

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

11
2020



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Oliviero Diliberto - Luisa Avitabile - Valeria De Bonis - Enrico del Prato Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Laura Moscati Cesare Pinelli - Paolo Ridola

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 GLAUCO GIOSTRA
Una voce inascoltata in questo chiassoso presente
- 7 GIOVANNI CONSO
*Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza,
neutralità del giurista*

SAGGI

- 19 GUIDO ALPA
*Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto
di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*
- 35 MARIO CARAVALLE
*La legge, le sue modifiche, i suoi rapporti con la consuetudine: brevi note
sul pensiero dei giuristi italiani di diritto patrio (fine sec. XV-metà XVII)*
- 83 MASSIMO DONINI
*Codificazione penale o consolidazioni? Senso e luoghi delle possibili
riforme per il tempo presente*
- 103 MARCO GAMBARDELLA
Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali
- 131 CESARE PINELLI
*Nel centenario della pubblicazione di H. Kelsen, "Essenza e valore
della democrazia"*
- 147 ELEONORA RINALDI
*Gli interventi extra ordinem del Governo in tempo di pandemia
come strumento di tutela dell'interesse nazionale e l'incidenza sul rapporto
Stato-Regioni*

INCONTRI DI STUDIO SULLA POVERTÀ

- 189 VINCENZO CERULLI IRELLI - ANNA GIURICKOVIC DATO
La lotta alla povertà come politica pubblica

- 231 SABINO CASSESE
L'azione pubblica per rimediare alla povertà
- 233 DIEGO CORAPI
La "povertà" nell'ordine giuridico del capitalismo
- 245 GIUSEPPE FERRI jr
Il diritto commerciale e la povertà
- 253 YVES GAUDEMET
À propos de la pauvreté dans l'histoire des doctrines économiques. Relire Jean De Sismoni
- 259 JEAN-CHRISTOPHE GALLOUX
La pauvreté et la propriété intellectuelle
- 263 ALAIN GHOZI
La pauvreté
- 265 LAURENT LEVENEUR
La pauvreté et le droit civil
- 273 BERNARDO GIORGIO MATTARELLA
La tutela contro la povertà in Italia
- 283 CESARE PINELLI
I dilemmi della povertà

RICORDI

- 293 ENZO CHELI
Ricordo di Giuseppe Guarino
- 295 GAETANO AZZARITI
Ricordo di Gianni Ferrara
- 301 SALVATORE PRISCO
Ricordo di Gianni Ferrara
- 313 MASSIMO DONINI
Ricordo di Alfonso Maria Stile

RECENSIONI

- 315 J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford-New York NY, 2020 (Nicola Giovanni Cezzi)

PROLUSIONI

Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista*

Giovanni Conso

Discutere di neutralità della scienza significa porsi un interrogativo che può assumere sfumature diverse a seconda della prospettiva da cui lo si affronta. Prospettato in termini assoluti, il quesito porta a domandarsi se «la scienza è o non è neutrale»; prospettato in termini contingenti, il quesito si traduce nel chiedersi se «la scienza può o non può essere neutrale»; prospettato in termini morali, il quesito sfocia nel domandarsi se «la scienza deve o non deve essere neutrale». È ovvio che quest'ultima prospettiva presuppone che la prospettiva precedente venga risolta nel senso che «la scienza può essere neutrale». D'altra parte, il dire che «la scienza non può essere neutrale» equivale ad affermare che «la scienza non è neutrale». Come si vede, la seconda delle tre prospettive condiziona le altre due (o, se si preferisce, è condizionata da esse), per cui sembra consigliabile assumerla come base di partenza per l'indagine.

