



## 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; - § 2.2.2.1- NOTE A MARGINE; - § 2.2.3. - IL PROBLEMA DELL'INTERPRETAZIONE; - § 3. CONVERGENZE E DIVERGENZE; - § 4.1. Carl Schmitt; - § 4.2. IL NICHILISMO GIURIDICO; - § 4.2.1. LA MODERNITÀ LIQUIDA; - § 4.3. IL LASCITO DEL PENSIERO UTILITARISTA;- § 4.4. Giambattista Vico ovvero la nostra mediterranea *AUFHEBUNG*; - § 4.4.1 NOTE A MARGINE DI VICO, IL DIRITTO È STRUTTURA O SOVRASTRUTTURA?; - § 4.4.2 NOTE A MARGINE DI VICO, LA GIUSTIZIA E L'ENTROPIA; - § 5.1. IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO; - § 5.1.1 LA TENTAZIONE DEL SOLIPSISMO;- § 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** – In questo lavoro parlerò di filosofia, di quella della giustizia e di quella del diritto. Di tutti i giuristi, noi ufficiali giudiziari siamo, per forza di cose, i più pratici fra i pratici, questo vuol dire che la filosofia non ci debba interessare?

Tutt'altro! Proprio perché noi agiamo in quell'area ove il diritto cessa di operare con le sue categorie ed impatta con la complessità del reale, proprio perché dobbiamo rendere giustizia su due piedi non poterci rifare ad un repertorio giurisprudenziale e normativo se non quello che ci portiamo nella nostra testa, abbiamo bisogno più di altri della filosofia, solo questa ci dà gli strumenti per affrontare la complessità del reale e dell'animo umano!

Forse una scena della commedia di Shakespeare "Il mercante di Venezia" può spiegare molto di più di tante parole: l'ebreo Shylock aveva convenuto con Antonio, ricco mercante di Venezia, che a tutela del suo credito si sarebbe potuto prendere una libbra della sua carne, il giureconsulto padovano (in realtà un travestimento dell'eroina Porzia) che assistette il povero Antonio che non poteva più onorare il debito, riconobbe la validità del patto, ma solo una libbra di carne e non una goccia di sangue avrebbe potuto prelevare Shylock!

Mutuando dal grande elisabettiano, la professione di noi ufficiali giudiziari è quella di saper prelevare la libbra di carne (il recupero del credito) senza spargere una goccia di sangue (la tutela dei diritti incompressibili del debitore, del terzo privato e gli interessi pubblici prevalenti) ed il quadro che apre questo lavoro, "La condanna di Pinocchio", sta lì a ricordarci che lo studio e la pratica giuridica tutto basato sull'*esprit de geometrie* senza la sua parte di *esprit de finesse* è solo *summum ius* che non provoca altro che *summa iniuria*, sta a noi impedire che i nostri paesi si trasformino nel paese di Acchiappacitrulli dove capitò lo sfortunato Pinocchio!

Aristotele diceva che la filosofia nasce dallo stupore (θαῦμα) ed effettivamente le teorie dei due filosofi più rilevanti del '900 rispettivamente in tema di politica, John Rawls, ed in tema di diritto, Hans Kelsen, ognuna affascinante di per se stessa, presentano un dato molto strano; da una parte una teoria della giustizia che non parla del diritto, dall'altra una del diritto muta in materia di giustizia; anzi si potrebbe dire che l'importanza di queste due teorie stia proprio nel fatto che entrambe sono teorie "pure" giacché la teoria politica della giustizia non dà indicazioni su una particolare struttura giuridico - istituzionale e quella del diritto si concentra sulla validità della norma ma non sul contenuto di essa.

Tuttavia l'adozione di queste due teorie in modo parallelo, come tenterò di fare, non confina il loro pensiero nella vetrinetta delle belle speculazioni teoriche ma le rafforza entrambe con dirette conseguenze sul mondo reale e, per confermare ciò, tale approccio è stato messo alla prova nel terreno pratico più ostico, ovvero quello del procedimento esecutivo.

Forse il modo più semplice di introdurci nella teoria della giustizia di Rawls sta nel leggere quanto egli scrisse nel primo capitolo della sua opera più famosa "A theory of justice" del 1971 ove affermò: "la giustizia è la prima virtù delle istituzioni sociali, così come la verità lo è dei sistemi di pensiero. Una teoria, per quanto semplice ed elegante, deve essere abbandonata o modificata se non è vera. Allo stesso modo, leggi e istituzioni, non importa quanto efficienti e ben congegnate, devono essere riformate o abolite se sono ingiuste. Ogni persona possiede un'inviolabilità

*fondata sulla giustizia, su cui neppure il benessere della società nel suo complesso può prevalere. Per questa ragione la giustizia nega che la perdita della libertà per qualcuno possa essere giustificata da maggiori benefici goduti da altri.*

*Non permette che i sacrifici imposti a pochi vengano controbilanciati da una maggior quantità di vantaggi goduti da molti. Di conseguenza, in una società giusta sono date per scontate eguali libertà di cittadinanza; i diritti garantiti dalla giustizia non possono essere oggetto né della contrattazione politica, né del calcolo degli interessi sociali. L'unico modo che ci permette di conservare una teoria erronea è la mancanza di una teoria migliore: analogamente, un'ingiustizia è tollerabile solo quando è necessaria per evitarne una ancora maggiore. Poiché la verità e la giustizia sono le virtù principali delle attività umane, esse non possono essere soggette a compromessi."*

Passiamo ora ad analizzare i punti più significativi di questo pensiero:

1) in primo luogo **Rawls colloca la giustizia al centro della sua riflessione politica.**

La sua riflessione parte dal registrare il fallimento delle utopie politiche del '900 (marxismo, fascismo), tuttavia la democrazia non poteva ritenersi sufficientemente fondata sulla dottrina allora dominante ovvero quella dell'utilitarismo, ciò perché questa filosofia, presa a bandiera dal pensiero politico ed economico liberale, metteva ai margini la definizione della giustizia a tutto vantaggio di una visione dello Stato finalizzato e focalizzato alla creazione di benessere per la maggior parte della popolazione.

Questo compito principale dello stato liberale (secondo ovviamente la tesi utilitarista) doveva essere perseguito senza soffermarsi sulle differenze e diseguaglianze tra individuo ed individuo esistenti, e che a loro volta con tale politica si sarebbero create.

