseguirà l'ordine di arresto; decisioni come queste dipendono da circostanze esterne che l'organo che ha dato la disposizione non ha previsto e, in gran parte, non può neppure prevedere"*⁴

Tali considerazioni, oltre a far apprezzare la modernità e l'elasticità mentale del Kelsen, non possono non far venire in mente allo scrivente le osservazioni dello Sperti in merito alla differenza fra ufficiale giudiziario, organo esecutore / interprete del provvedimento giudiziale ed il mero *missus iudicis* come è stato delineato nella novella dell'art. 560 cod. proc. civ. il custode giudiziario, più il comando è diretto (si veda l'esempio del capocantier-

³ si veda riferimento bibliografico pag. 117.

⁴ si veda riferimento bibliografico pag. 118.

re al manovale al paragrafo 2.2.1.), meno si può parlare di un passaggio normativo da un gradino e l'altro della piramide e sempre più di un atto da imputare direttamente in tutto e per tutto a chi lo impartisce!

L'indeterminatezza può essere intenzionale (ad esempio pena edittale stabilita tra un minimo ed un massimo) oppure non intenzionale (possibilità di diverse interpretazioni derivante dall'ambiguità dello strumento linguistico); Kelsen pertanto ha dovuto affrontare la problematica delle antinomie: *“la così detta “contrarietà alla norma” di una norma che deve supporre valida per una qualche ragione, in verità ... non è altro che la possibilità che la sua abrogazione per ragioni determinate, cioè la sua annullabilità per mezzo di un altro atto giuridico; oppure è la sua nullità, cioè la sua negazione come norma valida a mezzo della conoscenza giuridica, la dissoluzione dell'apparenza di una norma giuridica valida*

La conoscenza normativa non tollera una contraddizione fra due norme dello stesso sistema.

Il diritto stesso risolve il conflitto fra due norme valide di gradi diversi.

L'unità nella costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico non è compromessa da nessuna contraddizione logica”⁵.

Par di comprendere che quella relativa indeterminatezza del comando che non era eversiva del sistema ma anzi funzionale ad essa possa estendersi all'intero ordinamento infatti: *“in tutti i casi, la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto uno schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso possibile qualsiasi, è conforme alla norma.*

Se per “interpretazione” si intende la constatazione del senso della norma che deve essere eseguita, allora il risultato di questo atto può essere soltanto la constatazione dello schema che rappresenta la norma da interpretare, e, con ciò, il riconoscimento delle varie possibilità che sono date entro questo schema.

In conseguenza l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente a un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi anche se una soltanto tra esse, nell'atto della sentenza, diventa diritto positivo.

Il fatto che una sentenza sia fondata sulla legge non significa altro che ci si attiene allo schema indicato della legge, non significa già che essa sia la norma individuale, bensì una qualsiasi fra le norme individuali che sono possibili entro lo schema della norma generale. La giurisprudenza tradizionale crede però di poter pretendere dall'interpretazione, non soltanto la determinazione dello schema dell'atto giuridico da realizzarsi vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto un'unica decisione esatta e che “l'esattezza” della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa. Essa presenta il processo di questa interpretazione come se si trattasse di un atto intellettuale di chiarificazione come se l'interprete avesse da far muovere la sua intelligenza, ma non la sua volontà”⁶. Leggendo queste parole non si può fare a meno di pensare al “dono dei vincoli”, al fatto che secondo Edmund HUSSERL (1859 – 1938) ogni struttura (e con essa la norma giuridica) è un insieme di vincoli alle variazioni possibili degli elementi che permettono di conservare l'identità di quella cosa⁷.

§ 3.1 – CONVERGENZE E DIVERGENZE – In primo luogo **entrambe le teorie sono “pure”**, quella di Kelsen si propone di non esser dipendente da una particolare scelta politica e dal canto suo quella di Rawls non si cura di quale sistema giuridico e giudiziario regga lo Stato.

⁵ si veda riferimento bibliografico pag. 116.

⁶ si veda riferimento bibliografico pag. 120.

⁷ si veda Roberta De Monticelli in bibliografia.

Entrambe presuppongono un stato democratico, quella di Rawls per ovvi motivi grazie alla presenza del primo principio di giustizia ma a ben vedere anche quella di Kelsen. Se infatti ipotizziamo un sistema autocratico che senso avrebbe affannarsi nel delineare un sistema giuridico? Il capriccio del tiranno sarebbe infatti l'unico principio da dover rispettare, certo potremo continuare a considerare come Stato di diritto quello in cui un monarca assoluto sì, ma illuminato, per la forza della tradizione o per la necessità di dare una certa prevedibilità alle attività dei propri sudditi si attenga allo *stare decisis* e non travolga, magari retroattivamente, quanto previsto da una legge ma una *Grundnorm* che semplicemente preveda "i sudditi devono comunque sia rispettare la volontà del *princeps*" renderebbe evanescente tutto il sistema giuridico. È pur vero che Kelsen stesso prevede la possibilità che esistano delle norme valide ma ingiuste (facendo l'esempio della schiavitù) e che egli, ebreo tedesco e convinto democratico (partecipò attivamente alla stesura della costituzione austriaca e fu giudice costituzionale) non tacciò le leggi naziste di invalidità formale, ma la sua teoria dell'interpretazione ha davvero poca cittadinanza in uno Stato dove un *Führer* incarna la *Volkswille* (volontà del popolo) ed il *Volksgeist* (spirito del popolo)!

Proprio in quanto trattasi in entrambi i casi di teorie pure queste possono coesistere in quanto l'una non esclude necessariamente l'altra, anzi necessitano l'una dell'altra in quanto colmano i rispettivi vuoti.

Fra i critici di Kelsen deve annoverarsi Alexander HOLD – FERNECK (1875 – 1955) il quale riteneva che quello di Kelsen fosse un giusnaturalismo puramente formalizzato e desostanzializzato, ma sicuramente il suo maggior critico fu Carl Schmitt il quale, nel suo ruolo di antagonista, accomuna senz'altro i due autori. Quanto a Rawls si potrebbe avere la tentazione, ma solo quella, di leggerlo in chiave giusnaturalista; pur tuttavia solo che ci si soffermi a pensare che questo autore tanto ha tenuto a tener distinti i valori politici da quelli del bene lo si può serenamente escludere. Il fatto è che entrambi gli autori, ognuno nel loro ambito sono dei filosofi puri nel senso che uno ha fondato la sua teoria politica sui valori istituzionali (anzi sul valore per antonomasia della giustizia) e l'altro la sua teoria giuridica sul concetto logico giuridico di imputazione e solo su questo.

Entrambe le teorie sono caratterizzate da un **sano realismo**, non mirano a disegnare un'utopia ma descrivono realtà esistenti, entrambi i filosofi non possono, d'altro verso, essere annoverati fra i c.d. filosofi del sospetto.

Entrambi i filosofi **sono debitori di Kant**.

Infine, la *Grundnorm* kelseniana e il **contratto sociale** stipulato dai consociati in posizione originaria assomiglia tanto a quel punto di fuga in cui convergono idealmente i binari paralleli delle due teorie.

Enumerati i motivi che rendono queste due teorie non incompatibili, non rimane che esaminare se il giurista possa / debba disinteressarsi di questa o quella teoria politica e basare l'intera sua attività sul solo binario del puro diritto, una prima risposta potrebbe essere quella per la quale, allorquando l'interprete debba scegliere fra più interpretazioni possibili, si faccia guidare dalla lettura dei principi di giustizia di Rawls al fine di reperire una soluzione "costituzionalmente orientata" o "evolutiva".

Ma ecco che l'ostacolo più grande sembra esser posto da Kelsen, riprendiamo perciò la lettura di quanto ci dice in tema di interpretazione: "*non vi è alcun metodo che si possa designare come positivamente giuridico, secondo il quale, fra i vari significati verbali di una norma, si possa ravvisare soltanto uno di essi come "esatto" ...*

Secondo il diritto positivo è indifferente che ci si attenga alla volontà presunta del legislatore senza

darsi pensiero del tenore delle parole, o che si osservi scrupolosamente il tenore delle parole e non ci si dia pensiero della volontà del legislatore per lo più problematica.

Che i mezzi comuni di interpretazione, l'argumentum a contrario e l'analogia, siano del tutto privi di valore, risulta già sufficientemente dal fatto che entrambi conducono a risultati opposti e che non vi è nessun criterio per sapere quando si debba applicare l'uno e quando l'altro.

La necessità d'una "interpretazione" risulta quindi proprio dal fatto che norma da applicarsi o il sistema delle norme lasci aperte varie possibilità ... questa decisione, questa gradazione degli interessi è lasciata invece a un atto di produzione della norma, per esempio, alla sentenza del giudice."

Infine, in merito all'illusione della certezza come della completezza del diritto: *"la concezione per cui l'interpretazione sarebbe una conoscenza del diritto positivo e, come tale, un procedimento per estrarre norme nuove da quelle vigenti, costituisce il fondamento della così detta "giurisprudenza dei concetti" (Begriffsjurisprudenz n.d.a.) che è anche respinta dalla dottrina pura del diritto.*

Questa non segue l'opinione per cui attraverso la conoscenza si possano creare norme nuove; opinione che sorge in ultima istanza dalla necessità di rappresentarsi il diritto come un ordinamento fisso che determina il comportamento umano in ogni suo aspetto e in special modo l'attività degli organi che applicano il diritto.