Ma ecco profilarsi un'altra esigenza d'ordine preliminare: a quale «scienza» ci si riferisce? Forse alla scienza intesa in quel significato circoscritto che è tipico del linguaggio universitario italiano, quando contrappone le facoltà scientifiche alle facoltà umanistiche o sociali? Oppure alla scienza intesa in quel significato, pur esso di contrasto, che è stato riproposto da Charles P. Snow nella polemica sulle «due culture»¹, cioè scienza in contrapposizione a letteratura? A parte gli equivoci insiti in quest'ultima tesi, la risposta va cercata nella direzione opposta: il tema postula una apertura tale da comprendere in sé ogni forma di attività culturale, eccettuata la creazione artistica, essendo l'arte indiscutibilmente «non neutrale».

Si può ricordare la definizione che dell'atteggiamento scientifico ha dato John Dewey: «l'atteggiamento scientifico, nel suo lato nega-

* Il presente scritto, destinato agli *Studi in onore del prof. Biagio Petrocchi*, è stato pubblicato sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale* nel 1970.

¹ Cfr., in particolare, *The two Cultures and a Second Look*, Cambridge, 1953, nella trad. it. di L. Carugno, edita da Feltrinelli, *Le due culture*, Milano, 1964, *passim*. V., altresì, G. PRETI, *Retorica e logica*, Einaudi, Torino, 1968, 9 s.

tivo, è libertà dal dominio dell'abitudine, del pregiudizio, del dogma, della tradizione acriticamente accettata, del mero egoismo; positivamente, è volontà di ricercare, esaminare, decidere, trarre conclusioni solo sulla base delle prove e solo dopo essersi data la pena di procurarsi tutte le prove disponibili»². Altrettanto incisivo un passo di Barington Moore junior: «il concetto di scienza è molto ampio: tutto quello che si fonda su ragionamenti corretti e su prove valide può appartenere alla scienza. Intuizioni d'origine letteraria o filosofica divengono parte della scienza non appena si arriva a darne dimostrazione. I tentativi e le ricerche di letterati e i filosofi fanno parte dello sforzo razionale dell'uomo: solo quando si rifiutano di sottoporre i propri risultati a verifica essi si allontanano dalla scienza. Poiché l'essenza della scienza sta tutta nel rifiuto di credere sulla base della sola speranza»³.

Caso mai, la limitazione che può essere apportata al concetto di scienza quando si discute della sua neutralità o non neutralità è la limitazione che opera nel senso di mettere ai margini della discussione proprio i settori costituiti dalle cosiddette scienze non empiriche (matematica pura, logica) e dalle scienze naturali (fisica, chimica, biologia), scienze per antonomasia o per tradizione. Con un rovesciamento di posizioni non raro allorché si hanno alle spalle equivoci di antica data, vengono a collocarsi al centro dell'attenzione i settori che solo negli ultimi anni si sono visti riconoscere normalmente la qualifica di scientifici grazie al diffondersi dell'espressione «scienze sociali» (sociologia, scienze politiche, antropologia, economia, storiografia, giurisprudenza).

Come ha cercato di precisare Alf Ross⁴, il cosiddetto principio della «purezza» della scienza è più difficile da realizzare nelle scienze sociali che in quelle naturali, e ciò in quanto lo studioso di scienze sociali si trova assai più impegnato rispetto all'oggetto del suo lavoro, tanto da provare emozioni maggiori: non per nulla le emozioni più forti sono quelle relative ai fatti dei nostri simili.

² *Unity of Science as a Social Problem*, in *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. I, n. 1, 1938, 31.

³ V. *Tolerance and Science*, in *A Critique of Pure Tolerance*, Boston, 1965, nella trad. it. di E. Settembrini, edita da Einaudi, *Critica della Tolleranza*, Torino, 1968, 56.

⁴ V. *On Law and Justice*, London, 1958, nella trad. it. di G. Gavazzi, edita da Einaudi, Torino, 1965, 299.

