

## *La crisi del circolo* (a modo di prefazione)

1. Le pagine, raccolte in questo libriccino, descrivono il tramonto, o la crisi, di un *circolo logico*, su cui riposa il moderno Stato di diritto. Dove: decidere la controversia, giudicare torto e ragione, applicare la legge, coincidono appieno, e l'uno sta per l'altro.

Decidere la controversia è porvi termine, sciogliere dubbi di fatto e ambiguità interpretative, preferire una soluzione fra le molte possibili. Il decidere si appoggia sul giudicare; non nasce dal nulla, non è puro atto di volontà, ma risultato di un raffronto fra ciò che la legge ha previsto e ciò che è accaduto, tra anticipazione di ieri e realtà di oggi. In codesto raffronto risiede l'applicazione della legge. È famosa la proposizione del barone di Montesquieu, irrisa da zelanti o incolti novatori: “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” (*Esprit des Lois*, XI, chap. VI). Vi si esalta e garantisce la *grandezza del giudizio legale*, la relazione di coerenza e lealtà fra norma e decisione del caso concreto. Il giudizio, convertendo le ‘parole della legge’ in ‘parole della sentenza’, decide la controversia, in modo ‘inanimato’, cioè oggettivo e impersonale.

Il circolo logico, di che sopra si è discorso, assicura la *calcolabilità* delle decisioni giudiziarie, le quali dipendono dal paragone fra schema normativo e fatto concreto. La descrizione del legislatore (la ‘fattispecie’) si protende verso il futuro, si sforza di prevedere e ingabbiare ciò che può avvenire. Il giudice – sussumendo il fatto concreto, qui ed ora compiuto da Tizio e Caio, entro la figura anticipatoria – riconduce il presente alla previsione legislativa. La norma volge verso il futuro; il giudizio sussuntivo muove dal presente

verso il passato. Questo *incontro nel tempo* determina la qualifica del fatto e il suo trattamento giuridico.

2. I tre momenti – decidere giudicare applicare la legge – non vanno di necessità tutti insieme, e possono disgiungersi e stare a sé.

Si può decidere senza giudicare. Il decidere ‘per valori’ è non tanto un giudicare, ossia assegnare predicati a un soggetto (un predicato legislativo a un fatto accaduto), quanto un *prendere posizione*; non un raffronto, ma un confronto. I valori – meglio si chiarirà in talune delle pagine qui raccolte – non hanno bisogno né di fattispecie né di giudizi sussuntivi, ma tendono a immediata e concreta realizzazione.

La controversia è bensì *decisa*, ma senza quel giudizio in cui la legge definisce la vicenda concreta e ne fa un ‘caso’ della propria applicazione. La ‘concretezza’ di vita rifiuta di ridursi a ‘caso’, vuol rimanere se stessa, tutta gettata nel presente e nell’oggi. Mentre l’applicazione della legge è ‘inanimata’, o meglio non ha altra anima che quella del testo normativo, il decidere ‘per valori’ (o per ‘clausole generali’ o per altri criteri di ‘giustizia materiale’) s’immerge nella concreta situazione di vita, entra nel merito delle scelte negoziali, e le integra o modifica o corregge.

Esso è del tutto incalcolabile e imprevedibile. La sua essenza sta proprio nell’adesione, piena e integrale, alle circostanze concrete, al gioco presente degli interessi, alle volontà esplicite o implicite delle parti. Il concetto di fattispecie, il ‘se A’ del giudizio normativo (se A, allora B), che sembrava indispensabile alla rappresentazione razionale del diritto, diviene uno vecchio e polveroso strumento da riporre in soffitta. Il valore si mette dinanzi al fatto, alla situazione di vita, che lancia un appello e attende risposta.

3. Insopprimibile è soltanto il momento del decidere. Il delitto di ‘*déni de justice*’ (art. 4 *titre préliminaire* Code Civil) è delitto di negata decisione. La decisione tronca la controversia; stabilisce ragione o torto, colpevolezza o innocenza; archivia il caso, e consente di andare al di là. Qualsiasi società – dalla tribù primitiva alla famiglia, dallo Stato alle comunità minori – ha bisogno di decisioni. La singola vicenda va comunque definita e chiusa nel passato: *res*

*judicata*, appunto, quale che siano i modi e i contenuti della decisione. Non ci si può attardare oltre.

Possiamo immaginare (o paventare) una società, in cui non ci siano norme con rigide fattispecie, né si svolgano giudizi sussuntivi, e invece si realizzino ‘valori’ e ‘clausole generali’ e principi di giustizia materiale, ma non una società senza decisioni. Una società immersa nel dubbio, lieta della propria problematicità e del perenne disputare, è soltanto un mito estetizzante. Bisogna ‘tagliar corto’, e proseguire alacri nel cammino.