All'interpretazione viene attribuita una funzione speciale, quella di colmare le lacune.

Non esistono però lacune vere e proprie nel senso che ... ogni lite consiste nel fatto che una parte solleva una pretesa contro un'altra e la decisione che l'accoglie o la respinge dipende dal fatto che la legge ... stabilisca o meno l'asserito obbligo giuridico.

L'ordinamento giuridico è applicato anche nella decisione che respinge la pretesa.

L'ordinamento giuridico non contiene soltanto la proposizione per cui si è obbligati a un determinato comportamento ... ma anche la proposizione: "si è liberi di fare o di non fare quello a cui non si è obbligati". Questa norma negativa è quella che viene applicata in una decisione in cui viene respinta la pretesa verso un comportamento che non è diventato obbligo."

In altre parole il giurista deve smettere di nascondersi dietro l'interpretazione per sostenere che la soluzione adottata non è quella sua ma sia l'ordinamento giuridico nel suo complesso ad obbligarlo in quel dato modo, questo modo di fare pilatesco nasconde una semplice verità, nei vuoti lasciati (consapevolmente o meno dal legislatore) il giurista assume le vesti di uomo politico non di mero uomo giuridico!

Non sfugge certo il fatto che il nostro stesso ordinamento⁸ (come del resto quasi tutti) disciplini positivamente l'*analogia legis* (il nostro contempla anche l'*analogia iuris*), in altri termini è lo stesso legislatore, e non il giurista, che non lascia alcuna lacuna. Ma in realtà, come abbiamo visto, il presupposto per l'applicazione dell'*analogia*, ovvero la *lacuna legis*, non è così semplicistico perché si potrebbe ben dire che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*, Kelsen prosegue infatti dicendo: *"se tuttavia, in certi casi, si parla di "lacuna", questo non significa che per mancanza di una norma sia logicamente impossibile una decisione, ma soltanto che la decisione logicamente possibile ... viene ritenuta come troppo inadatta allo scopo o come troppo ingiusta dall'organo chiamato alla decisione, cioè all'applicazione della legge ...*

La così detta "lacuna" non è altro che la differenza fra il diritto positivo e un ordinamento ritenuto

⁸ **Art. 12, preleggi – Interpretazione della legge** – Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

- Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Art. 13 – Esclusione dell'applicazione analogica delle norme corporative – Le norme corporative non possono essere applicate a casi simili o a materie analoghe a quelli da esse contemplati.

Art. 14 – Applicazione delle leggi penali ed eccezionali – Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati.

migliore, più giusto, più esatto Con l'apparenza di essere completata, la norma originaria, nell'applicazione, viene soppressa e sostituita da una nuova."

Kelsen non esclude che vi siano delle lacune lasciate volutamente dal legislatore o che "la legge stabilisce ... una cosa priva di senso. Ciò non è da escludere perché le leggi sono opera umana. Una norma può avere anche un contenuto privo di senso. Ma allora nessuna interpretazione è in grado di ricavare da essa un senso. Per mezzo dell'interpretazione non si può infatti ricavare dalla norma nulla di ciò che non sia in essa già prima contenuto." Pertanto ogni qual volta il legislatore, in un modo o nell'altro, lascia spazio allo "interprete" in realtà sta delegando potere normativo, potere che potrebbe essere abusato. "Per limitare quanto possibile questo pericolo, l'autorizzazione di prescindere dalla legge viene formulata in modo che colui che applica il diritto non abbia coscienza dello straordinario potere che con ciò viene effettivamente trasferito." Siam quindi tornati al punto di cui prima per cui, anche quando l'uomo giuridico applica le deleghe che l'ordinamento gli conferisce come quella del ricorso all'analogia, consapevole o meno che sia, si sta spogliando della toga di giurista e si veste con quella di tribuno.

Se pensiamo al brocardo latino "*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*", possiamo ben intuire come il giurista abituato a trattare da secoli l'analogia come il suo più prezioso strumento, si possa sentire turbato da quanto espresso da Kelsen; tuttavia dobbiamo considerare il fermo proposito di quest'autore, quello di fondare una dottrina del diritto pura, se il meccanismo della *Zurechnung* è ascrivibile ai processi logici ed in particolare al connettivo vero – funzionale detto "condizionale" (! ! ! ! ciò non può esser per l'analogia, la logica si occupa di regole di inferenza che quando correttamente adottate conservano il valore di verità degli assunti iniziali, in una logica classica non c'è spazio per meccanismi che non siano certi, definiti, formalizzati.

A questo punto siamo pronti per dimostrare il vero punto nodale ovvero che la teoria della giustizia di John Rawls necessita del "secondo binario" della teoria del diritto di Hans Kelsen e che questa a sua volta necessita di quella e proprio di essa.

Da una parte, non potendo l'uomo giuridico separarsi dall'uomo politico, per questa sua ultima veste e non per la prima è necessario fare riferimento alla teoria di Rawls perché è la più compiuta dottrina sulla moralità delle istituzioni che al contempo ci permetta una visione laica del bene.

Dall'altra, solo una teoria pura del diritto garantisce all'uomo politico di adottare delle scelte giuste, di *unicuique suum tribuere*.

Volendo dare una rappresentazione plastica di quanto detto, la teoria di Rawls e quella di Kelsen sono come due binari paralleli, questi non si toccheranno mai in nessun punto di essi potendo però vederli ipoteticamente convergere in un punto di fuga infinitamente distante dal suo osservatore.

In un tempo in cui vi sono programmatori che vorrebbero tradurre in algoritmi il pensiero giuridico, Kelsen ci insegna che nell'attività di un giurista ci sono degli spazi non riducibili a meri sillogismi (o algoritmi) e questo mi pare un insegnamento quanto mai attuale ed imprescindibile.

L'opera di Rawls, nata nel 1971, riecheggia le tematiche del suo tempo quindi le contestazioni giovanili, le cartoline precetto per la guerra del Vietnam strappate, le bandiere bruciate, le marce di protesta per l'ottenimento dei diritti civili dei neri, tutte manifestazioni *contra legem* ma che Rawls, come anzi detto, non considera *tout court* eversive del sistema se ed in quanto espressioni della società civile che vogliano far riportare lo Stato ai suoi doveri democratici. Questa potrebbe essere considerata una divergenza da Kelsen, ma solo apparente, Kelsen infatti si occupa di diritto, di validità di norme, Rawls si occupa di poli-

tica, di giustizia di istituzioni, per tornare all'esempio di prima, i binari sono paralleli, non sovrapposti.

§ 4.1 – Carl SCHMITT (1888 – 1985) – Se finora ci siamo occupati di come poter leggere un filosofo puro della politica parallelamente ad un filosofo puro del diritto, questa trattazione non poteva aver una minima completezza senza tratteggiare quelle correnti di pensiero che si sono occupate in modo più o meno unitario di questi due campi per poi uscire “*a riveder le stelle*” con il nostro Vico.

In particolare non si può prescindere dal pensiero di Schmitt, contemporaneo di Kelsen e che, a suo modo, nella sua lunga vita, si ebbe ad imbattere nelle nuove problematiche post secondo conflitto mondiale che affrontò anche Rawls, ma nel parlarne non si può tacere della sua adesione al partito nazionalsocialista che certo fu ben più profonda di quella di Heidegger. Tale sguardo luciferino non toglie nulla però all'acutezza del suo pensiero che, peraltro si sviluppò in tre fasi:

- ! nella fase del DECISIONISMO che lo stesso autore definisce “teologica” e che si collega intimamente al concetto di “creazione continua” dobbiamo ascrivere: *Die Diktatur* (1921, trad. it. La dittatura); *Politische Theologie* (1922, trad. it. Teologia politica); *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923, trad. it. La condizione storico – spirituale dell'odierno parlamentarismo); *Römischer Katholizismus und politische Form* (1923, trad. it. Cattolicesimo romano e forma politica); *Der Begriff des Politischen* (1927, trad. it. Il concetto del politico, in *Le categorie del politico*); *Verfassungslehre* (1928, trad. it. Dottrina della costituzione); *Der Hüter der Verfassung* (1929, trad. it. Il custode della costituzione);
- ! nella seconda fase Schmitt mira a dare un fondamento giuridico filosofico al nazismo, non aderendo ad una lettura di tipo idealista hegeliano e non aderendo agli aborriti “diritti innati” del liberismo ripiegò sulla “teoria dell'istituzione” di Maurice HAURIU (1856 – 1929) e Santi ROMANO (1875 – 1947) e sui diritti consolidati dei tre ceti che nella sua visione formavano le tre articolazioni del terzo Reich: Stato, partito e popolo diviso nelle rispettive corporazioni, per dare una sorta di forma, se non di contenimento, al potere *legibus solutus* del *Führer*, tanto che gli costò un certo allontanamento e la qualifica di pensatore “romano”⁹. Le opere più significative di questa FASE NAZISTA sono: *Staat, Bewegung, Volk* (1934, trad. it. Stato, movimento, popolo); *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1936, trad. it. I tre tipi di scienza giuridica, in *Le categorie del politico*) e *I caratteri essenziali dello Stato nazionalsocialista* (1936, testo orig. italiano);
- ! nella TERZA FASE, l'autore si interroga alla luce della sconfitta del nazismo, non rinnegandolo ma rifiutando la logica del valore, secondo la quale “*per il valore supremo il prezzo supremo non è mai troppo alto e va pagato*” con ciò viene ridimensionata la categoria del politico che del valore ne è la manifestazione concreta. Le opere che dobbiamo annoverare in tale fase sono: *Der Nomos der Erde* (1950, trad. it. Il nomos della Terra); *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber* (1954, trad. it. Dia-

