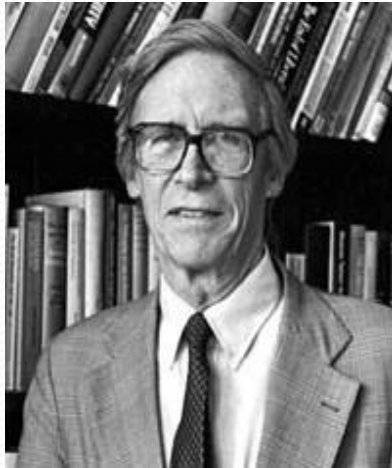


Associazione Ufficiali Giudiziari in Europa – www.auge.it
SCUOLA NAZIONALE DI PROCEDURA







John RAWLS
(BALTIMORE 1921 – LEXINGTON 2002)

La giustizia è il cuore del “contratto sociale”.

Un visione politica della giustizia rende stabili le società democratiche.

La giustizia di una società si misura con il destino che questa riserva ai più svantaggiati.



Hans KELSEN
(PRAGA 1881 – BERKELEY 1973)

La giuridicità di una norma non riguarda la sua efficacia o la sua giustizia ma solo la sua validità.

La cogenza di una norma dipende da un meccanismo logico di imputazione c.d. **NOMOSTATICA**

La validità di una norma dipende dall'inserimento in una costruzione a gradini dell'ordinamento giuridico c.d.

NOMODINAMICA

John RAWLS – *A theory of justice*

- *“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.*

John RAWLS – *A theory of justice*

- *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.*

John RAWLS – *A theory of justice*

- *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.*

John RAWLS – *A theory of justice*

- *Poiché la verità e la giustizia sono le virtù principali delle attività umane, esse non possono essere soggette a compromessi.”*
- Il principio ispiratore del pensiero di Rawls è quello della MORALITÀ delle ISTITUZIONI:
 - * la MORALITÀ da sola fa parte dell’utopia;
 - * la sola ISTITUZIONE non ci dà il senso profondo della politica.

John RAWLS – *Schema del pensiero*

- 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 del contratto sociale che partendo da Hobbes, Locke e Rousseau, si erano fermate al gigante di Kant.

John RAWLS vs utilitarismo

- L'utilitarismo nasce in Inghilterra alla fine del XVIII secolo con l'opera di Jeremy BENTHAM (1748 - 1832) e si consolida nel XIX secolo con le idee di John STUART MILL (1806 – 1873).
- Afferma che un'azione è buona quando persegue la massima utilità o felicità possibile.
- 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.

John RAWLS vs utilitarismo

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

John RAWLS vs utilitarismo

- SE NON SI RICONOSCE L'INDIVIDUALITÀ, NON POSSONO ESSERCI DIRITTI INDIVIDUALI.
- L'utilitarismo antepone i benefici globali ai diritti individuali, e la ragione ultima è che, per questa teoria, gli individui non sono moralmente validi per se stessi, ma per il loro contributo al benessere globale.

John RAWLS vs utilitarismo

- 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.

John RAWLS vs utilitarismo

- Per Rawls 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.

John RAWLS vs utilitarismo

- 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.

John RAWLS vs utilitarismo

- 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.

John RAWLS & 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*.

John RAWLS & il contratto sociale

- 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 RAWLS & il contratto sociale

- 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.
- 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.

John RAWLS & il contratto sociale

- Il consenso che gli individui accordano al contratto sociale finisce per essere tacito.
- Non è necessario che i cittadini confermino il contratto originario se finiscono per beneficiarne.
- Però, senza una conferma esplicita, il contratto può essere utilizzato come un alibi per nascondere benefici ineguali a seconda delle posizioni sociali ed economiche che possono essere privilegiate e poco giustificate.

John RAWLS & il contratto sociale

- 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.

John RAWLS & il contratto sociale

- 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.

John RAWLS & il contratto sociale

- 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.
- Kant basa la legittimità del contratto sulla sua teoria etica della dignità umana espressa con la forma degli imperativi categorici.

John RAWLS & il contratto sociale

- Rawls 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.

John RAWLS & il contratto sociale

- 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.
- Questa argomentazione ha metabolizzato le scoperte di poco precedenti del matematico John NASH (1928 – 2015) relativamente alla c.d. teoria dei giochi (*decision theory*).