Parlando in termini di «difficoltà di realizzazione», Ross sembra dare al problema della «purezza» della scienza, e, in definitiva, della sua neutralità, una risposta in chiave di «poter essere»: per Ross lo studioso di scienze sociali può riuscire ad essere neutrale sia pure con difficoltà, una difficoltà maggiore di quella cui va incontro lo studioso di scienze naturali. Il che, in linea astratta, starebbe a significare che la scienza, di per sé, non è né neutrale né non neutrale.

Ma proprio il giusto risalto dato da Ross all'impegno ed alle emozioni che caratterizzano il lavoro dello studioso di scienze sociali dovrebbe suggerire risultati praticamente opposti. Lo scienziato non può essere neutrale, perché la scienza non è neutrale per definizione, con la conseguenza che i paradigmi d'ordine morale dovranno venire ricercati su un altro piano.

La politicità della scienza è, del resto, strettamente collegata al fatto che una componente soggettiva non può mancare in tutte le attività umane che implicano valutazioni, scelte, cernite. «Una componente soggettiva è un ingrediente necessario di qualsiasi conoscenza», afferma Moore junior⁵. E «componente soggettiva» significa apporto dell'individuo, con tutto il bagaglio delle sue ideologie, della sua mentalità, dei suoi sentimenti.

Nulla di più irrealista della pretesa di Rudolf Eucken di assegnare alla storia un ruolo «ultraempirico», basato sulla sua «validità obiettiva» e sull'assolutezza dei suoi concetti fondamentali⁶. Resta insuperabile la risposta di Richard Von Mises: la scelta di ciò che viene detto dallo storico è dominata dallo stato d'animo da cui muove o dal fine cui tende – magari inconsciamente – l'esposizione. Il fatto stesso che la storia deve venir riscritta sempre, anche senza che siano venute alla luce nuove fonti, sta a dimostrare che essa è in realtà «una teoria degli avvenimenti determinata dall'insieme delle esperienze dell'autore»⁷.

Altrettanto fondamentale resta quanto Gunnar Myrdal⁸ ha sot-

⁵ *Op. cit.*, 57. Cfr., altresì, L.S. STEVENSON, *The Scientist's Role and the Aims of Education*, in *Harvard Educational Review*, 1954, n. 4, cit. da GRANESE, *Filosofia analitica e problemi educativi*, Laterza, Bari, 1968, 47 s.

⁶ Così richiamato nell'opera citata alla nota che segue. Cfr., altresì, CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, 3^a ed., Laterza, Bari, 1917, 172 s.

⁷ *Kleines Lehrbuch des Positivismus*, L'Aja, 1939, nella trad. it. di V. Villa, edita da Longanesi, *Manuale di critica scientifica e filosofica*, Milano, 1950, 331.

⁸ *L'elemento politico nella formazione delle dottrine dell'economia pura*, trad. it.

tolineato a proposito dell'economia. I concetti e le costruzioni fondamentali della teoria economica sono influenzati da atteggiamenti politici di fondo. Nel concetto di valore, nella teoria del prezzo e dell'interesse, nelle nozioni di benessere pubblico, di equilibrio, di stabilità, di gestione economica e via dicendo, si insinuano elementi che imprimono un indirizzo politico alla dottrina professata. E le stesse considerazioni si possono estendere, come infatti sono state estese, alla sociologia.

Ma – ecco urgere una nuova domanda – è bene tutto questo? In tal modo la scienza non corre il rischio di trasformarsi in politica? Gli scienziati debbono difendersi dall'influenza degli atteggiamenti politici o debbono, invece, incoraggiarla, ispirandosi costantemente coscientemente ad essi?

Il vero nodo del problema è proprio qui: escluso che la scienza possa essere neutrale, si tratta di verificare se lo scienziato debba tendere ad avvicinarsi il più possibile alla neutralità o, viceversa, a disinteressarsi di raggiungerla.