4. Gli ordinamenti processuali esigono che la decisione sia *motivata*, cioè rechi in sé la giustificazione della scelta compiuta. La decisione non poggia sul niente, ma sulla qualsiasi motivazione, sottoposta al controllo delle istanze superiori: sulla prima decisione si sovrappongono altre decisioni. Ove la decisione sia disgiunta dal giudicare secondo legge, e affidata a ‘valori’ o altri criteri soggettivi, i diversi gradi del processo si risolvono in una catena di pure decisioni, in un sovrapporsi di esperienze esistenziali, che mettono capo a un *dictum* incontrollabile e incontrollato.

L’obbligo o onere di motivazione, introdotto al fine di ‘giustificare’ la sentenza e di sottrarla all’arbitrio del magistrato, assume diverso significato. Altro è motivare con *razionalità sussuntiva*, ricongiungendo la fattispecie anticipatoria di ieri all’accaduto di oggi; altro, motivare mercé *intuizionismo dei valori*, cioè con immediata risposta alla situazione presente. Lì, la situazione di oggi si ‘astrattizza’ in termini impersonali e schematici; qui, essa stringe nell’insieme delle circostanze, delle giunture negoziali (la ‘operazione economica’), delle aspettative individuali.

In ambedue i modi, si giunge alla decisione; la controversia è definita, i casi sistemati in archivio. Il decidere ‘per valori’ è un *decidere senza giudicare*, se col giudicare intendiamo la sussunzione nella fattispecie legislativa. O provvisto, anch’esso, di giudicare, quando questo sia scorto pure nell’immediata e concreta realizzazione del ‘valore’. Ma è altro e diverso giudicare.

5. Non sappiamo se il compito delle future generazioni, di legislatori scienziati pratici del diritto, sia di ‘razionalizzare’ i valori,

ossia di calarli sulla terra e di tradurli in singole e particolari fattispecie. Si tratterebbe di considerarli non più come surrogati di fedi religiose o di principi naturali, ma come criteri di volontà, scelti e applicati dall'uomo nel suo cammino storico. O piuttosto se il vecchio sistema delle fattispecie sia destinato a completa rovina, e le situazioni di vita esigano risposte immediate, imprevedibili, incalcolabili. Allora, poiché non si dà un valore unico e supremo (è la nietzscheana 'morte di Dio'), 'terminale e bloccante', i valori – come bene avverte Gianni Vattimo – si potrebbero “dispiegare nella loro vera natura, che è la convertibilità, e trasformabilità/processualità indefinita” (*Apologia del nichilismo*, in *La fine della modernità*, Milano, 1985, p. 29). Che è il grado estremo del nichilismo. Il giudice diventa padrone dei 'valori' e pretende così di innalzare l'*auctoritas* della sentenza all'assolutezza di una *veritas*, la quale è, sempre e solo, atto di umana volontà.

\*\*\*

Queste pagine vanno percorse, chi proprio voglia leggerle, *a ritroso*: dalla terza parte, dove si abbozza una teoria generale del diritto, alla seconda, che introduce i temi inquietanti di dubbio caso decisione, fino alla prima in cui la crisi della tradizione si svela e dirompe con accenti drammatici.

Roma, 5 aprile 2016

*Molti dei saggi, raccolti in questo libro, sono già editi e dispersi altrove.*

# I

1. *Un diritto incalcolabile*
2. *La crisi della fattispecie*
3. *'Calcolabilità' weberiana e crisi della fattispecie*
4. *Capitalismo e calcolabilità giuridica  
(letture e riflessioni)*
5. *I 'cancelli delle parole'  
(intorno a regole, principi, norme)*
6. *Nóμος e lex  
(Stato di diritto come Stato della legge)*
7. *Senso del giudicato*
8. *Un contratto 'incalcolabile'*



## *Un diritto incalcolabile\**

1. La calcolabilità come elemento del moderno capitalismo. – 2. Calcolabilità e certezza del diritto. – 3. Calcolabilità e ‘fattispecie’. – 4. Circolo logico fra decidere giudicare applicare la legge. – 5. Il ‘diritto razionale formale’ di Max Weber. – 6. Dalla decisione normativa alla decisione giudiziale. – 7. ‘Clausole generali’ e preannuncio di soggettivismo vitalistico. – 8. Singolare destino di Carl Schmitt. – 9. Decidere secondo ‘valori’. – 10. Causa concreta e operazione economica. – 11. Concezione metodologica o esistenziale dell’interpretazione. – 12. Calcolabilità e nichilismo. – 13. Raffronto e confronto. – 14. Capitalismo e crisi della calcolabilità.