Il primo principio di giustizia

- **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.**

Il secondo principio di giustizia

- Le diseguaglianze sociali ed economiche devono soddisfare due condizioni:
 - ❖ **DEVONO ESSERE VINCOLATE A POSIZIONI E CARICHE APERTE A TUTTI IN CONDIZIONI DI EQUA UGUAGLIANZA DI OPPORTUNITÀ, c.d. principio di eguaglianza;**
 - ❖ **DEVONO PROMUOVERE IL MAGGIOR BENEFICIO PER I MEMBRI MENO FAVORITI DELLA SOCIETÀ, c.d. principio di differenza.**

Incardinamento dei principi nella società

- Il velo d'ignoranza si alza, attraverso quattro stadi e si arriva alla società reale:
 - ❖ stadio della posizione originaria;
 - ❖ stadio costituzionale;
 - ❖ stadio legislativo;
 - ❖ stadio amministrativo, del mondo del lavoro e delle professioni.

Il pensiero cristiano

- Sant'AGOSTINO D'IPPONA (*doctor Gratiae* 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?*”.
- San TOMMASO D'AQUINO (*doctor angelicum* 1225 – 1274) definiva la giustizia come “*unicuique suum tribuere*”.

Hans Kelsen v.s giusnaturalismo

- SOFOCLE: Antigone scelse di ubbidire alle leggi che gli Dei hanno posto nel cuore degli uomini.
- 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”*.

Hans KELSEN v.s giusnaturalismo

- **VOLONTARISTICO:** presuppone una legge giusta e assolutamente valida, superiore alle leggi positive perché dettata da una volontà sovraumana;
- **NATURALISTICO:** intende la legge naturale come istinto comune a ogni animale;
- **RAZIONALISTICO:** interpreta la legge di natura come dettame della ragione.

Hans KELSEN v.s 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 disfanno 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.

Hans Kelsen & positivismo giuridico

- Kelsen fa parte di quella corrente chiamata positivismo giuridico (o formalismo giuridico), il formalismo era nato in origine dai pandettisti, come evoluzione di concetti ricavati per astrazione da dati storici.
- Ma per creare una vera scienza formale del diritto occorre potersi servire di un principio qualificatore della giuridicità, dal quale i vari contenuti ricevessero la forma di questa.

Hans Kelsen & positivismo giuridico

- 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: *iustum quia iussum*);

Hans Kelsen & positivismo giuridico

- 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.
- 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*).

Hans KELSEN – LA NOMOSTATICA

- 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*).

Hans KELSEN – LA NOMOSTATICA

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

Hans Kelsen – LA NOMOSTATICA

- 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.

Hans KELSEN – LA NOMODINAMICA

- 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”.

Hans Kelsen – LA NOMODINAMICA

- 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.
- 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”.

Hans Kelsen – LA NOMODINAMICA

- Schematizzando avremo una costruzione a gradini di tal fatta:
 - ❖ Grundnorm;
 - ❖ costituzione;
 - ❖ leggi ordinarie;
 - ❖ sentenze – atti amministrativi;
 - ❖ atti coattivi.

Hans Kelsen – LA NOMODINAMICA

- 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.

Hans Kelsen – LA NOMODINAMICA

- 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”*

Hans Kelsen – LA NOMODINAMICA

- *“... 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.”*

Hans Kelsen – LA NOMODINAMICA

- “ *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.*”

Hans KELSEN – L'INTERPRETAZIONE

- L'interpretazione non è 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.”*

Hans KELSEN – L'INTERPRETAZIONE

- *“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 ...”*

Hans KELSEN – L'INTERPRETAZIONE

- *“... 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. ...”*

Hans KELSEN – L'INTERPRETAZIONE

- “... *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*”
- Questa relativa indeterminatezza non è eversiva del sistema ma è funzionale ad esso, non ha senso chiedersi di norme (azioni esecutive / sentenze) sovraordinate e subordinate se, come nell'illusione illuminista di Montesquieu, il giudice fosse mero “*bouche de la loi*”;

Hans KELSEN – L'INTERPRETAZIONE

- In caso di effetto ordine diretto (come nell'esempio del capocantiere) l'esecutore sarebbe un mero “animale parlante” (magari oggi ancor meglio sostituito da un robot) e l'atto sarebbe direttamente imputabile all'autore di tale ordine.
- La relativa indeterminatezza del comando serve da una parte per modellare la risposta del sistema alla concreta realtà operativa dall'altra per evitare che ogni asperità operativa si riverberi al livello più alto della catena di comando.
- Un po' come la funzione della frizione in un motore.