Premesso – sono ancora parole di Ross⁹ – che «propaganda è il nome odioso che indica una argomentazione formulata senza rispetto della verità, usando menzogne o esagerazioni, o nascondendo parte della verità, ed appellandosi a emozioni non lodevoli (cupidigia del potere, odio, paura, gelosia e viltà), così da non rispettare l'autonomia degli altri uomini», la conclusione da trarre sembrerebbe ovvia: lo scienziato deve tendere alla neutralità, cercandola ogniqualvolta essa può venire raggiunta, dato il tipo di indagine o di problema affrontato.

Ad evitare fraintendimenti, è indispensabile tenere, anzitutto, presente che l'uomo di scienza compie anche attività socialmente impegnate che non rientrano necessariamente nell'ambito della sua attività scientifica (si pensi ad un fisico che prenda parte ad una campagna elettorale o ad un giurista al quale sia affidato un ministero della compagine governativa o, più semplicemente, ad un antropologo intervistato sul problema dell'introduzione del divorzio): nell'esplicare funzioni di quest'ultimo tipo è chiaro che l'uomo di scienza può ispirarsi a criteri d'ordine politico con piena libertà, anzi con

edita da Sansoni, Firenze, 1943, 1 e 25 s. dall'ed. tedesca del 1932, *Das Politische Element in der Nationalökonomischen Doktrinbildung*.

⁹ *Op. cit.*, 290.

piena naturalezza, diversamente da quanto può fare nell'esercizio della propria attività scientifica, dove l'ispirazione politica non può assicurare a stabile criterio-guida, a meno di trasformare la scienza in politica e in propaganda.

Ma c'è una seconda considerazione da fare: le scienze sociali non sono così univoche nei loro rispettivi contenuti da estrinsecarsi ciascuna in un solo tipo di attività. Sempre nell'esercizio della propria attività scientifica, uno scienziato sociale può essere chiamato a svolgere, magari cumulativamente, ruoli diversi, con una componente politica più o meno intesa a seconda dei casi. Tipica la posizione del giurista, chiamato non solo ad interpretare le norme vigenti, ma anche ad indicare al legislatore le carenze normative da eliminare con adeguate riforme. È chiaro che, su questo secondo piano, la componente soggettivo-politica assume una portata ben maggiore di quanto non avvenga sul piano interpretativo, dove spesso ci si imbatte in dati che non consentono alternative o, al massimo, consentono scelte limitate.

Comunque – ed è il punto che più importa sottolineare – nemmeno l'attività interpretativa può essere neutrale. Qui l'attività del giurista scienziato si accosta all'attività del giudice, prestandosi a considerazioni analoghe. E poiché di questi tempi molto si è discusso e si discute circa il ruolo del giudice e la sua «politicalità» o «neutralità»¹⁰, diventa particolarmente illuminante soffermare l'attenzione sull'attività del giudice.

È, bensì, vero che il problema della neutralità o non neutralità del giudice e, in genere, della scienza giuridica, vista nell'estrinsecarsi dell'attività interpretativa, presenta ulteriori elementi di complicazione, in quanto, per un verso, si suole affermare che, trovandosi al di sopra delle parti, il giudice è imparziale per definizione, mentre, per altro verso, non si può non riconoscere che il compito di chi è chiamato ad applicare ed interpretare le leggi svolge una funzione tendenzialmente diretta ad assicurare lo *status quo* e, quindi, a favorire le classi al potere. In base al primo fenomeno, il giudice dovrebbe essere neutrale; in base al secondo fenomeno, il giudice non potrebbe essere neutrale.

In realtà, né l'uno né l'altro fenomeno incidono direttamente sul

¹⁰ V., per tutti, S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 413 s.

problema della neutralità o non neutralità del giudice. Non vi incide il fenomeno dell'imparzialità del giudice, perché questa sta ad indicare un particolare modo di atteggiarsi dei rapporti del giudice con le parti, non con la collettività. Né vi incide il fenomeno della tutela dello *status quo*, perché ciò è connaturato all'essenza stessa dell'attività giuridica vista nel momento tipico dell'applicazione ed interpretazione delle leggi. Condannare il giurista per questa ragione equivarrebbe a condannare il chirurgo perché la sua attività lo porta ad asportare, ridurre o sostituire e non già a ripristinare secondo la natura originaria.