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 ci dà Rawls è quella che la giustizia di una società si misura con il destino che questa riserva ai più svantaggiati;

2) in secondo luogo, Rawls non appartiene alla schiera dei c.d. filosofi del sospetto (Marx, Nietzsche, Freud) ma è **un filosofo della speranza** in quanto, una volta posta come pietra d'angolo la definizione positiva della giustizia (concetto di per sé quanto mai sfuggente) vi costruisce tutta la sua dottrina politica, in altri termini, Rawls non si limita a porre in dubbio convinzioni consolidate ma ci offre una ricostruzione su un'altra base di quanto sottoposto a revisione critica;

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", in altre parole questa teoria si pone al servizio della democrazia rendendola stabile e sostenibile, ha quindi una finalità pratica**

Qualcuno ha criticato Rawls per il fatto che le sue teorie sono solo apparentemente figlie del motto della rivoluzione francese, in altri termini alla base della dottrina dello stato liberale vi è un filone di massimalismo ineliminabile e ciò è provato dal fatto che il motto originariamente recitava: *"Unité, indivisibilité de la République, liberté, égalité, fraternité ou la mort"*.

Il finale “*ou la mort*” venne successivamente eliminato per via dei fantasmi del regime del Terrore ma senza quel riferimento estremo, senza radicalismo, qualunque ideale, compresi quelli di Rawls, verrebbe di fatto abbandonato e confinato al mondo delle anime belle.

Ma proprio questo fa grande Rawls, la sua visione di giustizia non è un ideale utopico, giacobino o marxista che sia, ma un realistico temperamento delle posizioni dei contraenti sociali, posizioni anche molto diverse fra loro.

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*”.

Giova a questo punto aprire una piccola parentesi. Nella storia del pensiero giuridico le varie correnti hanno sempre oscillato nei secoli come un pendolo: una volta il pensiero predominante è stato di tipo giusnaturalista (ovvero il sistema giuridico trova la fonte della sua giuridicità in una fonte esterna ad esso che lo àncora ad un’idea superiore di giustizia), un’altra volta a predominare è la corrente giuspositivista (ovvero il diritto è solo lo *ius positum*, il diritto codificato, ed è solo in queste fonti codificate e non fuori di queste che dobbiamo trovare tutte le risposte).

Certo, le teorie giuspositiviste o giusnaturaliste che si sono avvicinate nei secoli sono state anche molto diverse fra loro ma tutte sono state caratterizzate dai due canoni sopra indicati.

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 allo *ius positum* (Dio, natura, razionalità) idonea a regolare nel modo più cogente ed incontrovertibile possibile la vita pratica di una società complessa.

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 senz’altro effetto come le ombre delle nuvole che passano sui campi?

**§ 1. – John RAWLS (1921 - 2002)** – Si può forse schematizzare il percorso intrapreso da Rawls per giungere alla sua teoria della giustizia come due fiumi che discendono da due diverse vallate per confluire insieme: da una parte egli prese le mosse da un’altra grande teoria (l’utilitarismo) tentandola di superare nei suoi punti critici, dall’altra dando nuovo slancio alle teorie contrattualiste della società che partendo da Hobbes, passando da Locke e Rousseau, si erano fermate al gigante di Kant.



**§ 1.1. – L'UTILITARISMO** – Secondo Rawls 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 (1748 - 1832) (per chi fosse interessato, la sua mummia si conserva tutt'ora al University College of London) 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 stessi.

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, se-

condo Rawls, una teoria della giustizia dovrebbe possedere: l'individualità.

**SE NON SI RICONOSCE L'INDIVIDUALITÀ, NON POSSONO ESSERE 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.

Tale teoria, inoltre, non rispetta affatto l'individualità, 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.

Per fare un esempio possiamo pensare a studenti fisicamente o intellettualmente svantaggiati di una classe, è ovvio che se il maestro vuole portare tutta la classe ad un dato punto del programma questi pochi studenti faranno da freno per tutta la classe, per un utilitarista non vi sono dubbi, quel che conta è il maggior livello di preparazione complessivo e poco conta di quei pochi studenti che rimarranno indietro. Per un rawlsiano questo abbandono degli studenti "difficili" non si potrà tollerare, abbandonarli equivale ad annullare i diritti individuali all'istruzione di questi più deboli ma se si negano i diritti dei più deboli in realtà anche i diritti di quelli che attualmente sono gli studenti modello saranno compromessi in quanto resi relativi al contingente benessere collettivo.

Per poter trattare gli altri come uguali deve esistere a monte un meccanismo pubblico di prevenzione contro le distorsioni delle preferenze esterne (la preferenza per l'assegnazione di certi beni od opportunità ad altri) alla stessa stregua di alcuni diritti individuali che precedono qualsiasi calcolo di somma o massimizzazione delle preferenze.

**§ 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 ai modelli trascendentali di origine kantiana, a forme cioè che non derivano dall'esperienza ma strutturano e rendono intellegibile l'esperienza stessa.

Le caratteristiche del liberalismo politico di Rawls sono:

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

**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 condideranno 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?*

In altre parole: se mi viene attribuita la libertà di pormi a giudice di un mio sistema di valori, come la società potrà tollerare scelte morali e religiose eterodosse ed estreme?

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 na-

scondere 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”*. In altre parole Rousseau per arginare un Leviatano rischia di creare un mostro politico ancor maggiore.

**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.

Solo in tal modo ognuna delle parti contraenti si potrebbe porre 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 di 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 pri-**



mari per noi ma anche per gli altri (es.: 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:
  - 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;
  - nessuna società reale non può non 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:
  - l'utilizzo della *decision theory* all'interno del sistema creato da Rawls è scorretto;
  - (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 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 posses-*

so, 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 occorreva 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 Kelsen 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 ed è questo 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.

Può essere utile distinguere tra il rapporto di imputazione descritto da Kelsen ed il connettivo logico condizionale “ $S \rightarrow N$ ”, dove N è la condizione c.d. necessaria e S è la condizione sufficiente.

Mentre nel caso descritto della logica proposizionale “se nevicava allora fa freddo” non vi è niente da attuare, tutti i casi in cui nevicava possono essere iscritti in un insieme maggiore di tutti i casi in cui fa freddo (ed infatti possiamo ben descrivere con la teoria degli insiemi tutte le operazioni logiche), nella logica classica non c’è un *sollen* ma un *sein*, invece nel diritto è follia pensare che non si debba passare dalla fase dell’interpretazione e dell’esecuzione. In altre parole il brocardo *in claris non fit interpretatio* è più un punto di approdo che un punto di partenza per l’interprete allo stesso modo per cui le sentenze non si hanno per eseguite nello stesso momento della loro pubblicazione.

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 ulteriore 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”<sup>1</sup>.*

In un recente lavoro del collega Amedeo SPERTI<sup>2</sup>, 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 (*Grundnorm*) 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”.