1. La *calcolabilità* è un fattore costitutivo del capitalismo. Le domande dell’imprenditore si dirigono verso il futuro: quali saranno i costi di produzione? quale, la domanda di un dato bene sul mercato? quali, le scelte di politica interna ed estera? Gli interrogativi possono moltiplicarsi, e rendersi più complessi e ardui. Sempre si tratta di incognite, di eventi futuri, che determinano il *rischio d’impresa*.

Ad essi appartiene anche *il diritto*, i modi in cui saranno regolati i *rapporti dell’imprenditore con altri soggetti*: con i soci, che partecipano a una comune attività; con i prestatori di lavoro; con gli istituti bancari; con i compratori delle merci prodotte; con l’apparato burocratico dello Stato; e via seguitando.

La disciplina di questi rapporti, che spesso s’intrecciano e

---

\* Queste pagine sono destinate, con partecipe e cordiale animo, agli *Scritti* gratulatori per Giorgio De Nova. Le tesi dell’autore possono vedersi in: *Nichilismo giuridico*, 3<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2005; *Il salvagente della forma*, 2<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2007; *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

combinano, è assunta dalle *norme giuridiche*, le quali si applicano ai casi concreti e parlano nelle decisioni giudiziarie. Lo sguardo dell'imprenditore si volge perciò alle *leggi* ed alle *sentenze*.

2. Codesto cenno d'esordio richiama alla memoria il saggio di Flavio Lopez De Oñate, *'La certezza del diritto'*, che, venuto fuori nel 1942, ebbe subito larga risonanza, e rimane un piccolo classico della nostra letteratura. Il punto di vista è schiettamente filosofico: l'azione non si muove "come volontà erratica ed arbitraria"<sup>1</sup>, ma è fedele a se stessa, onde "obbedire alla legge degna di questo nome, vuol dire obbedire alla ragione profonda che ciascuno porta in sé, come legge della sua vita e del suo intimo essere". La filosofia esistenzialistica dell'azione, in cui non si dà posto al calcolo imprenditoriale (la densa bibliografia ignora il nome di Max Weber), offre spunti e motivi di singolare rilievo. La esigenza di certezza "è basata sulla sicurezza che all'individuo ne deriva", e, dunque, non tanto o non solo sulla calcolabilità economica del futuro, quanto sulla 'garanzia dell'azione' (la formula è del Filomusi Guelfi), "in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà"<sup>2</sup>. "La prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per il quale la legge non ragiona di *cose particolari e presenti*, ma di *cose future e generali*, secondo la geniale intuizione di Aristotile"<sup>3</sup>.

L'accento della pagina cade sull'individuo, sull'intima fedeltà del suo agire, sulla coerenza e continuità fra l'oggi e il domani. L'orizzonte di Lopez si racchiude nel destino del singolo, e perciò non tocca né il sistema economico né la genesi del moderno capitalismo. Ma acute notazioni possono utilizzarsi anche in altra e diversa prospettiva: così la garanzia dell'azione, o la denuncia del vecchio Romagnosi circa lo 'scoraggiamento delle aspettative'<sup>4</sup>, rispecchiano istanze e timori del nostro tempo.

---

<sup>1</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, rist. postuma a cura di G. Astuti, Roma, 1950, p. 80.

<sup>2</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, p. 77.

<sup>3</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, p. 77-78.

<sup>4</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, p. 84.



3. Calcolare il futuro giuridico è ‘contare su ciò che verrà’, ossia sulle leggi che saranno emanate e sulle sentenze che saranno pronunziate.

L’incalcolabilità delle leggi rientra, ormai da decenni, nella comune esperienza e nell’analisi della dottrina. La formula, o teoria, insieme fenomenologica e metodologica, della ‘decodificazione’ ha provato a riassumere il processo storico ed a coglierne le conseguenze più gravi<sup>5</sup>.