Chi volesse trasformare l'attività interpretativa del giurista in un'attività diretta a rovesciare sistematicamente le posizioni costituite sopprimerebbe un tipo di attività che è da sempre inerente alla convivenza sociale e creerebbe un vuoto non altrimenti colmabile.

Quindi, il giurista-interprete, il giurista-giudice non è «non neutrale» perché a priori conservatore; se lo si vuol definire «conservatore» nel senso di cui stiamo discutendo, si deve dire che è «conservatore» in quanto «giurista-interprete», in quanto «giurista-giudice». Il che equivale a togliere ogni rilievo alla qualifica di «non neutrale», riducendo l'utilità dell'osservazione – ed è un'utilità innegabile – ad una presa di coscienza di questa posizione tendenziale dell'attività giuridico-interpretativa.

La vera «non neutralità» del giurista-interprete, dei giurista-giudice, trova le sue basi in altri aspetti dell'attività giuridica ed è vera «non neutralità» perché si atteggia diversamente da giudice a giudice, da giurista a giurista, conducendo a risultati interpretativi diversi a seconda degli orientamenti ideologici del singolo. Pertanto, anche nell'ambito dell'applicazione delle norme vigenti ci possono essere, e difatti ci sono, differenze profonde, con soluzioni «progressiste» e soluzioni «reazionarie».

Lo spazio che le norme lasciano, per così dire, a disposizione dell'interprete è assai più ampio di quanto a prima vista possa sembrare.

Per intanto, ha cessato di aver fortuna la radicale concezione legalistica del diritto propugnata dagli illuministi allo scopo di ridurre l'attività del giudice a puro filologismo o esegetismo. Attualmente, infatti, nessuno si sente di condividere quanto scriveva Cesare Beccaria¹¹: «... un codice fisso di leggi che si debbono osservare alla lettera,

¹¹ *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di G.D. Pisapia, Giuffrè, Milano, 1964, 18.

non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta»; e ancora: «non v'è cosa più pericolosa del consultare lo spirito della legge; questo è un argine aperto al torrente delle opinioni».

La concezione legalistica arretra sempre di più di fronte alle indagini volte ad esaminare i procedimenti effettivamente seguiti dagli interpreti verso i risultati raggiunti, onde controllare se la realtà operativa non diverga dal modello propagandato dai legalisti. La giurisprudenza degli interessi e il realismo giuridico americano hanno avuto gran merito in questa battaglia contro la raffigurazione dell'interprete quale automa.

Più precisamente, la critica alla logica giuridica significa battaglia contro l'idea che esistano procedimenti logici ai quali il giurista possa e debba limitarsi nello svolgimento del suo compito¹². Al riguardo basta portare l'attenzione sul ricorso ai cosiddetti canoni ermeneutici e sul ricorso all'intento e *ratio* della legge.

A proposito del ricorso ai canoni ermeneutici, Max Radin ha ben dimostrato come esso non funzioni di per sé, posto che i canoni sono espressi da coppie di regole in conflitto e tra cui la scelta è arbitraria¹³. Tali canoni ermeneutici sono infatti l'argomento per analogia e l'argomento *a contrario*: orbene, l'applicazione dell'uno piuttosto che dell'altro appare inevitabilmente affidata a motivazioni valutative. Lo stesso si dica per la scelta tra interpretazione analogica e interpretazione estensiva in materia penale.

Quanto al criterio dell'intento della legge, Radin ha osservato che «nel caso di una legge è veramente raro che non si possa positivamente determinare a cosa essa serva sulla base di una semplice lettura». Tuttavia, una legge presenta non già un fine unico, bensì una catena di fini: perciò «interpretare una legge secondo i suoi fini implica che il giudice scelga uno tra i fini che stanno nella catena dei fini, e questa scelta è determinata da motivi che di solito sono occulti»¹⁴.