In fatto che i padri costituenti siano considerati ente produttore di diritto è solo un puro fatto; il dare per “presupposto” dell'ordinamento giuridico un puro fatto appare 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*).

---

<sup>1</sup> si veda opera citata in bibliografia pag. 109.

<sup>2</sup> si veda bibliografia.

**§ 2.2.2.1- NOTE A MARGINE** – La costruzione a gradini dell'ordinamento ci spinge a vedere un'altro sviluppo, forse di non minor importanza, dell'ordinamento stesso; infatti se la nomostatica la possiamo considerare come dimensione orizzontale dell'ordinamento (una sorta di asse delle ascisse o delle x), la nomodinamica la possiamo considerare come uno sviluppo verticale dell'ordinamento (una sorta di asse delle ordinate o delle y). Tuttavia possiamo andare oltre ad una visione bidimensionale dell'ordinamento ed ipotizzare uno sviluppo in profondità, quindi tridimensionale dell'ordinamento stesso.

La dottrina italiana e segnatamente Massimo Severo GIANNINI (1915 – 2000) ci insegna che nel tessuto normativo convivono “*ordinamenti sezionali*” come quello del credito, ma non solo, si assiste cioè ad un abbandono della forma dell'organizzazione compatta dello Stato, per assumere quella dell'organizzazione disaggregata, dovuta alla penetrazione di nuovi interessi pubblici, ognuno affidato a una diversa autorità<sup>3</sup>. Pertanto vi sono interi settori del diritto che si sviluppano su piani paralleli ma che sono ovviamente collegati fra di loro. Dell'ordinamento si deve quindi avere una raffigurazione non bidimensionale ma perlomeno tridimensionale, dico perlomeno perché l'estensione del diritto è un *continuum* “spazio”-temporale per cui non è peregrino l'accostamento del diritto ad una costruzione quadridimensionale.

Kelsen ci insegna che se alla fattispecie A non viene fatta seguire la conseguenza B da chi di competenza, vi sarà un ulteriore soggetto per cui a sua volta il mancato adempimento di prima costituirà la fattispecie che provocherà la conseguenza C in capo al suo trasgressore. Tuttavia se vediamo l'ordinamento come quel reticolo di cui prima, ci accorgiamo che la trasgressione non provoca semplicemente quella concatenazione *Rechtsbedingung - Rechtsfolge* pensata da Kelsen, l'ordinamento è come una di quelle reti appostate dai cacciatori per l'uccellazione, più il malcapitato uccellino lotta per svincolarsi, più si avviluppa in essa, in altri termini tutto l'ordinamento accorre con il suo peso qualora vi sia un individuo che si rifiuti di pagare una sanzione amministrativa per divieto di sosta anche perché uno strappo nelle maglie di quella rete aprirebbe un varco deleterio per la tenuta di tutto il sistema.

Ma un caso è il sig. Tizio che non intenda pagare la sanzione per divieto di sosta altro, e qui torniamo a Rawls, il rifiuto di una donna di colore a non spostarsi nei sedili dell'autobus riservati ai *colored*.

Anche in quest'ultimo caso le norme di contorno a tutela delle leggi sulla discriminazione razziale si avvilupperanno intorno alla donna come al malcapitato uccellino nella rete del cacciatore, ma in questo caso l'atto di disubbidienza civile è teso a chiamare a proprio soccorso (quindi non ad avversare, in ultima analisi) la complessità dell'ordinamento confidando in un livello di giustificazione superiore.<sup>4</sup>

**§ 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,

---

<sup>3</sup> Non possono sfuggire le innumerevoli Autorità indipendenti garanti dei settori più innovativi, dalla riservatezza, alle telecomunicazioni, alla concorrenza.

<sup>4</sup> Purtroppo la realtà dei salvataggi in mare dei migranti ci ripropone, ed in modo ancor più crudo, tematiche che si sarebbero credute confinate ai giorni del reverendo Martin Luther King.

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.”<sup>5</sup>*

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”<sup>6</sup>*

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*, più il comando è diretto (si veda l'esempio del capocantiere 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 abroga-*

---

<sup>5</sup> si veda riferimento bibliografico pag. 117.

<sup>6</sup> si veda riferimento bibliografico pag. 118.



*zione 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"<sup>7</sup>.*

Par di comprendere che la relativa indeterminatezza del comando non sia eversiva del sistema giuridico ma anzi funzionale ad esso e 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"<sup>8</sup> 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 cosa<sup>9</sup>.*

**§ 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.

**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.

---

<sup>7</sup> si veda riferimento bibliografico pag. 116.

<sup>8</sup> si veda riferimento bibliografico pag. 120.

<sup>9</sup> si veda Roberta De Monticelli in bibliografia.

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 *Volkgeist* (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 esser 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 ordinamento<sup>10</sup> (come del resto quasi tutti) disciplini positivamente l'*analogia legis* (quello italiano 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 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 (sia pure di logica deontica e non classica) 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.

L'analogia sfugge alle regole della logica in quanto il ragionamento per cui alla fattispecie x risulti più simile la fattispecie y (con conseguente applicazione della norma  $y_1$ ) che la fattispecie z (con conseguente applicazione della norma  $z_1$ ) implica una discrezionale valuta-

---

<sup>10</sup> **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.



zione del grado di analogia e una valutazione in gradi esula senza alcun dubbio dalla logica c.d. classica, non solo, esula del tutto da una procedura logica il caso in cui alla fattispecie  $x$  si applichi per analogia la norma  $y_1$  (corrispondente alla fattispecie  $y$ ) e non la norma  $z_1$  (corrispondente alla fattispecie  $z$  quantunque più simile alla fattispecie  $x$ ) perché la norma  $z_1$  è norma “speciale” o “eccezionale”.

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 politica, 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 aspetto 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”<sup>11</sup>.

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. Dialogo sul potere); *Theorie des Partisanen* (1963, trad. it. La teoria del partigiano) e *Die Tyrannei der Werte* (trad. it. La tirannia dei valori).<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> 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 abiette 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!

<sup>12</sup> 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.

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”<sup>13</sup> 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 sa-

---

condo Schmitt 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.”

<sup>13</sup> Così Schmitt in Dottrina della costituzione.

rebbe necessaria tra uomini buoni<sup>14</sup>.

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).

Concludendo, l'intuizione di Schmitt sulla sovranità e lo stato di emergenza ci porta a fare una considerazione in tema di procedimento esecutivo e ruolo dell'ufficiale giudiziario; come lo stato di emergenza non è strutturalmente una fattispecie inquadrabile astrattamente *a priori*, così l'ufficiale giudiziario ha sì con sé un titolo in mano ma questo non potrà mai dargli una direttiva che possa astrattamente abbracciare tutti i casi del mondo reale in cui potrà imbattersi la sua attività esecutiva.