⁹ All'uomo moderno può suscitare sgomento che anche un sincero nazista, quale fu Schmitt, poteva essere considerato non pienamente allineato, evidentemente il modello doveva essere un “giudice” che come Roland FREISLER (1893 – 1945) praticava la “tortura del diritto” (*Rechtsbeugung*) ovvero la plateale mortificazione dell'imputato in piena udienza. Non paia strano che, in un lavoro su Rawls, si citino queste pratiche abietate del diritto; non si darebbe pieno valore alla teoria della giustizia senza dare uno sguardo al precipizio in cui può (allora come ora) cadere l'animo umano!

logo sul potere); *Theorie des Partisanen* (1963, trad. it. La teoria del partigiano) e *Die Tyrannie der Werte* (trad. it. La tirannia dei valori).¹⁰

Per il decisionismo di Schmitt il diritto è essenzialmente decisione politica (come diceva Hobbes: *auctoritas, non veritas, facit legem*): “ogni legge, come regolamento normativo, ed anche la legge costituzionale, richiede necessariamente in ultima istanza per essere valida una previa decisione politica presa da un potere od autorità politica esistente. Ogni unità politica esistente trova il suo valore e la sua “giustificazione d’esistenza” non nella giustizia o nella convenienza di norme, ma nella sua stessa esistenza. Ciò che esiste come entità politica è, dal punto di vista giuridico, degno di esistere”¹¹ Se mai Rawls e Kelsen furono accomunati, non lo sono mai stati come in queste parole, da una parte il rifiuto radicale della ricerca della giustizia, in qualunque modo sia essa fondata, come minimo comun denominatore del fenomeno istituzione politica, dall’altra la denunciata inutilità dell’approccio formale al diritto risolvendosi questo (e la politica con esso) nella *voluntas principis*.

Il problema essenziale consiste nel garantire la sicurezza dello Stato e la perseverazione dell’ordine costituzionale esistente; gli interrogativi diventano allora: entro quali limiti è lecito sospendere la legge costituzionale per far fronte a tale pericolo e chi ha il potere di decidere l’an ed il *quandum* di tale sospensione? Le norme non possono decidere quando esiste questa situazione né sono in grado di affrontarla, proprio in quanto eccezionali sono anche imprevedute ed imprevedibili.

La tesi di Schmitt è che la sovranità risiede in chi possiede l’autorità ed il potere di decidere sullo stato di eccezione, l’atmosfera d’incertezza dei giorni della repubblica di Weimar, portano Schmitt ad escludere che norme costituzionali o discussioni parlamentari siano a ciò sufficienti.

Sullo sfondo c’è una profonda visione pessimistica della natura umana: la politica non sarebbe necessaria tra uomini buoni¹².

¹⁰ Anche se per l’argomento trattato da questo lavoro la fase più importante è quella del decisionismo, è utile fare un rapido cenno, per la scottante attualità che hanno ancor oggi, alle tematiche trattate in questa terza fase.

La vittoria degli imperi commerciali (quale quello britannico e la neonata potenza globale statunitense) è il germe della rovina degli Stati continentali perché conduce alla trasformazione del diritto fra gli Stati in diritto privato internazionale, cioè in diritto commerciale, e introduce una forma di moralismo universalistico, politicamente pericoloso, perché fa appello al concetto discriminatorio di guerra giusta.

Se le considerazioni di Schmitt, raccolte in *Nomos der Erde* sulla base della vittoria delle potenze marittime su quelle continentali, appaiono ancor oggi attuali, **cosa avrebbe pensato il nostro autore di fronte al non luogo del commercio su internet?**

Con la dissoluzione della statualità si dissolvono le distinzioni tra diritto pubblico e diritto privato, tra diritto statale ed interstatale. Con il venir meno della statualità cade la figura hobbesiana del Leviatano che regola la guerra di tutti contro tutti in termini di predominio della statualità. La guerra moderna è quindi una guerra partigiana, che ha le sue radici nelle ideologie e non trova come limite lo Stato anzi si radica in esso e nella società. Il partigiano non lotta contro un’occupazione ma armato della propria visione ideologica (ed oggi direi anche religiosa) sostituisce al nemico pubblico un nuovo nemico privato facendo regredire la società alla barbarie. Questa crisi della politica è in rapporto con il predominio dell’economia e della tecnica nel mondo contemporaneo, dove lo Stato svolge una semplice funzione burocratica ed organizzativa, al servizio del dominio economico sull’uomo.

Per finire voglio qui riportare un brano estremamente significativo da Dialogo sul potere del 1954: “Credo che nell’ultimo secolo l’essenza del potere umano si sia svelata a noi in un significato del tutto particolare. Infatti è strano che la tesi della malvagità del potere si sia diffusa proprio a partire dal XIX secolo. Avevamo pensato di aver risolto o almeno appianato il problema del potere, affermando che il potere non proviene né da dio né dalla natura, ma piuttosto da un patto che gli uomini stipulano tra loro. Che cosa dovrebbe ancora temere l’uomo, se dio è morto e il lupo non è altro che uno spauracchio per bambini? Ma proprio dall’epoca in cui questa umanizzazione del potere sembra essersi definitivamente realizzata – e cioè dalla rivoluzione francese – dilaga irresistibilmente la convinzione che il potere sia in sé malvagio. Il detto “dio è morto” e l’altra enunciazione “il potere è in sé malvagio” derivano entrambi dallo stesso periodo e dalla stessa situazione, vogliono dire la stessa cosa.”

¹¹ Così Schmitt in Dottrina della costituzione.

¹² Come è distante Rawls! L’autore americano a questo opporrebbe che la politica se non è necessaria nella Gerusalemme celeste non lo è nemmeno nella jungla ove *homo homini lupus*, proprio il nostro essere nel mezzo tra il paradiso e l’inferno, se così si può dire, ci rende necessaria la politica in modo che uomini diversi possano convivere e non fronteggiarsi quotidianamente fra loro!

Ogni teoria politica presuppone, secondo Schmitt, che l'uomo sia un essere pericoloso e che la caratteristica fondamentale della politica sia l'inimicizia. Nel suo scritto "Il concetto del politico" del 1927, individua la categoria del rapporto "amico – nemico" come criterio di identità del politico (così come il rapporto "buono – cattivo" caratterizza l'etico e quello "bello – brutto" l'estetico). La politica non indica infatti una sfera dell'esistenza umana accanto alle altre, ma un tipo di relazione che si instaura tra gli uomini nel momento in cui insorge la possibilità di un conflitto non risolvibile pacificamente, che porta perciò con sé un rischio di morte ed induce gli uomini a raggrupparsi in amici e nemici.

La relazione politica originaria è dunque una relazione di associazione e dissociazione che deriva essenzialmente da motivi di difesa dell'esistenza e dell'identità. Per questo la categoria "amico – nemico" è ineliminabile dall'orizzonte umano ed è connessa alla possibilità di guerra, che la politica ed il diritto non possono eliminare ma solo regolamentare.

Nel suo "Teologia politica" del 1922 Schmitt è convinto che: *"tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati"*, come ad esempio in taluni concetti aprioristici relativi a Dio, una cosa è giusta non perché risponde a un modello od a un valore ma semplicemente perché Dio la comanda, così anche la validità giuridica riposa solo sulla volontà del sovrano.

Da tali presupposti deriva che nel mondo contemporaneo Stato e società non rappresentano più sfere distinte come in passato. Il Novecento presenta come fenomeno peculiare la reale dimensione dello Stato totale in cui *"tutto è politico, almeno virtualmente"* (Il concetto del politico, 1927)

§ 4.2. - IL NICHILISMO GIURIDICO – Nell'aforisma n. 459 di Umano, troppo umano, Friedrich NIETZSCHE (1844 – 1900) diceva: *"Ma dove il diritto non è più, come da noi, una tradizione, può essere soltanto una imposizione, una costrizione; noi tutti non abbiamo più un senso tradizionale del diritto, perciò dobbiamo accontentarci di diritti arbitrari, che sono la necessità che esista un diritto"*, il grande disvelatore degli inganni della morale ha quindi colto in fallo anche il mondo giuridico, il fatto è che il giurista, nell'amministrare giustizia si rifà ogni giorno alla *ratio legis*, *ratio* che viene dibattuta sì, ma al fine di trovare un punto fermo, ciò è avvertito come essenziale.

La riflessione del giurista si volge spontaneamente alla *ratio legis*, definita in modo ineguagliabile da Donello (Hugues DONEAU 1527 – 1591): *"est id propter quod lex lata est, et sine quo lata non esset"*. La ragione, per cui la legge è quella che è, si trova tutta nella storicità del vivere umano.

Il punto è che la *ratio* è tutta intramondana, tutta storica e terrena, non rinvia al comando degli Dei, a un criterio che stia prima e fuori della posizione di norme. Il diritto "positivo" è, appunto, un diritto "posto": che non imita né rispecchia un diritto sovrastante, che è ripiegato in sé e da sé non può uscire. Non c'è un dover essere della legge, la quale sia tratta a giudizio dinanzi ad un principio o ad un "valore", ma il suo concreto e singolare essere. La razionalità del diritto è la razionalità di questa assoluta solitudine.