Per quanto concerne la critica alla completezza della legge, si è osservato che, anche nell'ambito di legislazioni codificate, sussistono

¹² Così, perspicuamente, SATTA, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 350, e in *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, 1969, 70.

¹³ *Statutory Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 1929-1930, vol. 43, 881 s.

¹⁴ *Loc. cit.*

ampie zone che l'interprete è chiamato a colmare con mezzi propri, sulla scorta di valutazioni metagiuridiche. Oltre tutto, la legge non può prestabilire in modo univoco il significato di ogni parola usata, e, quindi, non è in grado di costituire un sistema linguistico autosufficiente. Ne consegue – come rileva Herbert Hart¹⁵ – che nel campo delle norme «vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire»: vi saranno casi in cui le espressioni generali sono chiaramente applicabili, ma vi saranno casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no. Senza contare che altri fattori concorrono a rendere il dettato della legge oscuro, contorto, suscettibile di interpretazioni diverse: il legislatore, nel redigere un codice, al pari di ogni intelligenza umana, non appare in grado di avere una conoscenza perfetta dell'insieme dei fatti che intende regolare e del *corpus* legale preesistente; né appare in grado di formulare adeguatamente e univocamente il proprio volere e tenere presenti le trasformazioni tecniche, sociali e ideologiche portate dal futuro.

Che cosa dire, allora, della tesi secondo cui l'opera del giudice deve essere caratterizzata da «apoliticità, certezza del diritto, applicazione della legge quale essa è e non quale piacerebbe che fosse»¹⁶, escludendosi recisamente «l'attribuzione al magistrato di compiti per così dire 'politici' ove a tale aggettivo si assegni un significato creativo o comunque integrativo del diritto positivo, mediante la scelta di nuovi fini, scelta che spetta soltanto agli organi politicamente responsabili i quali la cristallizzeranno poi in nuove leggi»¹⁷?

È proprio vero che non è possibile «una scelta politica dell'interprete nell'individuare il contenuto precettivo della norma, se egli deve pervenire a tale risultato percorrendo un *iter* rigorosamente tracciato dal legislatore, in base a criteri oggettivi e non ad impulsi soggettivi»¹⁸?

A favore di tale tesi vengono addotti principalmente due argomenti: da un lato, si sottolinea che la stretta fedeltà alla legge stabi-

¹⁵ V. *The Concept of law*, London, 1961, nella trad. it. di M. Cattaneo, edita da Einaudi, Torino, 1965, 2^a ed., 148.

¹⁶ COLLI, *Quello che ci divide*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 414.

¹⁷ CHECCHINI, *La responsabilità morale del magistrato*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 258 s.

¹⁸ JANNUZZI, *Magistratura e politica: limiti nell'interpretazione della legge*, in *Rassegna dei Magistrati*, 1968, 341.

lita dall'art. 101 Cost. garantisce la certezza del diritto e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge; dall'altro, si nota che l'art. 12 delle preleggi non consente al giudice alcuna possibilità di interpretazione politica, indicando come compito del magistrato la tutela dell'ordinamento giuridico vigente. D'accordo che l'art. 101 Cost. prescrive la «soggezione» alla legge e che l'art. 12 delle preleggi impone all'interprete l'osservanza di una serie di criteri volti a guidarlo nella sua attività; e d'accordo pure che, non appena l'indagine giurisprudenziale si sposta dal piano prescrittivo («l'interprete deve fare così») al piano descrittivo («l'interprete fa così») ci si accorge che il giudice – lo voglia o no – si trova continuamente nella necessità di operare scelte valutative¹⁹.