Con ciò non è mia intenzione porre in testa all'ufficiale giudiziario la corona di sovrano ma solo inquadrare il suo operato ove gli compete ovvero fra la giurisdizione, *rectius*, dell'esecutore giudiziario non possiamo che dare due visioni nette e ben distinte l'una dall'altra, o partecipa alla giurisdizione grazie alla funzione di adeguamento<sup>15</sup> del titolo esecutivo alla realtà concreta, o è mero braccio esecutivo così come il manovale che riceve dal capocantiere l'ordine di portare la carriola dal punto A al punto B, *tertium non datur*.

---

<sup>14</sup> 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!

<sup>15</sup> Della funzione di adeguamento se ne è occupata la dottrina notarile e segnatamente D'Orazi Flavoni come "*congrua aderenza dell'intento empirico manifestato dalle parti ai paradigmi offerti dall'ordinamento positivo*", si veda Marcello DI FABIO, Manuale di notariato, II ed., Milano, Giuffrè, 2007 pagg. 101 - 108.

**§ 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!

A volte credo che come esempio di tale smarrimento dei principi si possa a giusto, demerito, citare la smania riformatrice del legislatore che vuole (temo che non sia fenomeno solo italiano) intestarsi frettolose novelle legislative che per poter esser chiamate veramente riforme abbisognerebbero di una visione d’insieme del tutto mancante; viene da domandarsi piuttosto se tale smania non sia piuttosto una malcelata dichiarazione d’impotenza: il politico che di fatto ha perso le leve dell’economia sempre più dipendenti da logiche globali e sovranazionali ha urgente bisogno di marcare la propria esistenza intestandosi riforme o pretese tali.

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 Ludwig WIESENGRUND - 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.

**§ 4.2.1. – LA MODERNITÀ LIQUIDA** – Zygmunt BAUMAN (1925 – 2017) è stato un sociologo e filosofo polacco che iscrive quanto detto prima sul nichilismo giuridico in una più ampia visione sociologica. La sua originale lettura della modernità condivide la tesi di Jean-François LYOTARD (1924 – 1998) circa la caduta delle metanarrazioni, anzi l'utilizza come nucleo del suo sistema, in quanto è proprio a causa della scomparsa delle "grandi narrazioni metafisiche" che si ha il passaggio dalla società "solida" a quella "liquida" dove per liquidità si intende metaforicamente il continuo fluire senza forma definita, senza un centro di gravità, un fluire difficile da contenere e prevedere di tutto quello che invece prima era connotato da stabilità e certezza.

Analogamente a Karl MARX (1818 -1883), sul cui pensiero Bauman si è formato, il nostro filosofo polacco sostiene che la società umana progredisce secondo uno schema che vede svilupparsi un "nuovo" stadio da quello precedente, ed è pertanto necessario definire la modernità solida per comprendere poi la sua attuale fase liquida.

La caratteristica essenziale della modernità solida è l'organizzazione dell'attività e delle istituzioni umane secondo canoni burocratici e il ricorso al ragionamento pratico per risolvere i problemi e formulare soluzioni tecniche. Malgrado il fatto che l'irregimentazione burocratica della società solida porti con sé il rischio di una sclerotizzazione dei rapporti, l'individuo aveva una visione di una società intorno a sé come ordinata, razionale, stabile e quindi prevedibile. Nel modernismo solido la fede suprema negli strumenti scientifici si incarnava nelle istituzioni sociali e politiche responsabili di gestire questioni e problematiche di ambito principalmente nazionale.

La transizione della modernità da solida in liquida è secondo Bauman il risultato della confluenza di profondi mutamenti economici, politici e sociali, tra loro interconnessi, che ha dato origine a ciò che Bauman definisce una "*reinvenzione del mondo compulsiva e ossessiva che genera dipendenza*" identificando cinque aspetti di tale mutamento:

I. – gli Stati nazionali non sono più le "*strutture portanti*" della società, oggi i governi godono di un potere notevolmente inferiore nel determinare il corso degli eventi sia in ambito domestico che all'estero<sup>16</sup>;

II. – lo sviluppo del capitalismo globale e la proliferazione delle società multinazionali e transnazionali (oggi enti con un peso economico in qualche caso pari ad uno Stato di

---

<sup>16</sup> Queste considerazioni di Bauman sono di scottante attualità, la crisi economia divampata negli Stati Uniti nel 2008 ha portato uno strascico di rabbia sociale sfociata in un rigurgito nazionalista che va sotto il nome di sovranismo e che ha individuato nelle istituzioni dell'Unione europea il nemico da abbattere. Niente di più stupido e controproducente, chi vuole veramente dare piena sovranità alle istituzioni democraticamente elette (oggi, e questo è un fatto sotto gli occhi di tutti, bellamente vanificate dall'imperante globalizzazione) non ha altra strada che il rafforzamento in senso federale delle istituzioni europee, solo Stati di dimensione continentale possono avere dimensioni strutturalmente necessarie per affrontare i problemi globali di oggi: globalizzazione economica, inquinamento, migrazioni; gli orticelli nazionali sono solo un'illusione di sovranità. Sono proprio i miopi interessi nazionali ad aver causato un'ingessatura delle istituzioni europee, ed oggi il populismo nazionalista che ammorba le nostre società imputa ad altri quelli che sono stati i suoi errori!

medie dimensioni) hanno determinato il decentramento dell' autorità statale<sup>17</sup>;

III. – le moderne tecnologie elettroniche ed internet consentono un flusso di comunicazioni sovranazionale e pressoché istantaneo;

IV. – le società sono sempre più minacciate dal rischio, e devono fare i conti con le insicurezze e i potenziali pericoli;

V. – si è assistito ad un enorme incremento della migrazione umana nel mondo.

Tutti questi elementi hanno messo in crisi (e qui la consonanza con il pensiero postmoderno) l' assunto illuminista che la conoscenza scientifica sia in grado di offrire soluzioni ai problemi naturali e sociali; ma Bauman va oltre e ritiene che la liquefazione delle antiche certezze intacchi anche la nostra individualità frammentandola e rendendola mera somma delle scelte di consumo e pertanto rendendola instabile ed incoerente.