Il diritto sta quindi tutto in una dimensione umana del volere, che è al contempo scelta di scopi e di mezzi.

Da una parte la volontà di scopo non soggiace ad alcun criterio esterno, ad alcun controllo di ammissibilità. Dall'altro la sua razionalità ha carattere tecnico, e sta nella coerenza reciproca degli scopi e nella precisione strumentale dei mezzi.

La “tecnica” del diritto si è fatta propriamente tecnica. Non serve più a conoscere la verità, o a dedurre norme da un ordine sovra- o extra-storico (divino o naturale che sia), ma a garantire la razionalità della produzione. Le norme sono “prodotte”: al pari di ogni merce, offerte ai consumatori, usate, logorate, sostituite. E, affinché la produzione sia “razionale il diritto adotta i modi della procedura. Le procedure, appunto, del produrre e applicare diritto: canali, pronti ad accogliere qualsiasi contenuto e perciò indifferenti verso ogni contenuto.

Il suo senso più proprio e più stabile è nella funzionalità delle procedure: non in ciò che è prodotto, ma come si produce. Il linguaggio del diritto è ormai il linguaggio dell’economia: tecnica, produzione, procedura, funzionalità.

Il nichilismo giuridico si fa consapevole non già per un’assenza di scopi (i quali premono molteplici e fortuiti), ma per un’assenza di necessità, per un’apertura a tutte le scelte ed a tutte le soluzioni.

La volontà non ha pace, e trascorre di scopo in scopo, da emergenza ad emergenza, da posizione a posizione di norme.

Chi guardi il mondo del diritto, ha un’immagine di una prodigiosa effervescenza, di una inesausta vitalità: tutte le “fonti” producono norme, internazionali comunitarie statali regionali negoziali. Ognuna ha un senso, ma le indefinite ed occasionali *rationes legum*, gli scopi ed i mezzi scelti dalla volontà umana, non si raccolgono in unità e totalità.

Le garanzie, che un tempo impedivano o limitavano la dispersione del volere, sono ormai tramontate. Impaziente di ricondursi soltanto a se stessa, e di esprimere soltanto se stessa, la normativa giuridica si è sbarazzata di ogni presidio: unità teologica del mondo, spirito del popolo, sacralità del potere, ordine conchiuso dei codici.

Se nichilismo è – come scrive Emanuele Severino (in *La tendenza fondamentale del nostro tempo*) – la “*persuasione che le cose – uomini, piante, acque, stelle, cielo, terra, pensieri, oggetti, suoni, forme, città - sono niente; appunto perché è la persuasione che le cose escono dal niente e vi ritornano*”; se questo è nichilismo, allora il positivismo giuridico, nel significato più preciso e rigoroso, vi si riconosce appieno.

..... Riportare queste parole, tratte dall’opera di Irti di cui in bibliografia, è, per lo scrivente, come verbalizzare in una stazione di polizia la confessione di un efferato delitto, quello di aver spento la fiaccola della giustizia nel corpo del diritto!

E siccome non può certo farsi torto ad Irti, o a qualunque giurista di questa corrente di pensiero, attribuendogli tale delitto, si dovrebbe dire piuttosto che è come, per seguire l’esempio, come verbalizzare il referto autoptico di un medico legale ... l’effetto è sempre orribile!

Si prenda come esempio quello di una norma, quella della notificazione a mezzo del servizio postale, nata nel 1982 allorquando i dipendenti dell’attuale Poste italiane S.p.A. erano dei dipendenti di un ente pubblico economico ma tutt’oggi in vigore nonostante che tutto sia mutato intorno ad essa.

Pensiamo al fatto che il servizio di notifica, pur non essendo attività semplicemente certificativa ma caratterizzata da connotati chiaramente autoritativi, è oggi affidabile anche ad altri soggetti privati operanti nel mercato della trasmissione pacchi e corrispondenza e che tutto ciò accade:

- 1) senza che i dipendenti notificatori prestino formale giuramento di fedeltà alla Repubblica;
- 2) nonostante il fatto che tali notificatori possano essere assunti con rapporti di lavoro del tutto avventizi e senza alcuna garanzia di professionalità (e con essa anche di onorabilità

per quanto riguarda la presenza di carichi penali);

3) nonostante che tali società private non garantiscano di fatto la copertura su tutto il territorio nazionale;

4) nonostante che la responsabilità per mancato o scorretto adempimento del "servizio" di *delivery* sia limitata contrattualmente e solo nei confronti del "committente" di tale servizio ovvero il richiedente la notifica e non verso il soggetto che invece dovrebbe essere il destinatario della tutela ovvero il destinatario della notifica;

5) *dulcis in fundo*, tanto per completare la scena del delitto, nonostante che tali soggetti privati, non siano sottoposti ad un regolare controllo ispettivo pubblico paragonabile a quello che subiscono i soggetti, quali gli ufficiali giudiziari, la cui attività è equiparata e ciò quindi in totale spregio del principio per cui ad un determinato potere debba corrispondere un adeguato controllo pubblico.

Si considerino ora quei molteplici interventi legislativi (penso, fra i molti, a quelli relativi allo smantellamento delle tariffe minime forensi) tutti volti a trattare la prestazione giuridica a mera merce e così realizzando quella che György LUKÁCS (1885 - 1971) e Theodor ADORNO (1903 - 1969) chiamavano *Verdinglichung* (reificazione) ossia trasformazione dei diritti in merce (e quindi, inevitabilmente, del diritto nel suo insieme).

Ebbene in presenza di un tale scempio di inveterati principi e finanche del banale buon senso, un interprete cosa può far altro se non alzare le braccia e non ci possono consolare le sia pur sagge considerazioni dell'Irti come quella per la quale: "*l'indifferenza verso i contenuti permette le differenze dei contenuti*" oppure che smarrita la visione unitaria ci rimangono dei "*micro-sistemi*".

Se l'aggressione è di tipo politico la risposta non la possiamo trovare nel diritto stesso ma nella politica, si concretizza cioè l'urgenza di considerare che il fenomeno della statualità non può poggiare solo sulla gamba del positivismo giuridico (che, come detto efficacemente da Irti, si frantumerebbe in una miriade di micro-sistemi e niente più) ma anche su una robusta teoria della politica come quella di Rawls, in altri termini, la visione delle due teorie poste in parallelo fra di loro che è l'oggetto del presente lavoro.

§ 4.3. - IL LASCITO DEL PENSIERO UTILITARISTA – Prima di addentrarci negli sviluppi più propriamente giuridici e giudiziari del pensiero di Rawls è quanto mai opportuno esaminare come quella teoria da cui prese le distanze Rawls, ovvero l'utilitarismo, abbia avuto e continui ad avere conseguenze nella concreta vita del giurista.

Jeremy BENTHAM (1748 – 1832) prima di esser un filosofo era infatti un giurista ed applicò la chiave del suo pensiero, ovvero il principio di utilità consistente nella maggior felicità del maggior numero di individui, sia alla concezione della sovranità statale, sia all'idea positivista del diritto stesso istituendo analogie tra ragionamento giuridico e deduzione matematica, sia alla riforma del sistema giudiziario, penale e penitenziario.

In particolare Bentham, che si definiva il Lutero della giurisprudenza, dispiegò le sue energie per rinnovare il sistema giudiziario inglese ed adattare il processo alle esigenze della mutata realtà storica del trionfante capitalismo industriale andando ad attaccare i capisaldi del sistema processualistico romano-canonico. Il giurista londinese riteneva infatti che il metodo per l'accertamento dei fatti individuali dovesse esser di tipo induttivo alla stregua di quello con il quale si fissano le verità fattuali e pertanto si dovesse replicare il procedimento probatorio in uso (da Francis BACON 1561 – 1626 in poi) nella filosofia induttiva dello spirito umano (John Locke) e nella scienza sperimentale.

Su tutto campeggia l'idea secondo cui "*evidence is the basis of justice: exclude evidence you exclude justice*" pertanto la verità del processo deve essere perseguita sopra (ed eventualmente contro) ogni altro valore o garanzia. I fatti possono acquistare tale qualità alla condizione che – in ossequio alla direttiva della non-esclusione – tutte le prove siano ammesse salvo che si tratti di prove irrilevanti, superflue o se la loro acquisizione comporti "*preponderant vexation, expense or delay in the individual case, judged by the standard of utility*".

Per poter adattare la ricerca giudiziaria della prova al modello della ricerca scientifica della verità, il necessario corollario è ridurre al minimo le regole processualistiche (come ad esempio quella dell'onere della prova) e rimettere tale ricerca all'arbitrio del giudice, il controllo del cui operato non dovrebbe quindi avvenire all'interno dello schema processuale (pena il ritorno di quelle stesse regole) ma con altri rimedi esterni, primo tra tutti quello dell'opinione pubblica (e solo apparentemente Bentham, fautore della primazia legislativa sul ceto giudiziario, è quindi in contraddizione con se stesso in quanto, come sottolineato dai più attenti autori, il filosofo londinese passa da un autoritarismo monarchico ad un autoritarismo democratico).

La discrezionalità (con i controlli esterni di cui prima) di cui "gode" il giudice può indurlo a privilegiare – sulla scorta del soprastante principio di utilità – le ragioni attinenti all'efficienza del processo a scapito della ricerca della verità.