L’attenzione deve ora spostarsi sulla *decisione delle controversie*, sulla scelta giudiziale fra torto e ragione, colpevolezza o innocenza, legittimità o illegittimità di un atto amministrativo, e così via. Al fine di renderla prevedibile, e perciò oggetto di un calcolo anticipatorio, la decisione della causa è costruita come applicazione della legge: La quale non descrive – per ripetere, con Lopez De Oñate, la ‘geniale intuizione di Aristotile’ – ‘cose’ particolari e presenti, ma ‘cose’ generali e future. Questa descrizione è ciò che la scienza giuridica denomina ‘fattispecie’, ossia ‘*species facti*’, uno schema o figura tipica, destinata a realizzarsi per indefinito numero di casi. Il fatto concreto, qui ed ora accaduto fra soggetti determinati, diventa ‘*caso*’ per virtù della legge, che, descrivendolo in anticipo, lo valuta e qualifica, lo approva o disapprova.

L’eccezionale importanza della fattispecie è acutamente colta da Max Weber, che vi addita lo strumento della moderna razionalità e calcolabilità giuridica: “... ogni decisione giuridica concreta è l’applicazione di un principio giuridico astratto a una ‘fattispecie’ concreta”<sup>6</sup>. La quale, combaciando con la descrizione normativa, rivela i suoi caratteri giuridicamente rilevanti, si spoglia di ogni altro aspetto, e così guadagna un’impersonale e sobria oggettività. Quel fatto è ormai un ‘caso’ di applicazione legislativa.

4. Poiché la norma non si limita a descrivere un fatto generale e futuro, ma collega al suo accadere un *effetto giuridico* (castigo o premio, pena o ricompensa, costituirsi o modificarsi o estinguersi di situazioni soggettive), l’individuo è in grado di *calcolare ciò che avverrà*.

---

<sup>5</sup> N. IRTI, *L’età della decodificazione*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1999. Il saggio dal medesimo titolo risale al 1978.

<sup>6</sup> M. WEBER, *Economia e società*, II, trad. it., Milano, 1974, p. 17.

Egli sa che la causa sarà decisa secondo la legge; o, in altre parole, che *decisione e applicazione della legge* (nel suo proprio congegno di fattispecie ed effetto) *coincidono appieno*. La caratteristica del giudizio processuale è in questa assoluta e rigorosa identità.

Lo Stato moderno riposa, a ben vedere, sulla *circolarità logica fra decidere, giudicare, e applicare la legge*. Il processo si compie, e la causa è terminata, attraverso il giudizio in cui si applica la legge. *Decidere* è terminare, tagliare gli indugi, deliberare la scelta fra soluzioni possibili. E questo accade nella forma di un *giudizio*, ossia nella sintesi fra un soggetto e un predicato: dove soggetto è il fatto concreto e particolare, e predicato è la qualifica proveniente dalla norma. La legge, fornendo i predicati delle azioni possibili, *si applica* nel giudizio.

La decisione non è ‘basata sul nulla’ (*auf nichts gestellt*), come vorrebbe Carl Schmitt, ma sul giudizio applicativo, onde la qualifica predisposta dalla legge viene assegnata ad un fatto concreto e determinato. La fattispecie è il necessario strumento di questa logica, poiché essa contiene la *figura anticipatoria* di ciò che accadrà; e, traendolo indietro nel tempo, lo rende prevedibile e calcolabile.

5. Questo, di sopra descritto nei contorni più semplici, è ciò che Max Weber studia e denomina come ‘*diritto razionale formale*’. “Solo così – annota Wolfgang Schluchter<sup>7</sup>, che, con il nostro Pietro Rossi, è il più autorevole interprete del pensiero weberiano – una concreta decisione giuridica può diventare un’‘applicazione’ calcolabile di un principio giuridico astratto a un fatto concreto. Un diritto che non sa andare oltre all’‘irrazionalità del caso singolo’ rimane non calcolabile. Nella classificazione dei dati di fatto concreti non osserva alcuna caratteristica generale dei dati di fatto, e nella ‘sussunzione’ non segue alcuna norma generale”.

Razionalità e calcolabilità sono garantite dal rapporto tra fattispecie normativa e fatto concreto, sicché quella possa *riconoscersi* in questo, assegnargli il congruo predicato, e così decidere la causa. Se la “calcolabilità del funzionamento dell’amministrazione della giustizia ... costituisce una delle più importanti condizioni preliminari di imprese economiche durevoli, e specialmente di

<sup>7</sup> W. SCHLUCHTER, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, trad. it., Bologna, 1987, p. 164.

quelle di tipo capitalistico, che hanno bisogno della ‘sicurezza del traffico’ giuridica”<sup>8</sup>, allora l’amministrare giustizia esige l’assoluta legalità della fattispecie, il giudizio sussuntivo del fatto concreto, la deduzione della sentenza da predisposti principi.

6. Il mondo giuridico, di cui si va offrendo un breve ritratto, ha la caratteristica dell’oggettività e impersonalità, ma non ignora né l’energia della decisione né il contributo di ciascun interprete.