In questa società liquida i vincenti sono i " *turisti* " coloro che hanno i mezzi culturali ed economici (legati al capitale, oggetto liquido per definizione, piuttosto che alla proprietà manifatturiera o peggio ancora fondiaria che crea legami e difficoltà nel vorticoso meccanismo di investimento-disinvestimento) per poter scommettere sul cavallo di volta in volta vincente in qualunque parte sia del mondo. Di converso i perdenti sono i " *vagabondi* ", individui immobili o soggetti ad una mobilità forzata ed esclusi dalla cultura e dal consumo. Va da sé che in una società ridotta ad insieme slegato di individui, come detto da Bauman in una delle sue frasi più celebri: " *la comunità è ormai un altro nome del paradiso perduto* " .

Spero che il lettore mi perdoni questa digressione nel campo sociologico, la legge è al contempo figlia e madre della società, un " *giurista* " che voglia interpretare il diritto disinteressandosi dal saper leggere la società che lo produce ed per la cui regolamentazione è prodotto ben difficilmente andrà oltre l' illusione di aver capito il mero strato testuale, figuriamoci se quel " *giurista* " potrà ragionar mai di giustizia!

**§ 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

---

<sup>17</sup> Si veda anche il pensiero di Schmitt alla nota 12 del § 4.1.

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 con-

trollo 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*”<sup>18</sup>.

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 amministrativa, 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 cassazione<sup>19</sup>, 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 novella<sup>20</sup> dell'art. 560 c.p.c. oggi fortunatamente ri-riformata<sup>21</sup>.

La tendenza legislativa e quindi giurisprudenziale a pretendere la liberazione dell'immobile pignorato prima dell'esperimento dei tentativi di vendita, la possiamo tranquillamente ascrivere in questa deriva utilitarista per la quale quel che conta è che il credito venga recuperato al massimo delle sue potenzialità dimenticando che l'immobile venne pignorato già nello stato di occupato (se non anche ipotecato in tal modo) e quindi con un sacrificio unilaterale di una parte si pretende che il debitore migliori la posizione del suo creditore rispetto a quella che lo stesso aveva in partenza (un po' come se si pretendesse che il debitore debba provvedere a togliere le ammaccature di un'automobile precedenti al suo pignoramento); non solo, tale tendenza dimentica anche che quel debitore, come spesso succede nei mutui casa, ha già spesso onorato parte di quel debito e poco gli importa che, grazie al suo soggio, gli verrà restituita qualche briciola in più (molto importa invece ai professionisti delegati alla vendita che si raggiunga il maggior prezzo possibile).

Non esiste uno solo dei principi di giustizia enunciati da Rawls che permetta tale vessazione unilaterale!

Infine il 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

---

<sup>18</sup> Cass. SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1238 (par. 9.1 dei “*motivi della decisione*”).

<sup>19</sup> D.L. 31. agosto. 2016, n. 168, convertito con modifiche nella legge 25 ottobre 2016, n. 197.

<sup>20</sup> D.L. 03. maggio. 2016, n. 59, convertito con modifiche nella legge 30 giugno 2016, n. 119.

<sup>21</sup> D.L. 14. dicembre. 2018, n. 135 convertito con modifiche nella legge 11. febbraio. 2019, n. 12.



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 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

sdradicamento 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 e "liquida" per dirla con Bauman, 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.

**§ 4.4.1 – NOTE A MARGINE DI VICO, IL DIRITTO È STRUTTURA O SOVRASTRUTTURA?** – Finora in questa rapida carrellata di pensatori non è stato toccato un punto che giace sommerso ma è in realtà dirimente per la nostra analisi: il diritto è struttura (in altre parole ossatura che fa parte in un tutt'uno con la società che regola e da cui è prodotto) oppure l'ordinamento giuridico è sovrastruttura (ovvero un armamentario tecnico che ha un ruolo strumentale per chi lo produce e che con esso quindi persegue suoi fini esterni al diritto stesso nel senso che gli sono indifferenti e lo trascendono)?

Un martello è uno strumento che mi può servire per fissare un chiodo al muro ed appendervi un pensile come un quadro, lo posso usare anche per commettere un omicidio, a prescindere dall'uso nobile o ignobile che sia è valutato solo come mezzo per raggiungere un fine a lui esterno, io che lo impugno decido come, se e per quali fini utilizzarlo.

Non solo, uno strumento / sovrastruttura è come il martello impugnato da Tizio che potrà o meno raggiungere i suoi fini ma il cui uso non si ripercuote sullo stesso Tizio (a meno che si dia una gran bella martellata sul dito, ma questa è altra faccenda), diversamente se il diritto rappresenta la struttura della società e con questa costituisce un sinolo forma - materia il rapporto è molto più complesso.

Al § 2.2 si è accennato all'imperativismo di Hobbes secondo cui *iustum quia iussum*, al § 4.1 al decisionismo di Schmitt, al § 4.2 al nichilismo giuridico ed al § 4.3 all'utilitarismo; non c'è dubbio che in tutti i casi accennati il quadro di fondo è che il diritto è visto e vissuto non come intima componente sociale ma come sua sovrastruttura.

Da una parte l'imperativismo di Hobbes come il decisionismo di Schmitt hanno una smaccata visione del diritto come provenienza unilaterale, dall'altra il nichilismo annulla la di-

menzione finalistica frammentandola in tanti quanti sono i provvedimenti normativi ma non tentenna a considerarli ogni volta come mezzo di produzione ed infine l'utilitarismo è così polarizzato verso il suo *felicific calculus* che non può neanche ipotizzare un movimento di ritorno! Sembra strano (ma in fondo comprensibilissimo) che la polarizzazione del pensiero capitalistico sia così simile a quella del pensiero economico marxista, entrambi accomunati, pur con fini divergenti, dalla considerazione del diritto come mera funzione ancillare.

Non rimane che domandarsi quale visione ne abbia il formalismo giuridico di Kelsen. A ben vedere Kelsen focalizzato a distinguere il campo della validità (proprio del diritto) da quello dell'efficacia (proprio della sociologia) e da quello della giustizia (proprio dell'etica e della politica) sembra, a prima vista, lasciare questa problematica sullo sfondo.

Anche Rawls non pare prendere posizione, ma si potrà mai concepire una società che sia fondata sulla moralità delle istituzioni e non mettere il diritto come suo elemento costitutivo e qualificativo?

In realtà Rawls è stato chiarissimo nell'*incipit* del suo *A theory of justice* e non poteva essere diversamente, non è vero forse che il diritto è il bene più prezioso di un popolo e che la sua continua creazione e riforma per adeguarlo alle esigenze di giustizia non è il primo dei compiti di un'amministrazione orientata dai principi di giustizia?

Non sfuggirà al lettore che vi è in ciò un elemento circolare (un governo orientato dai principi di giustizia che crea e riforma leggi al fine di raggiungere una maggiore giustizia) talché si potrebbe proprio da questo pensare che il diritto sia solo un elemento fungibile ed immanente. Questo errore è inevitabile se poniamo gli ideali di giustizia nell'iperuranio accanto alle idee platoniche e non come invece fa espressamente Rawls come valore politico.