Del resto, si ammette pressoché pacificamente l'utilizzazione dello strumento costituito dall'interpretazione evolutiva e integrativa, magari sforzandosi, sia pur invano, di ricondurre l'impiego di tale metodo ermeneutico nel quadro del modello di giurisprudenza saldamente vincolata alla legge e libera da giudizi di valore propri del singolo interprete. E la conclusione è sintomatica: grazie al rimedio dell'interpretazione correttiva ed integrativa, nonché evolutiva, «che consentono di intendere il senso precettivo di una norma al lume dei principi accolti dal legislatore in un'altra disposizione e con maggiore aderenza alla realtà», «l'interprete è abilitato ad attribuire (alla legge scritta) un significato più ampio ed anche alquanto diverso da quello che potesse risultare dalla lettera della legge, al fine di adattarne il contenuto alle mutate esigenze, purché queste risultino già avvertite e considerate dal legislatore stesso in un'altra norma»²⁰.

Naturalmente, una volta ammesso che la metodologia della giurisprudenza comporta operazioni «libere» di ordine valutativo, occorre aggiungere che la libertà spettante al giurista va utilizzata nel miglior modo possibile. Essa comporta un impegno di approfondimento e razionalizzazione dei giudizi di valore; ed implica un'attenta e severa utilizzazione delle scienze morali e sociali, il tutto per «spiegare» e «comprendere». La ricerca e l'argomentazione in rapporto alla sfera delle valutazioni si contrappongono così alla pigrizia, alla scelta casuale o passionale o maliziosa sottostanti alla motivazione in

¹⁹ BOBBIO, *Essere o dover essere nella scienza giuridica*, in *Rivista di filosofia*, 1967, 257.

²⁰ JANNUZZI, *op. cit.*, 345 s.

termini «legalistici». Il giurista non deve pensare di potersi nascondere all'ombra dello Stato, ponendosi al riparo dagli impegni e dai rischi morali.

In realtà, entro i confini in cui il giurista è «libero», egli deve «in quanto giurista» essere integralmente uomo, nella pienezza dell'impegno etico e politico che ciò comporta. Così, in un regime positivo inumano come quello nazista, il giurista era chiamato a scegliere il miglior diritto possibile, cioè il diritto meno nazista possibile.

In definitiva, la responsabilità del giurista arriva sino in fondo: il suo impegno «come giurista» non implica comode «delegazioni». Il giurista è molto più filosofo e molto più pratico di quanto egli non si ritenga.

In Italia queste concezioni tardano, più che altrove, a farsi strada. Perché? Norberto Bobbio ha riproposto una spiegazione molto acuta²¹, già di Piero Calamandrei²². L'atteggiamento formalistico di gran parte dei giuristi italiani ha avuto una sua ragion d'essere ai tempi del fascismo; gli avvenimenti dell'epoca avevano suggerito l'adozione di moduli formalistici di descrizione delle attività giudiziarie perché si credeva che essi permettessero di resistere alle pressioni del Governo autoritario. Venute meno quelle situazioni storiche, l'atteggiamento in questione si è perpetuato per un non insolito fenomeno di vischiosità. Anzi, la cosa più strana è che questo preteso legalismo costituisce sovente un ostacolo all'applicazione della Costituzione, che è pur la legge fondamentale dello Stato, e della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, che è legge dello Stato.

Può sembrare un paradosso, ma è la verità: passa per rivoluzionario chi chiede l'applicazione della Costituzione e della Convenzione europea. Si dovrebbe dire, invece, che chi osteggia l'applicazione della Costituzione e della Convenzione europea è su posizioni di illegalità.

²¹ BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 994.

²² *La crisi della legalità*, in *La nuova Europa*, anno I, n. 4, 31 dicembre 1944, ristampato dapprima in *Costruire la democrazia, Premesse alla Costituente*, ed. U, Roma-Firenze, s.d. (ma 1946) e, poi, in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, vol. I (*Storia di dodici anni*), tomo primo, La Nuova Italia, Firenze, 1966, 72 s. e, specialmente, 78.