Il punto è cruciale e tocca, con la disciplina della prova, la fondazione stessa della procedura giudiziaria che, ad avviso di Bentham, ha due scopi: uno *positive* (o *direct*) - consistente nell'attuazione della legge sostanziale in base ad una conoscenza completa dei fatti -, un altro *negative* (o *collateral*) teso a minimizzare i disagi che comunque occorrono per assicurare quel primo obiettivo *direct* e *positive*.

I due scopi della procedura giudiziaria sono certo connessi ma in aperto contrasto fra di loro.

Secondo Bentham vi è però sempre una via d'uscita, che rinviene nell'impiego del principio d'utilità che passa per un'analisi costi/benefici rigorosamente quantitativa (il c.d. *felicific calculus*).

Come ne può derivare il rifiuto di acquisire una prova pure rilevante, così ne può discendere il rifiuto del giudice di mandare ad effetto una legge sostanziale quante volte i benefici che ne conseguirebbero per il titolare del diritto siano stimati inferiori ai "costi" totali della procedura giudiziaria: in tal caso il "prezzo" del processo – scrive Bentham anticipando attuali propensioni legislative e giurisprudenziali – "*ought not to be paid: the law ought rather remain unexecuted*".

Non servirebbe necessariamente il senso pratico del povero Don Abbondio per giungere alla conclusione che il *quisque de populo* stretto tra un giudice che opera in totale libertà ed il fatto che le proprie pretese ed allegazioni siano sottoposte al *felicific calculus* il cui controllo è sottoposto a sua volta ad un arbitrio esterno si trova proprio come "un vaso di coccio fra vasi di ferro".

Il lascito dell'utilitarismo non si è solo fermato nei paesi anglofoni, ma anche in Italia, allorché si parla di abuso del processo sia in dottrina sia in giurisprudenza fino alla progressiva dequotazione delle regole processuali e della loro cogenza, con le Sezioni Unite che parlano addirittura di una "*innegabile "evoluzione"*" (il virgolettato è dell'autore) *dell'ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito*"¹³.

Un'attenta voce della dottrina (PANZAROLA) ravvisa tale lascito in alcune ben precise norme come ad esempio l'art. 120, VI c., del D.Lgs 02 luglio 2010 n. 104, c.d. codice di procedura

¹³ Cass. SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1238 (par. 9.1 dei "motivi della decisione").

amministrativo, che prevede l'adozione di sentenze "in forma semplificata" in importanti giudizi che incidono su diritti soggettivi e la legge sulla modifica dei giudizi civili di cassazione¹⁴, ma, per rimanere in tema di procedimento esecutivo, possiamo tranquillamente ritrovare tutti i cascami dell'utilitarismo (nello specifico una "semplificazione" della procedura al fine di favorire il maggior benessere di tutti ... o meglio di una particolare categoria di creditori) nella sommaria ed affrettata normativa di cui all'art. 560 c.p.c.

Infine pensiero utilitarista non si pone affatto quale argine a quella deriva dei valori così ben descritta dalla corrente del nichilismo giuridico.

Se vogliamo invece dare un seguito alle teorie di Rawls, non dobbiamo solo guardare ai due principi di giustizia di cui al § 1.4.1. ma anche a ciò che ne è presupposto, ovvero al mettere al centro dell'attività politica la giustizia e pertanto:

- a) la gestione e la valutazione delle prove devono basarsi su norme interne al giudizio stesso;
- b) in nome della maggior celerità ed efficienza il sistema non si può tollerare indefinitamente lo smantellamento dei controlli di legalità a monte degli atti (siano essi amministrativi oppure civili come quelli notarili) semplicisticamente confidando su una repressione ed in un risarcimento eventuale (ed a valle);
- c) non può essere estesa senza freno la platea dei certificatori del diritto con la speranza che in caso di abuso si può sempre ricorrere alla A.G. ed eventualmente ottenere da questa ristoro.

Tutto questo perché il terribile diritto e l'ancor più terribile cerchia dei possidenti avrà sempre il coltello dalla parte del manico nei confronti dei *minus habentes*.

§ 4.4 - Giambattista VICO (1668 -1744) OVVERO LA NOSTRA MEDITERRANEA AUFHEBUNG – Giambattista Vico è stato un pensatore per troppo tempo dimenticato, una volta affermata la sua fama (almeno in Italia e grazie a Benedetto CROCE 1866 - 1952) fu conteso dai più vari indirizzi filosofici: rivendicato dai cattolici come pensatore autenticamente cristiano, fu proclamato per contro dagli idealisti precursore dell'immanentismo hegeliano, mentre già se l'erano accaparrato i positivisti e si apprestavano ad contenderselo marxisti ed esistenzialisti. A questa sequela si sarebbero potuti aggiungere anche i neokantiani, sol che si pensi che Vico, con esiti del tutto diversi, compie anch'egli una sorta di rivoluzione del moto della conoscenza.

Anche la metafisica del "primo vero", di quel vero cartesiano "esente da dubbio" dal quale deriverebbero i "secondi veri" di tutte le altre scienze, non riesce alla fine, secondo Vico, a districarsi dalle contraddizioni cui conducono sia il dogmatismo sia lo scetticismo.

Posto che la conoscenza del mondo sia appannaggio del suo divino Creatore e che in esso sono contenute tutte le cause, si tratta solo di riconoscere che l'uomo ha una sola via per individuare il criterio del vero, cioè identificarlo con la sua realizzazione (*verum ipsum factum, verum et factum convertuntur*).

Vico parla esplicitamente di una "metafisica commisurata alla debolezza del pensiero umano". Si tratta di una metafisica che non pretende di fornire all'uomo la gamma di tutte le possibili conoscenze, ma soltanto quelle che si producono nel fare e quindi la storia ed il diritto quali produzioni autenticamente umane, ed è proprio il nucleo del suo pensiero che ci può giungere utile al fine di questo lavoro.

Il nichilismo giuridico è senz'altro sintomo di una crisi di valori e certezze a lungo tempo coltivati e che il giurista moderno non riscontra più né nel meccanismo di produzione né

¹⁴ D.L. 31. agosto. 2016, n. 168, convertito con modifiche nella legge 25 ottobre 2016, n. 197.

nei fini dell'attuale legislazione.

Seppur con riferimento non direttamente al diritto ma alla storia umana, Vico è quel filosofo che con la **teoria dei corsi e ricorsi storici** introduce il concetto di crisi non come necessario esito della storia ma come possibilità oggettiva, nel senso che, date certe condizioni, si ricade nella barbarie ed incombe il dovere di riprendere il cammino.

Il ricorso, la crisi, ha luogo quando il dominio della ragione è tale da cadere nell'astrattezza, nella sofisticazione e quindi nel progressivo inaridimento del sapere, ed essa non è più in grado di alimentarsi alle sorgenti profonde e remote della sua storia, lo sradicamento interrompe la linfa vitale della crescita umana.

Credendosi artefice arbitrario della sua storia, l'uomo, privo della bussola costituita dalla luce delle esperienze del passato, si ritrova in rotta con gli ideali della verità, della giustizia e della sacralità della vita, di cui misconosce la trascendenza e che riduce a puri e semplici pretesti.

Cosa controbattere allora al nichilismo giuridico?

Innanzitutto che prova troppo, dire che la produzione giuridica nasce dal nulla e nel nulla venga ricacciata ha lo stesso valore dell'affermazione che nasca da Dio e ha come fine Dio, in altre parole concetti assoluti come il nulla o Dio sono idonei a sostenere ed argomentare tutto ed il contrario di tutto mentre il *verum factum* ci dice che il diritto nasce da certe e ben determinate premesse storiche e che opera nella storia umana contribuendo concretamente al suo corso.

Pertanto la moda, tutta postmoderna, per una smania riformatrice senza alcun riguardo alle tradizioni giuridiche sedimentatesi nei decenni se non secoli, anzi in diretto spregio ad esse, a parer dello scrivente, non può che associarsi ai nuovi barbari di vichiana memoria. Infine pur dando come certo questo "spirito dei tempi" la cui forza delle cose "*volentem ducunt, nolentem trahunt*", il nostro Vico ci insegna che questa fase è solo un momento del lento evolversi dei tempi, e tale pensiero non è di poco conforto.

§ 5.1. – IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO – Dopo aver passato in rassegna così diversi autori del pensiero moderno e contemporaneo, al momento di dover affrontare l'obiettivo di questo lavoro ovvero confrontarci con l'applicazione viva del diritto, si rende necessario fare un grande balzo indietro in quanto vi è una visione archetipica della giustizia senza affrontare la quale, tutto potrebbe risultar vano.

Nel frammento n. 80 [Diels – Kanz] di ERACLITO DI EFESO (535 a.C. – 475 a.C.) si legge: "*Occorre sapere che Πόλεμος (Guerra) è in tutto e la giustizia (δίκη) è scontro (ἔρις) e tutto accade secondo scontro e necessità (καὶ γινόμενα πάντα κατ'ἔριν τὰ χρεώμενα).*"¹⁵

Quindi la guerra è "comune" (χυνός) a tutti gli enti, è ciò senza di cui nessun ente potrebbe esser tale e di cui costituisce l'essenza. Se un ente non sta in opposizione ad altro da esso semplicemente non è; ciò detto non possiamo non vedere in Carl Schmitt un epigono di tale pensiero ma non possiamo al contempo non domandarci se veramente vi sia una necessità in tutto ciò.

Penso subito all'attività contrattuale e notarile in particolare, i due contraenti hanno interessi non necessariamente contrastanti, anzi il contratto cristallizza quelle convergenti e l'attività notarile certifica che questi stessi interessi non sono in contrasto con l'ordinamento ed i terzi.