In altre parole, quale che sia la fonte del diritto: il *princeps*, Dio, un canone astratto ed immutabile nella sua razionalità (la collettivizzazione dei mezzi di produzione, il *felicific calculus* utilitarista o una distorta lettura dei principi di giustizia di Rawls), se lo poniamo esterno al diritto stesso, il diritto non potrà mai esser considerato molto più che un martello nel pugno di uno degli ideali legislatori di cui prima, anzi ha forse più senso parlare di legge come comando o ordine piuttosto che di diritto il quale non può essere scisso dal suo reticolo che forma l'ordinamento giuridico.

Se invece consideriamo la giustizia la principale virtù di un corpo sociale (come fa Rawls) allora il diritto non è più struttura esterna alla società che regola.

Conseguentemente, se vedremo l'ordinamento giuridico come una sovrastruttura, magari potremo vivere felici pensando che in ultima analisi il manico del martello sia impugnato da Jahvè, Allah o un sovrano illuminato che sia ma ci possiamo scordare la teoria della giustizia di Rawls!

Tale visione della giustizia, del diritto e della società si sposa perfettamente alla teoria della validità della norma giuridica di Kelsen, anzi conferisce un sicuro alveo per la collocazione sia della *Grundnorm* sia del suo ultimo atto esecutivo (aspetto che interessa da vicino la problematica del procedimento esecutivo).

**§ 4.4.2 - NOTE A MARGINE DI VICO, LA GIUSTIZIA E L'ENTROPIA;** - Mi rendo conto che ho forse già fiaccato la pazienza del mio lettore con le mie digressioni sociologiche, ma se è arrivato sin qui approfittando un'ultima volta della sua benignità parlando di termodinamica, mi correggo subito visto che non ne ho certo i titoli adeguati, parlando di alcuni aspetti del problema dell'ordine e del disordine nell'evoluzione di sistemi complessi che sia un motore a scoppio, una galassia e perché no una società umana.

L'entropia è stata una mia pulce nell'orecchio da quando il mio compianto professore di matematica e fisica del liceo, il prof. Rosario REGANATI, volendocela esporre a noi studenti esordì con inusuali espressioni poetiche filosofiche tipo "la freccia del tempo".... forse è proprio questo che ogni bravo educatore deve infondere nei suoi discenti, la scoperta del  $\theta\alpha\upsilon\mu\alpha$ !

Ogni sistema complesso tende spontaneamente ad andare verso il disordine, mentre non è possibile che esso, partendo da una situazione disordinata, raggiunga spontaneamente una situazione di ordine.

I sistemi complessi evolvono spontaneamente verso il disordine perché il disordine è incommensurabilmente più probabile dell'ordine.

Poiché, nell'evoluzione spontanea dei sistemi complessi, un ruolo determinante è svolto dal caso, i sistemi complessi evolvono verso la loro configurazione più probabile, cioè verso la configurazione di massimo disordine.

La misura del disordine in fisica si chiama entropia, pertanto un sistema formato da un numero molto grande di componenti tende a evolvere spontaneamente verso situazioni di massima entropia.

Si tratta di un dato esperienza ben noto a tutti: se infatti ci sottopongono due foto una con delle palle poste regolarmente a triangolo al centro del biliardo ed una con le palle tutte sparpagliate e ci domandano quale sia la foto prima e quella dopo del colpo di stecca non avremo dubbi, l'ordine non si crea naturalmente così come mischiando un mazzo di carte le carte si mischiano sempre più e mai potrà capitare che si rimettano da sole al loro posto!

In questo lavoro ho accostato la disgregazione del nichilismo giuridico alla rappresentazione del passaggio da società solida in società liquida e non credo che la società umana sfugga a questa legge della fisica che incatena intere galassie!

Se un attimo ritorniamo alla definizione tomistica dell'*unicuique suum tribuere* vien da domandarsi quale legame abbia con questo sparpagliamento caotico, con questo destino che ci proietta verso equilibri sempre più instabili; che la giustizia stia forse all'entropia come l'imperativo categorico di Kant della moralità alla libertà?

Nobile visione ma ancor più sventurata del castigo di Sisifo, anche perché la partita sarebbe stata già in partenza vinta a favore del caos (*rectius*: del sempre maggior caos) e del disordine entropico e non c'è filosofia che tenga che in tali condizioni mi porterebbe a pensare che "*La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un cœur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux*"<sup>22</sup>!

---

<sup>22</sup> Così Albert CAMUS (1913 – 1960) in *Le mythe de Sisyphe* (1942).

Jacques DERRIDA (1930 – 2004) nell'ultima fase del suo pensiero (*Spettri di Marx* del 1993) afferma che "la giustizia è l'indecostruibile" ovvero possiamo smontare tutto fuorché la giustizia perché è proprio un'esigenza di giustizia che ci spinge ad analizzare, decostruendolo, il mondo che ci circonda, tuttavia penso che ogni buon Sisifo che alberga in noi, messo alle strette non abbia altra strada che tentare anche tale decostruzione.

Ci accorgeremo allora che i concetti che abbiamo posto in antitesi (giustizia ed entropia) trascolorano l'uno nell'altro e come siano, uno la condizione di esistenza dell'altro.

Se pretendiamo, dalla giustizia (ma aggiungo dal diritto) un concetto di ordine nel senso di totale controllo, ogni evento, ogni oggetto mondano ben definito e chiuso nel suo relativo cassetto, allora questa è follia!

Il concetto di ordine che dobbiamo imparare ed applicare alla giustizia come al diritto è quello del contadino che doma la volontà di potenza della pianta da frutto potandola di tutti i rami che si espanderebbero disordinati ed infruttuosi convogliando e finalizzando le naturali forze espansive della pianta ad una crescita ordinata e fruttuosa.

Non fa parte dell'idea di giustizia di Rawls (ma anche di Bentham e di Stuart Mill) un ambito di incompressibile libertà? Non è forse vero che, come ci insegna Kelsen, la struttura dell'ordinamento giuridico è ben compatibile con le sue lacune? L'*horror vacui* è il solo il sintomo di una più grave vacuità di spirito che urge di essere colmata.

Devo pertanto concludere ritenendo che il caotico sciamare delle energie vitali che potremo definire con il concetto di entropia non sia di per sé contrario alla realizzazione di una società (e del suo diritto) fondata sulla giustizia.

Riacciando questi due ultimi paragrafi al pensiero di Vico, è proprio la strutturale presenza in ogni società di elementi sia d'ordine sia entropici che dà luogo ai corsi e ricorsi che immaginava il grande napoletano.