Hans KELSEN – L'INTERPRETAZIONE

- In diritto si distingue tra “interpretazione” ed “esecuzione”, tuttavia dovrebbe far pensare che nel linguaggio comune l'esibizione di un pianista viene indifferentemente chiamata come interpretazione o come esecuzione di un dato spartito musicale.
- Se storicamente la filosofia ha fatto acquisire all'uomo una consapevolezza di sé, ciò non è men vero per la nostra professione, troppo spesso relegata a mera ed acritica esecuzione.
- In tutti questi casi l'interprete/esecutore dismette la toga del giurista e veste quella del tribuno.

CONVERGENZE & DIVERGENZE

- Entrambe le teorie sono “pure”;
- entrambe presuppongono un stato democratico;
- **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.**
- Entrambe le teorie sono caratterizzate da un **SANO REALISMO**

CONVERGENZE & DIVERGENZE

- 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.

**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**

- Allorquando l'interprete debba scegliere fra più interpretazioni possibili, si potrà far guidare dalla lettura dei principi di giustizia di Rawls al fine di reperire una soluzione “costituzionalmente orientata” o “evolutiva”;
- Kelsen stesso ci insegna che il meccanismo dell'interpretazione analogica è illusorio, si tratta di una creazione mascherata del diritto.

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

- Non potendo l'uomo giuridico separarsi dall'uomo politico, 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.
- Solo una teoria pura del diritto garantisce all'uomo politico di adottare delle scelte giuste, di *unicuique suum tribuere*.

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

- 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).”
- 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.

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

- Se un ente non sta in opposizione ad altro da esso semplicemente non è; ciò detto non possiamo non vedere in Carl Schmitt un epigono di tale pensiero ma non possiamo al contempo non domandarci se veramente vi sia una necessità in tutto ciò.
- Penso subito all'attività contrattuale e notarile in particolare, i due contraenti hanno interessi non necessariamente contrastanti, anzi il contratto cristallizza quelle convergenti e l'attività notarile certifica che questi stessi interessi non sono in contrasto con l'ordinamento ed i terzi.

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

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

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

- Il momento esecutivo non è meno importante , dal punto di vista giurisdizionale , di quello della formazione del titolo esecutivo; anzi, mentre in quella sede è garantita un contraddittorio, 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 intervenuti nella formazione del titolo.

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

- 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).
- Questo filtro per svolgere la propria funzione deve necessariamente avere le seguenti caratteristiche:

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

- **TERZIETÀ:** il pubblico ufficiale deve essere ed apparire “a tutela di tutte le parti, sopra le parti”;
- **PROFESSIONALITÀ:** senza una solida preparazione a monte verrebbe meno la serietà della stessa, 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;

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

- **AUTONOMIA:** che sia in un ordine libero professionale che sia un pubblico dipendente, l'ufficiale giudiziario senza autonomia difetterebbe di terzietà;
- **NECESSARIETÀ DELLA FUNZIONE:** il legislatore può incaricare per determinati aspetti anche altri professionisti (garantendo controlli non minori in quanto a maggior poteri devono sempre corrispondere maggior controlli ed oneri) ma il sistema necessita che certe funzioni vengano assolte per *default* da specifici professionisti.