¹⁵ Traduzione a cura di Raffaele Paolo Saccomanno.

Ed è qui che giungiamo alla procedura esecutiva, in cui tale contrasto si dovrebbe materializzare quanto mai, eppure se adottassimo un'impostazione meramente sostitutiva dell'azione esecutiva non faremo altro che un banale errore.

Sebbene lo stesso Kelsen abbia a più riprese fatto riferimento all'esecuzione civile come schematizzazione della sua teoria pura del diritto (se A allora B ove A = Tizio non paga il proprio debito e B = viene pignorato il patrimonio di Tizio) si dovrebbe più correttamente inferire una qualificazione giuridica non con un fatto (il dato concreto dell'aggressione del patrimonio del debitore Tizio) ma con una conseguenza giuridica (la sottoponibilità del patrimonio di Tizio alle azioni esecutive dei suoi creditori), in materia la norma primaria non è quindi l'art. 513 c.p.c. bensì l'art. 2740 c.c.

Posta quindi tale sottoponibilità, l'azione esecutiva non mira che a realizzare l'interesse (degnò di tutela) di parte istante comprimendo nel minor modo possibile la sfera giuridica dell'esecutato e soprattutto salvaguardando la sfera degli interessi pubblici e dei terzi.

Il momento esecutivo, ad onta del suo nome, **non è meno importante (mera esecuzione), dal punto di vista giurisdizionale e della realizzazione della giustizia, di quello della formazione del titolo esecutivo**; anzi, mentre in quella sede è garantita una dialettica fra le parti in antitesi, nella fase esecutiva, non solo si va ad operare sul "corpo vivo" di parte esecutata con la necessità di dover intervenire solo su un aspetto, per lo più patrimoniale, di un fascio di interessi e relazioni che collegano l'esecutato anche con il mondo esterno e quindi con terzi che non sono per niente intervenuti nella formazione del titolo.

Se per esempio Tizio e Caio sono in contesa su un muro da abbattere od un fosso da realizzare, il giudice, tratterà una linea di discriminazione fra i due interessi ma non può sostituirsi alla P.A. che dovrebbe dare le autorizzazioni del caso.

Se Tizio vuole pignorare i beni mobili di Caio l'ufficiale giudiziario ex art. 513 c.p.c. (presente o meno parte istante) avrà accesso presso la residenza o "*negli altri luoghi a lui appartenenti*", se interverrà Sempronio lamentando la proprietà od altro diritto sugli stessi, questi si dovrà rivolgere nei tempi e modi di legge all'A.G. per far valere il suo diritto e l'ufficiale giudiziario non potrà per ciò stesso sospendere l'azione esecutiva in quanto altrimenti egli si sostituirebbe al giudice in questo giudizio di valutazione. Ma se da una più attenta analisi in loco emerge che manchi questo criterio di collegamento tra l'esecutato ed il luogo ove è richiesta l'esecuzione, l'ufficiale giudiziario ha il dovere di sospendere le operazioni di pignoramento.

Rileggendo l'ordinamento quindi con la lente dei principi di giustizia e di diritto che abbiamo finora trattato, dobbiamo far discendere che tutte le volte in cui da un'attività fra privati possa scaturire un *vulnus* per l'ordinamento o per i privati stessi, siano essi stessi consenzienti, viene posto un filtro: il notaio (per i negozi giuridici) e l'ufficiale giudiziario (per gli atti esecutivi, *rectius* ogni qual volta vi sia la necessità di invadere la sfera giuridica altrui¹⁶).

Come detto al § 1.5. una delle frasi che meglio riassumono il pensiero di Rawls è "*ogni persona possiede un'inviolabilità fondata sulla giustizia, su cui neppure il benessere della società nel suo complesso può prevalere*" quindi, con riferimento alla funzione dell'ufficiale giudiziario¹⁷ occorre che gli elementi che la debbano caratterizzare siano:

¹⁶ Si pensi alla vendita coattiva in danno del compratore (art. 1515 c.c.), in danno del venditore (art. 1516 c.c.), alla procedura di offerta reale (art. 1206 c.c. – eseguibile anche dal notaio), di offerta per intimazione (art. 1209 c.c.); per gli atti di interpello, di interpellanza e di constatazione oggettiva rimando al mio scritto pubblicato alla pagina: <http://www.auge.it/la-constatazione-profilo-civilistici-ordinamentali-e-fiscali/>

¹⁷ Ma, *mutatis mutandis*, possiamo applicare le stesse considerazioni anche alla funzione notarile.

- ! *LA TERZIETÀ* – questo è ovviamente un presupposto, anche la parte stessa potrebbe far di tutto nel migliore dei modi, non si tratta di una supposta incapacità di alcuno a favore di altri, ma di un presupposto indefettibile per garantire la serenità dell'esecuzione, l'adozione di ogni tutela a favore di parte esecutata e dei terzi e, non in ultimo, l'efficienza e l'efficacia dell'azione esecutiva in quanto la terzietà è con riguardo a tutti gli interessi potenzialmente in gioco, quand'anche fossero pubblici;
- ! *LA PROFESSIONALITÀ* – senza un adeguata preparazione di base ed una formazione continua verrebbe meno il decoro, se non altro, della stessa funzione, l'ufficiale giudiziario è obbligato a questo *studium* a prescindere dei mezzi ed occasione che fornisca il suo datore di lavoro;
- ! *L'AUTONOMIA* – questo requisito potrebbe, solo apparentemente, considerarsi relativo per noi in Italia, ma non perché l'ufficiale giudiziario è un dipendente pubblico e non perché il suo Capo dell'Ufficio è il Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello questo requisito perde d'importanza, come abbiamo visto con Kelsen se il giudice deve imputare una fattispecie concreta in una fattispecie astratta e farne discendere le conseguenze previste astrattamente e generalmente dal legislatore, l'ufficiale giudiziario deve essere l'interprete del *decisum* ed applicarlo nella situazione concreta con concreti soggetti, fatti, oggetti ed interessi magari non previsti astrattamente dall'Autorità giudiziaria (non contando che l'ufficiale giudiziario non esegue e svolge solo compiti in funzione di ausiliario dell'A.G.), per la giustizia nel caso singolo e con riguardo al singolo individuo (mutuando stavolta Rawls) questi due compiti devono esser ben distinti! Come già da me espresso altrove¹⁸, escludere la precipua funzione dell'ufficiale giudiziario “è come se qualcuno in una automobile abbia ritenuta inutile la frizione ed avesse collegato il motore direttamente con le ruote!”. L'esecuzione da parte di un soggetto autonomo risponde anche alla teoria di Rawls, la sua è una dottrina che guarda all'individuo ed alla sua specifica esigenza di giustizia, senza autonomia non vi è elasticità nelle scelte, efficacia ed efficienza nella singola esecuzione. Ma l'autonomia ha effetti positivi non solo sulla singola vicenda ma anche sulla struttura, perché, tornando al paragone della frizione, così come gli scossoni della strada non si devono ripercuotere sul motore, quelle lacune o spazi lasciati appositamente generali o indeterminati permettono che la catena del comando scenda la scala gerarchica della costruzione a gradini dell'ordinamento e gli inevitabili errori, imperfezioni, difficoltà del mondo reale non si ripercuotano per la via ascendente! Nei lavori parlamentari del Senato per la conversione in legge del D.L. che varava, fra l'altro, la novella dell'art. 560 c.p.c. l'autorevole associazione di studiosi in materia, Ce.S.P.E.C., assicurava che il G.E. avrebbe garantito l'imparzialità dell'operato dei custodi giudiziari (meri *missus iudicis*), si tratta di argomentazioni alquanto impegnative per i vari G.E. e per le motivazioni di cui sopra del tutto inutili, controproducenti e non funzionali al sistema;
- ! *LA NECESSARIETÀ DELLA FUNZIONE* – il legislatore può e deve regolare casi diversi in modo diverso, tuttavia un sistema coerente ha sempre preteso che vi siano delle regole di *default* e che le eccezioni siano dovuti a casi eccezionali che per definizione, non sono la regola. Non posso non rimettermi a quanto già espresso in tema di nichilismo giuridico aggiungendo che la coerenza di sistema insieme alla prevedibilità della regola giuridica (e dei suoi effetti) non solo è bene per il sistema in sé, ma lo è per i soggetti più deboli, chi è più forte in ogni epoca della storia umana ha trovato intralcio in un chiaro sistema di regole generali. Pertanto, ed anche qui la dottri-

¹⁸ Mi riporto al mio articolo pubblicato al seguente indirizzo: <http://www.auge.it/ufficiale-giudiziario-le-possibilita-di-ausilio-nelle-procedure-regolate-art-560-cpc/>

na sulla giustizia di Rawls e quella sul diritto di Kelsen vanno meravigliosamente bene in parallelo, vi debba essere un agente di esecuzione (così chiamato nel codice mondiale dell'esecuzione¹⁹) per *default*.

§ 5.2.1. – I SOGGETTI DEL PROCEDIMENTO ESECUTIVO ED IL LORO RUOLO – L'ufficiale giudiziario italiano, nonostante che l'art. 2 del D.P.R. 15 dicembre 1959, n. 1229 (Ordinamento degli ufficiali giudiziari) dica diversamente, è per giurisprudenza costante considerato a pieno titolo un impiegato civile dello Stato, inoltre, sempre ai sensi di detto Ordinamento, il Capo del suo Ufficio è il Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello a seconda dell'Ufficio a cui è addetto.