**§ 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'obbiettivo 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)." <sup>23</sup>

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.

---

<sup>23</sup> Traduzione a cura di Raffaele Paolo Saccomanno.



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.

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 (e fatale) 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. (Ricerca delle cose da pignorare) bensì l'art. 2740 c.c.<sup>24</sup>

Posta quindi tale sottoponibilità, l'azione esecutiva non mira che a realizzare l'interesse (degno 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 il contraddittorio fra le parti, nella fase esecutiva, non solo si va ad operare sul "corpo vivo" di parte esecutata con la necessità di dover intervenire su un aspetto, per lo più patrimoniale, di un fascio di interessi e relazioni che collegano l'esecutato ma anche con il mondo esterno e quindi con terzi privati o soggetti pubblici 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'Autorità giudiziaria (in seguito abbreviata in 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, è in primo luogo l'ufficiale giudiziario ad avere il dovere di sospendere le operazioni di pignoramento.

---

<sup>24</sup> art. 2740 codice civile – *Responsabilità patrimoniale* – Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.

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, consenzienti o meno, 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 altrui<sup>25</sup>).

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 giudiziario<sup>26</sup> occorre che gli elementi che la debbano caratterizzare siano:

- **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 eseguita 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, professionalità comporta che il professionista non svolga tale attività in modo occasionale ma che tale funzione sia del tutto prevalente, professionalità vuol dire anche personalità ovvero la possibilità di non subdelegare ad altri parti se non del tutto trascurabili e di contorno l'attività da svolgere per l'adempimento del proprio ministero;
- **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'A.G. (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

---

<sup>25</sup> 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-profili-civilistici-ordinamentali-e-fiscali/>

<sup>26</sup> Ma, *mutatis mutandis*, possiamo applicare le stesse considerazioni anche alla funzione notarile.

devono esser ben distinti! Come già da me espresso altrove<sup>27</sup>, 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 Decreto legge 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 Giudice dell'Esecuzione (in seguito abbreviato in 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 dottrina 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'esecuzione<sup>28</sup>) per *default*.

**§ 5.1.1 - LA TENTAZIONE DEL SOLIPSISMO** – Un notissimo brocardo latino recita: "*Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*", l'ordinamento italiano oggi è meno baldanzoso<sup>29</sup> ma il brocardo è an-

---

<sup>27</sup> 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/>

<sup>28</sup> 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](http://www.uhj.com/fr/code-mondial-de-l-execution_2165010.html)

<sup>29</sup> Art. 2909 c.c., secondo cui "L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa" (cosa giudicata in senso sostanziale) e art. 324 c.p.c., secondo cui, "Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395" (cosa giudicata in senso formale).

cor oggi sottoposto agli studenti di giurisprudenza per insegnare loro nei termini più drastici la forza del giudicato.

A nessuno sfuggono i motivi sistematici che rendono questo brocardo ancor oggi attuale nella sostanza, l'ordinamento giuridico deve dare certezza ed ordine e per farlo deve, magari alla fine di un lungo procedimento, dare una parola definitiva sia quel che sia.

Le cose stanno ben diversamente in ambito scientifico dove è la concretezza del reale viene ricercata con le stesse leggi che la realtà ci insegna.

Si narra che quando Galileo GALILEI (1564 - 1642) dovette abiurare a tutte le sue teorie scientifiche davanti al tribunale della Santa inquisizione disse andandosene a denti stretti: "eppur si muove" questo perché quali che fossero le determinazioni della Chiesa come di qualsiasi tribunale umano le stelle stanno là dove sono sempre state e la terra eppur si muove intorno al sole.<sup>30</sup>

Nel paragrafo §4.3. abbiamo visto come l'utilitarismo in tema di prova processuale abbia voluto raccogliere questo guanto di sfida ma abbiamo altrettanto visto come l'impostazione utilitarista produca effetti distorsivi.

Dobbiamo quindi rassegnarci al fatto che il mondo ci parla ed interagisce con noi come singoli uomini con le sue leggi e la sua realtà, e noi come φύσει πολιτικὸν ζῷον<sup>31</sup> interagiamo con il mondo in modo strutturalmente difforme ad esso?

Certo, la risposta più immediata è quella che la nostra finitezza di uomini di fronte al mondo non può che riproporsi come uomini sociali, ma la storia dei limiti posti innanzi a noi da Adamo ed Eva in poi non ci ha mai impedito di stendere il braccio per raccogliere la mela!

In filosofia per solipsismo si intende quella dottrina secondo cui l'individuo pensante può affermare con certezza solo la propria esistenza poiché tutto quello che percepisce sembra far parte di un mondo fenomenico oggettivo a lui esterno ma che in realtà è tale da acquistare consistenza ideale solo nel proprio pensiero, cioè l'intero universo è la rappresentazione della propria individuale coscienza.

Per svegliarci da questo sogno solipsista credo che basterebbe ricevere dal proprio vicino un bel pizzicotto, ma temo che nessuno lo abbia ancora dato al legislatore o al giurista che c'è in noi. **NOI UFFICIALI GIUDIZIARI CON LA NOSTRA PROFESSIONE SIAMO QUEL PIZZICOTTO!**

Ricapitolando, fa bene il legislatore ad adottare norme che nella sostanza ricalcano quel brocardo latino, fa benissimo il giudice a giudicare la realtà secondo il rito sancito nei codici, nessun ordinamento giuridico potrebbe fornire alcuna seria risposta operando diversamente; ma altrettanto decisamente dobbiamo affermare che occorre un soggetto autonomo alla catena di comando dell'A.G. che, pur eseguendo, certifichi che il bianco rimane bianco ed il nero nero!

---

<sup>30</sup> Galileo Galilei, *Il Saggiatore*, Cap. VI: "La filosofia è scritta in questo grandissimo libro che continuamente ci sta aperto innanzi a gli occhi (io dico l'universo), ma non si può intendere se prima non s'impara a intender la lingua, e conoscer i caratteri, ne' quali è scritto. Egli è scritto in lingua matematica, e i caratteri son triangoli, cerchi, ed altre figure geometriche, senza i quali mezzi è impossibile a intenderne umanamente parola; senza questi è un aggirarsi vanamente per un oscuro laberinto."

<sup>31</sup> Aristotele, *Politica*, libro I.

La tentazione, presente in parte della magistratura italiana, di sostituire gli ufficiali giudiziari con (certamente più docili ed accondiscendenti) meri *missus iudicis* è come chi si vorrebbe svegliare dal sogno sognando di darsi pizzicotti!