IL PROCESSO ESECUTIVO NEL SISTEMA GIURIDICO

- **IL SEMPLICE BUON SENSO AVREBBE COMUNQUE FATTO GIUNGERE A TUTTE LE SUPERIORI CONSIDERAZIONI, IL QUADRO FILOSOFICO CHE SI È TENTATO DI DELINEARE SERVE PIUTTOSTO QUANDO SI DEBBANO FUGARE TENTAZIONI CHE IN FORZA DI UNA PRETESA EFFICIENZA (VEDI UTILITARISMO) PRETENDONO DI ABBASSARE IL LIVELLO DI GARANZIE A TUTTO DISCAPITO DEI SOGGETTI PIÙ DEBOLI CHE HANNO MENO MEZZI ECONOMICI E CULTURALI PER POTERSI DIFENDERE.**

I SOGGETTI DEL PROCESSO ESECUTIVO ED IL LORO RUOLO

- L'ufficiale giudiziario italiano è un pubblico dipendente, ci si domanda a quali e se circolari, risposte a quesito e note ministeriali sia obbligato ad conformarsi. Questi atti sono di due tipi:
 - ❖ 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);
 - ❖ inerenti ad attività processuale/procedimentale di nostra competenza o che comunque abbia attinenza con i terzi.

I SOGGETTI DEL PROCESSO ESECUTIVO ED IL LORO RUOLO

- Naturalmente l'ufficiale giudiziario quale dipendente deve pienamente conformarsi al primo tipo di atti in quanto regolano la vita amministrativa di un ufficio statale.
- Altro discorso vale per gli atti del secondo tipo, quale impiegato investito di una funzione giurisdizionale, lo Stato non può imporre linee di condotta come non le può imporre ai magistrati.

I SOGGETTI DEL PROCESSO ESECUTIVO ED IL LORO RUOLO

- In questo secondo caso l'ufficiale giudiziario risponde civilmente, penalmente e disciplinarmente qualora abbia operato non rispettando la legge così come interpretata dall'Autorità giudiziaria che ha una funzione nomofilattica (in Italia la Suprema Corte di Cassazione) a prescindere di quanto indicato nelle circolari del secondo tipo.
- Queste circolari hanno pur sempre un valore, nel senso che valgono come autorevoli pareri dottrinari.

DIRITTI SOGGETTIVI ED “INTERESSI LEGITTIMI” IN GIOCO NELL’ESECUZIONE

- Secondo uno dei più autorevoli processualisti italiani, Giuseppe CHIOVENDA (1872 -1937) il giudice, il cancelliere e l’ufficiale giudiziario facevano tutti parte di una grande macchina giudiziaria ove ognuno in una sorta di organizzazione tayloristica del lavoro, svolgeva la sua funzione.
- Il cittadino proponeva a tale macchina la sua richiesta di giustizia e, alla fine di un dato procedimento, al cittadino veniva resa l’oggetto concreto della sua richiesta tramite l’esecuzione.

DIRITTI SOGGETTIVI ED “INTERESSI LEGITTIMI” IN GIOCO NELL’ESECUZIONE

- Tuttavia tale ricostruzione pecca per due ordini di ragioni:
 - ❖ da una parte esistono varie 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;
 - ❖ 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.

DIRITTI SOGGETTIVI ED “INTERESSI LEGITTIMI” IN GIOCO NELL’ESECUZIONE

- 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.

DIRITTI SOGGETTIVI ED “INTERESSI LEGITTIMI” IN GIOCO NELL’ESECUZIONE

- 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.

DIRITTI SOGGETTIVI ED “INTERESSI LEGITTIMI” IN GIOCO NELL’ESECUZIONE

- 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).

FAVOR CREDITORIS O FAVOR DEBITORIS?

- 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*”.
- Secondo un certo orientamento dominante negli ultimi tempi in giurisprudenza il *favor creditoris* 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.

FAVOR CREDITORIS O FAVOR DEBITORIS?

- 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*.

FAVOR CREDITORIS O FAVOR DEBITORIS?

- Per uscire da una tale *impasse*, in tema di procedimento esecutivo, credo che 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.

FAVOR CREDITORIS O FAVOR DEBITORIS?

- **Facendoci guidare dai principi di giustizia:**
 - ❖ il principio preminente è quello classico della libertà e pertanto credo che allorquando una norma possa comportare responsabilità penali come quelle sancite dal combinato disposto ex art. 492 c.p.c. e 388 c.p. debba preferirsi un'interpretazione restrittiva;
 - ❖ 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;

FAVOR CREDITORIS O FAVOR DEBITORIS?

- ❖ l'ultimo principio è quello della differenza ovverosia che il giusto compenso alle capacità e possibilità deve essere 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.

**Grazie,
obrigado,
merci,
thank you,
gracias,
Danke,
dankzij jou**