Ai sensi dell'art. 59 c.p.c. *“L'ufficiale giudiziario assiste il giudice in udienza, provvede all'esecuzione dei suoi ordini, esegue la notificazione degli atti e attende alle altre incombenze che la legge gli attribuisce”*.

Alla luce di quanto detto nel paragrafo che precede, l'ufficiale giudiziario ha una competenza generale per l'esecuzione degli ordini giudiziari ed ogni attività è svolta in autonomia (e relativa responsabilità diretta) dall'ufficiale giudiziario a cui l'atto è demandato.

Di tale autonomia ne è traccia all'art. 108 dell'Ordinamento secondo il quale: *“- L'ufficiale giudiziario non può recusare il suo ministero; in caso di rifiuto, deve indicarne per iscritto i motivi. - Egli deve eseguire gli atti a lui commessi senza indugio e, comunque, non oltre il termine che eventualmente sia stato prefisso dall'autorità per gli atti da essa richiesti. In caso d'impedimento, deve immediatamente riferirne e giustificare i motivi al capo dell'ufficio cui è addetto o, dove esiste, all'ufficiale giudiziario dirigente.”* infatti ogni genere di atto, come il suo rifiuto, non è un atto dell'Ufficio, ma suo personale, la comunicazione degli impedimenti (e del rifiuto) al dirigente o al Capo dell'Ufficio è da una parte una congrua misura per poter organizzare l'Ufficio, dall'altra una misura per poter eventualmente interloquire all'interno dell'Ufficio sull'opportunità o meno del rifiuto, ma sempre rimane la responsabilità legata al singolo ufficiale giudiziario anche per le disposizioni disciplinari di cui al terzo comma qui non riportato.

Come in ogni altra amministrazione statale non mancano circolari o risposte a singoli quesiti, ritengo, a tal proposito, che si debbano suddividere questi provvedimenti ministeriali, od anche altri analoghi, emanati dai vari Presidenti, specialmente quelli di grande dimensione, in due tipologie:

- A. inerenti ad attività di tipo prettamente amministrativo (ripartizione del lavoro o degli emolumenti all'interno dell'Ufficio, ferie, gestione dei registri, dei locali, del contatto con il pubblico, ecc.) o fiscale (si pensi alla tassazione degli atti);
- B. inerenti ad attività processuale/procedimentale di nostra competenza o che comunque abbia attinenza con i terzi.

Nessuno nega che il Ministero possa informare gli ufficiali giudiziari su novità legislative, giurisprudenziali perché, come prima detto, questo va a favorire uno di quei quattro pilastri che devono caratterizzare questa professione ovvero la professionalità, ma mentre nel primo caso la gestione amministrativa dell'Ufficio N.E.P. è di diretta competenza ministeriale ed è quindi un preciso obbligo di ciascun dipendente uniformarsi alle direttive, nel secondo caso proprio la professionalità che deve caratterizzare questa figura e la sua funzione *lato sensu* giurisdizionale comporta che il principale riferimento che deve avere l'uffi-

¹⁹ Documento formato a cura dell'Unione internazionale degli Ufficiali giudiziari, si veda la relativa pagina: http://www.uhj.com/fr/code-mondial-de-l-execution_2165010.html

ziale giudiziario è quello espresso dalla funzione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione.

In questo lavoro è emerso che, in quanto a funzione, vi sono notevoli somiglianze con quella notarile, e nonostante che vi siano dei Centri Studi che emanano regolarmente delle massime al fine di uniformare la prassi, dal punto di vista civile e penale la responsabilità notarile (e quella dell'ufficiale giudiziario) si determina per contravvenzione di norma, non di massima o circolare.

Certamente un ufficiale giudiziario che si voglia regolare diversamente da una circolare (sempre e solo del tipo sub B) deve farlo con estrema accortezza, ma certo non è un bel vedere quando si legge il Ministero dover dare delle risposte che con solo una preparazione più attenta ed con uno spirito più fermo si sarebbe potuto evitare di andare a cercare.

Mai, neanche la più puntuale risposta farebbero cadere sul Ministero responsabilità che sono dell'ufficiale giudiziario, il collega che per ignavia spera in questo superiore scarico di responsabilità, si illude solamente del risultato raggiunto, e magari, nel frattempo, rischia di ritardare colposamente l'adozione di un atto.

La prassi uniforme non è essa stessa garanzia di buon espletamento della nostra funzione, né di esenzione di responsabilità, perché la nostra funzione, come detto in queste pagine, è quella di far calare la forza dell'intero ordinamento giuridico in ogni singolo nostro atto concreto e quindi per principio di giustizia si deve tener conto di ogni sua particolarità.

§ 5.2.2. – DIRITTI SOGGETTIVI ED “INTERESSI LEGITTIMI” IN GIOCO NEL PROCEDIMENTO ESECUTIVO – Come si è già visto, Kelsen mette sottopone a severa critica il concetto giuridico di diritto soggettivo e quindi, del pari, si deve ritenere per quello di interesse legittimo, tuttavia qui non mi riferirò a questi due concetti quale dotati di una quasi autonoma sostanza che non sia quella delle norme che vi si riferiscono, i concetti giuridici possono, ed anzi devono, esser considerati non come fini a se stessi ma come sorta di pacchetto normativo a cui per comodità ed amor di sintesi ci si riferisce.

Giuseppe CHIOVENDA (1872 – 1937) il cui pensiero processualcivilistico fu il riferimento portante per la stesura del vigente codice di rito vedeva l'ufficiale giudiziario, il cancelliere ed il giudice come facenti parte di una macchina giudiziaria complessa ove ognuno vi concorrevva secondo il proprio ruolo in una specie di organizzazione tayloristica del lavoro. Il soggetto quindi richiedente giustizia con la sua richiesta metteva in moto tale meccanismo e come prodotto finito si otteneva il soddisfacimento o il rigetto di quella tal richiesta. In questa visione l'ufficiale giudiziario è principalmente un ausiliario del giudice e questa infatti ne è la collocazione che ne dà l'attuale codice di procedura civile ed il relativo Ordinamento.

Tuttavia tale ricostruzione pecca per due ordini di ragioni:

- ! da una parte esistono varie e disparate attività del tutto autonome da quella di esecutore di ordini giudiziari, attività che pongono l'ufficiale giudiziario come fornitore di certezza giuridica addirittura in posizione di superiorità rispetto ad altri pubblici ufficiali (ad esempio il verbale di rifiuto o di ritardo nella trascrizione di un atto di cui all'art. 2674, II c., cod. civ.) e che quindi sono certamente poco compatibili con la definizione del codice di rito;
- ! dall'altra lo stesso ordinamento dota l'ufficiale giudiziario di una chiara autonomia che anche in questo caso mal si adatta alla figura dell'operatore della catena di montaggio tayloristica di cui sopra.

In fatto è che, a quanto sembra allo scrivente, nonostante le ricostruzioni dottrinarie quando il sistema stesso richiede per il suo buon funzionamento una tal determinata figura, nonostante il *nomen iuris* e la collocazione stessa, il vero ruolo e la vera funzione prevalgono.

D'altronde ha davvero poco senso immaginare un soggetto giuridico che ottenuta una sentenza che cristallizza la sua pretesa debba concettualmente ritornare a rivolgersi all'autorità giudiziaria per vedere soddisfatta concretamente la sua pretesa, è come se riconosciuto un diritto soggettivo questo si degradi nuovamente ad una sorta di interesse legittimo con la nuova richiesta all'A.G.

Molto più coerente è la ricostruzione per la quale formato il titolo esecutivo (per via giudiziale o meno) il titolare dello stesso sia il motore della pretesa esecutiva, ma questa dovrà esser attuata con il filtro di legalità dell'ufficiale giudiziario la cui attività potrà essere sottoposta al vaglio del Giudice dell'Esecuzione in caso di irregolarità o vizi negli atti commessi.

Potenzialmente quindi il ruolo dell'ufficiale giudiziario potrebbe essere, sempre sotto il controllo giudiziario, molto più ampio di quello attuale sol che si voglia intraprendere la strada della degiurisdizionalizzazione di tante attività del Giudice dell'Esecuzione che hanno poco del giurisdizionale e molto dell'amministrativo, ma tant'è, nonostante che da più parti si fosse invocata la strada dello sgravamento della magistratura per favorire la concentrazione delle energie nel processo vero e proprio, la strada recentemente intrapresa sembra di tutt'altra specie.

Sempre usando la categoria dell'interesse legittimo in senso lato, i terzi e lo stesso esecutato sono posti nella posizione di aver interesse che la pretesa esecutiva del legittimo titolare del diritto soggettivo cristallizzato nel titolo sia eseguita nel pieno rispetto delle regole processuali e dei diritti non coinvolti nell'esecuzione.

Questa ricostruzione è senz'altro più conforme ai quei principi di giustizia di cui si è trattato, infatti anche questa volta si deve ribadire che l'esercizio del potere esecutivo riservato all'ultimo gradino della costruzione a gradini dell'ordinamento, la maggior vicinanza del soggetto agente all'oggetto della sua azione, la posizione di preminenza del gradino superiore che viene azionato in caso di contestazione dell'operato di quella inferiore sono tutti elementi che concorrono o potrebbero concorrere ad un esercizio del procedimento esecutivo più giusto e più efficiente.