La tentazione di ogni categoria professionale, e quindi anche della nostra, è quella di crederci “il sale della terra”, non certo la mia personale che anzi credo che la posizione della magistratura giudicante al vertice della giurisdizione sia strutturale, occorrerà sempre un giudice a Berlino che dirimi una controversia tra diverse rappresentazioni di fatto o di diritto, semplicemente che come non esiste una piramide senza un vertice è altrettanto ovvio che la piramide non si risolve tutta nel suo vertice che per esistere ha bisogno di un corpo. Non si tratta solo dell’ovvia necessità che qualcuno spazzi e tenga pulite le aule di giustizia ma che vi sono altre funzioni (e quindi professioni) che devono essere tenute autonome da quella giudicante ma che la rendono possibile.

Se vengo trascinato in una grande aula dove parlano tutti una lingua a me del tutto sconosciuta, mi accorgerò che forse ero davanti ad una corte di tribunale quando mi metteranno la corda intorno al collo, per esercitare i miei diritti incompressibili (e tornano di nuovo i nostri cari principi di giustizia) avrò bisogno di un interprete, quell’interprete dell’esempio poc’anzi fatto sarà il mio avvocato che mi rende cittadino e non suddito in quanto potenzialmente capace di interloquire ed interagire con l’organo giudicante.

Anche il cancelliere non è solo il *tapis roulant* della catena tayloristica della giurisdizione, vi sono tutte le attività amministrative e certificative dell’attività giudicante che non può essere distratta dall’adempimento delle circolari ministeriali in materia di tassazione delle cause.

Sicuramente non è intuitiva la partecipazione del notaio alla giurisdizione, ma solo che pensiamo a Francesco CARNELUTTI (1875 - 1965) dovremo concordare con “*tanto più notaio, tanto meno giudice*” e per quanto possano valere, aggiungo a questo il mio pensiero espresso nel § 5.1 circa la visione “sostitutiva” della giustizia.

Pertanto se la giurisdizione è una piramide con al vertice il magistrato giudicante, le necessarie basi sono costituite dall’avvocato, dal notaio, dal cancelliere e dall’ufficiale giudiziario.

Charles-Louis DE SECONDAT, barone di LA BRÈDE e di MONTESQUIEU (1689 - 1755) riteneva che il giudice dovesse solo essere “*bouche de la loi*”, una volta ritenuto che il diritto sia struttura e non mera sovrastruttura, questa visione non è più accettabile, ma come il concetto di struttura rifiuta questa marginalizzazione della magistratura richiede che venga abbandonata ogni avventura solipsistica in tema di giurisdizione.

**§ 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.<sup>32</sup> 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'ufficiale 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

---

<sup>32</sup> L'Ufficio Notifiche Esecuzioni e Protesti (U.N.E.P.) è l'Ufficio situato presso ogni Corte d'Appello o Tribunale italiano presso il quale sono addetti, con competenza territoriale coincidente con il circondario del Tribunale, gli Ufficiali giudiziari italiani.

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 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 G.E. 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 G.E. che hanno poco del giurisdizionale e molto dell'amministrativo, ma tant'è, nonostante che da più parti si fosse invocata la strada dello sgravio 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.

A ciò bisogna aggiungere che una volta cristallizzato il diritto questo deve subire minori compressioni possibili ed è quindi la parte istante il vero motore dell'azione esecutiva, l'unica cosa che necessita (al fine di garantire i diritti dei terzi e quelli pubblici e che l'azione esecutiva sia condotta nel solco segnato dal legislatore) è la presenza di un soggetto terzo, professionista, autonomo quale l'ufficiale giudiziario.

Per fare un esempio possiamo pensare che l'ufficiale giudiziario sia come quelle maniche dei laboratori chimici che permettono ad un operatore di svolgere operazioni in camere stagne (la sfera giuridica di parte esecutata), quelle maniche da una parte permettono di agire ma al contempo limitano l'azione e se l'operatore si allontana le maniche non sono dotate di loro forza o volontà.

Per quanto detto finora i principi di giustizia richiedono che una volta che sia sorto un diritto in capo ad un soggetto questo sia il titolare dello stesso e lo possa esercitare nella forma più piena e libera possibile, con la sola presenza di un filtro nel caso in cui si agisca nella sfera giuridica altrui (e quindi dell'ufficiale giudiziario) o si vogliano produrre determinati effetti pubblici (trascrizione nei pubblici registri, pubblica fede e quindi il notaio).

**§ 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 allorché 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 Pilato<sup>33</sup> *“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 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

---

<sup>33</sup> Giovanni 18,38



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 *πόλεις* 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.

Cari colleghi,

vi voglio lasciare con l'immagine di un altro dipinto, a me ancor più caro di quello che lo ha preceduto, in questo quadro il Giusto, la Verità e l'Innocenza fatta carne giace deriso ai piedi dell'idolo di marmo dell'umana giustizia che lo ha tanto ingiustamente condannato. Chi crede sa che con quella condanna l'umanità intera è stata salvata e quella derisione non è altro che la mistica incoronazione a nostro Re.

Cristo, il Santo di Dio, si è consegnato a questa nostra fallace giustizia umana e qualcosa il divino Maestro vuole pur insegnare a noi che di questa umana giustizia facciamo parte; Ponzio Pilato, quando finì di interrogarlo disse "*Ego nullam invenio in eo causam*", quindi la tanto fallace giustizia umana non ci aveva visto male, forse allora il messaggio per noi operatori di giustizia è quello di avere più coraggio, più coraggio ed ancora più coraggio!



#### **BIBLIOGRAFIA –**

I due quadri rappresentati sono entrambi due olii su tela 100 x 80 del maestro Alessandro LICCIARDELLO, il primo “*La condanna di Pinocchio*” e l’ultimo “*Cristo deriso*”.

Alberto ANDRONICO, *Dalla norma all’ordinamento. Una lettura della Dottina pura del diritto del ’34*, Catania, Libr. ed. Torre, 2017;

Zygmunt BAUMAN, *Modernità liquida* (intr. di Donatella DI CESARE, trad. di Sergio MINUCCI), Milano, ed. spec. per Corriere della Sera, 2019;

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;

António Manuel HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo* (a cura di Aldo MAZZACANE), Bologna, Il Mulino, 2003;

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

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

Alessio Lo Giudice, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Roma, Carocci ed., 2012;

Sebastiano Maffettone e Salvatore Veca (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Roma - Bari, Laterza, 1997;

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

Ángel Puyol González (trad. Alberto Airolti), *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;

Vittorio Silvestrini, *Che cos'è l'entropia. Ordine, disordine evoluzione dei sistemi*, Roma, Editori Riuniti, 2011;