§ 5.2.3. – FAVOR CREDITORIS OPPURE FAVOR DEBITORIS? – In Italia per troppi anni è stato trascurato il notevole stato di inefficacia ed inefficienza del procedimento esecutivo, quando ci si è finalmente accorti che una tal situazione era di notevole danno all'attrattiva di capitali stranieri ed alla circolazione di traffici e ricchezza al nostro stesso interno, a far data dal 2005 si è incominciato, anche se sotto certi profili scompostamente ed innestando malamente istituti di altri ordinamenti giuridici nel nostro, a por mano a riforme nel settore di cui ci stiamo occupando e la stessa giurisprudenza e dottrina si è orientata ad applicare nei punti più problematici un'interpretazione improntata al *favor creditoris*. Quest'orientamento è stato ritenuto non solo opportuno ma conforme ai valori costituzionali per la pregnante ragione che, vedendo frustrato il credito vantato, l'intero sistema giuridico ne risulterebbe frustrato.

Come ben sappiamo, il giurista deve fare un bilanciamento di valori, e potrebbe, dall'altro lato della bilancia porsi questa semplice considerazione: se le norme eccezionali devono esser interpretate restrittivamente, come non potrebbero esser considerate eccezionali le norme esecutive che prevedono modalità di aggressione nella sfera giuridica di un altro

privato cittadino? Per questa considerazione verrebbe da dire invece che l'interprete deve adottare l'opposto principio del *favor debitoris*.

Per uscire da una tale *impasse*, lo scrivente ritiene che, in tema di procedimento esecutivo, non si possa parlare correttamente né di un generalizzato *favor creditoris*, né di un altrettanto generalizzato *favor debitoris* ma l'interpretazione deve in primo luogo discernere caso per caso.

Come abbozzato nel §§ 2.2 3. e 3., il giurista nell'interpretare ricrea, plasma la norma di diritto pertanto nulla ci vieta di prendere a riferimento i principi di giustizia di Rawls, che devono essere letti a loro volta gerarchicamente disposti al loro interno:

- I. il principio preminente è quello classico della libertà e pertanto credo che allorquando una norma possa comportare responsabilità penali come quelle sancite dal combinato disposto ex art. 492 c.p.c. e 388 c.p. debba preferirsi un'interpretazione restrittiva;
- II. il secondo principio è poi diviso in due parti delle cui la prima viene denominato principio di uguaglianza, da ciò faccio discendere che deve essere attribuito a ciascuno il suo e pertanto occorre dare alla pretesa esecutiva (che è la rivendicazione di un proprio diritto sancito in un titolo esecutivo) la maggior forza possibile al fine della sua realizzazione;
- III. l'ultimo principio è quello della differenza ovverosia che il giusto compenso alle capacità e possibilità deve esser giustificato in un ottica di vantaggio nei confronti di quelli meno favoriti, e penso pertanto che in un processo esecutivo bisogna tutelare le posizioni dei terzi che, partendo da una posizione svantaggiata, in quanto non sono stati parte del procedimento che ha dato luogo al titolo e che non sono stati neanche destinatari dell'atto di precetto, possono veder intaccata la sfera dei loro diritti.

Qualcuno potrebbe obiettare che, preso in prestito Rawls, sia stato notevolmente riadattato, ma spero che il grande filosofo mi perdonerà, a finire nelle mani di un giurista ci si deve aspettare di venir fagocitati dal procedimento di interpretazione!

CONCLUSIONI – Nell'ultima lezione tenuta il 17 maggio 1952 a Berkeley, Kelsen confessò apertamente di non aver risposto alla cruciale domanda su che cos'è la giustizia: *“La mia unica scusa è che, a questo riguardo, sono in ottima compagnia: sarebbe stato più che presuntuoso credere che io sarei potuto riuscire là dove erano falliti i pensatori più illustri. Di conseguenza, non so, né posso dire, che cos'è la giustizia, quella giustizia assoluta di cui l'umanità va in cerca. Devo accontentarmi di una giustizia relativa e posso soltanto dire che cosa è per me la giustizia. Poiché la scienza è la mia professione, e quindi la cosa più importante della mia vita, la giustizia è per me quell'ordinamento sociale sotto la cui protezione può prosperare la ricerca della verità. La “mia” giustizia, dunque, è la giustizia della libertà, la giustizia della democrazia, in breve la giustizia della tolleranza.”*

Il cruccio del grande pensatore su “che cos'è la giustizia?” ricorda troppo da vicino la domanda che si pose Ponzio Pilato²⁰ *“Quid est veritas?”* per non ricevere anch'essa una muta, terrena, risposta; ma forse, se ci spostiamo dall'ontologico *“Quid?”* alla più kantiana domanda su quali siano i presupposti per riconoscere delle istituzioni giuste allora troveremo risposta in Rawls.

Similmente, se compiamo una simile “rivoluzione” kantiana anche a riguardo al diritto e

²⁰ Giovanni 18,38

quindi, piuttosto che ossessionarci su come sostanziare la *Grundnorm*, andiamo cercando quali sono le condizioni per qualificare un comando come “giuridico”, troveremo la risposta in Kelsen.

Detto ciò dobbiamo ancora rispondere ad una che, più che domanda, pare essere una sorta di “peccato originale”, una sorta di inevitabile umana fallacia: possiamo innestare la teoria della giustizia di Rawls, *tout court*, nella teoria del diritto di Kelsen ed in particolare considerare i due principi di giustizia come la *Grundnorm* della *Stufenbautheorie* kelseniana?

Credo proprio di no, verrebbero compromessi entrambi i due sistemi di pensiero. Quello kelseniano pone la *Grundnorm* al vertice di un sistema di validità formale e non sostanziale. Quello rawlsiano verrebbe meno ai suoi presupposti ovverosia, ipotizzando una sorta di *Grundnorm* rawlsiana, la catena di comando si farebbe lei stessa interprete autentica dell’ideale di giustizia e mancherebbe la legittimazione dal basso, da parte della società civile, di contestare poi le conseguenze applicative e si è ben visto nella storia di cosa siano stati capaci tutti gli esperimenti di teocrazie e stati etici di diritto.

Ciò non toglie che in quel guazzabuglio di norme positive, istituzioni statali e centri di interessi privati e corporativi che compongono le nostre *poleis* non bisogna, anzi si debba applicare queste due grandi teorie ed additare tutti quei casi in cui rinveniamo norme contemporaneamente non giuste e non valide.

I due sistemi si fanno luce l’uno l’altro perché entrambi tendono alla stabilità delle istituzioni.

Da una parte il sistema di pensiero kelseniano non esclude affatto che le norme siano sottoposte ad un giudizio di valore (infatti lo stesso Kelsen contemplava l’esistenza di norme valide ma non giuste come ad esempio la schiavitù), dall’altra il sistema rawlsiano mira a dare non minore ma maggior stabilità alle istituzioni (democratiche) e quindi non può certo disprezzare la stabilità che conferisce la certezza del diritto.

Infine un concreto operatore del diritto non può domandarsi, a parte interpretazioni “costituzionalmente orientate” o “evolutive”, di come possa avvalersi dell’opera di questi due pensatori.

Verrebbe da prendere in considerazione, almeno per quanti vogliono rendersi consapevoli dei passaggi logici che quotidianamente usano, certamente il Kelsen, ma Rawls?

Come detto i due pensatori si fanno luce l’un l’altro e, come questo lavoro vorrebbe tentare di spiegare, persi nelle mille interconnessioni tra norma e norma credo che solo con questo potente fascio di luce si può dare senso a questo reticolo non smarrendosi in esso e forse applicare nel concreto un po’ più di vera giustizia.

Se questo lavoro è stato utile apparirà quindi, come nella commedia antica, che, dopo lunghe vicissitudini e colpi di scena, queste due teorie si scopriranno l’una sorella dell’altra.

BIBLIOGRAFIA –

Noberto BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, (a cura di Paolo DI LUCIA), Milano, Giuffrè, 2006;

Roberta DE MONTICELLI, *Il dono dei vincoli – Introduzione alla lettura delle Ricerche logiche di Edmund Husserl*, Bollettino dell’Unione dei Matematici Italiani, 2013;

Guido FASSÒ (agg. da Carla FARALLI), *Storia della filosofia del diritto*, I, II e III vol., Roma – Bari, Laterza, 2003 - 2004;

Natalino IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005;

Hans Kelsen (trad. Renato Treves), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000;

Andrea Panzarola, Jeremy Bentham e la "proportionate justice", *Riv. Dir. Proc.* VI/2016 pagg. 1458 – 1487;

Ángel Puyol González (trad. Alberto Airolodi), *Rawls il filosofo della giustizia*, Milano, Hachette, 2015;

Amedeo Sperti, I poteri officiosi dell'ufficiale giudiziario nell'esecuzione forzata ordinaria, *Riv. Es. Forz.* I/2017 pagg. 136 – 187;

John Rawls (trad. Ugo Santini, rev. Sebastiano Maffettone), *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2017;

Giovanni Reale e Dario Antiseri, *Storia della filosofia dalle origini ad oggi*, Milano, Bompiani, 2008;

Giovanni Rota, *Filosofia della politica*, in *Storia della filosofia* a cura di Umberto Eco e Riccardo Fedriga, Roma, L'Espresso, 2015

Emanuele Severino, *Dike*, Milano, Adelphi, 2015.

IMMAGINE IN APERTURA:

La condanna di Pinocchio, Alessandro Licciardello, olio su tela, 80 x 100