Esso muove dalla *decisione normativa* e giunge alla *decisione giudiziale*. La prima fonda, e a mano a mano alimenta e nutre, i singoli sistemi di diritto. Non è controllabile né sindacabile: si pone dinanzi agli interessi in conflitto, e l’uno tutela e soddisfa, l’altro sacrifica. Codesta scelta si esprime nello schema ipotetico ‘se A, allora B’, dove B è la conseguenza collegata all’accadere di A. La decisione normativa ha bisogno della fattispecie, cioè di descrivere gli elementi di A: il quale non è un caso concreto e particolare, ma un evento, o una classe di eventi, generale ed astratto.

Fra l’una e l’altra decisione – quella originaria, compiuta dal legislatore, e quella subordinata dal magistrato – sta il giudizio sussuntivo, onde il fatto concreto, ricondotto sotto la fattispecie, diventa un caso di applicazione della norma. Ben a ragione Carl Schmitt, proprio nello svolgerne la critica più seria e acuminata, osserva che “il legame di normativismo e decisionismo ... costituisce l’essenza scientifico-giuridica del positivismo”<sup>9</sup>.

Si diceva di sopra che lo Stato di diritto – o, se si vuole, il sistema delle fattispecie normative – non ignora l’individuale contributo dell’interprete né ha l’ingenuità di ridurre l’applicazione della legge a un meccanico ‘sussumere’. Ma sa altresì che lo stesso legislatore, provvedendo con apposite norme a regolare l’interpretazione, introduce *criteri di metodo*, che rendono possibile il controllo dei risultati e così danno senso alla pluralità di gradi o istanze giudiziarie.

---

<sup>8</sup> M. WEBER, *op. cit.*, II, p. 189. Cfr. K. JASPERS, *Max Weber*, 1932, trad. it., Roma, 1998, pp. 65-66: dove si parla della “possibilità razionale di prevedere le future decisioni del giudice, la quale previsione è possibile soltanto con la validità di un diritto formale, non già nell’irrazionale amministrazione della giustizia alla quale si arriva imprevedibilmente attraverso la buona volontà umana di un cadì che abbia ascoltato le parti ...”.

<sup>9</sup> C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, 1934, trad. it., Torino, 1993, p. 36.

7. Il funzionamento calcolabile delle norme è ormai in piena crisi. Il preannuncio si vide nelle 'clausole generali' (buona fede, ragionevolezza, buon costume ecc.), che Schmitt salutò come 'rinuncia al fondamento del positivismo', e 'nuovo modo di pensare giuridico', ed estese dal diritto civile al penale e al tributario. "Viene ... creata – egli soggiungeva<sup>10</sup> – la possibilità che si renda immediatamente giustizia alla concreta realtà di un rapporto vitale ...". Ed ancora<sup>11</sup>: "Laddove concetti come 'buona fede', 'buon costume' ecc. non vengono riferiti alla società individualistica borghese dei traffici, ma all'interesse della totalità del popolo, muta in effetti l'intero diritto, senza che un'unica legge 'positiva' abbia bisogno di venire mutata".

La sincera e ruvida pagina di Schmitt coglie appieno il significato 'eversivo' delle clausole generali, le quali non si raccordano a tipiche e astratte fattispecie, ma rendono "immediata giustizia alla concreta realtà di un rapporto vitale". Esse rispondono 'immediatamente', ossia senza mediazioni legislative e tramite sillogistici, alla 'concreta realtà di un rapporto vitale', a quella che diremmo 'situazione di vita'<sup>12</sup>, giudicata nella sua identità e specificità (ma avvertendo che, nel pensiero di Schmitt, 'vitale' è ciò che giova alla totalità del popolo).

Questo si dice, non già per denunciare torbide connessioni fra clausole generali e diritto nazionalsocialista, ma per segnalare l'*irruzione di criteri di giudizio*, che non si richiamano alla logica sussuntiva della fattispecie e offrono immediata risposta alle situazioni di vita. Criteri, che riposano, non più sull'oggettività di norme calcolabili, ma sull'*incontrollabile soggettivismo della decisione*. Le clausole generali sono trasferibili da uno ad altro clima politico, possono riempirsi di etica capitalistica degli affari o di interessi

---

<sup>10</sup> C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 66. Giova di richiamare un'acuta cronaca bibliografica di A. SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 77 ss., in cui si segnalano talune proposizioni di G. Lenz, che ancor oggi sembrano risuonare: l'antitesi fra legge e diritto, inteso come principio vitale di ogni comunità; il rifiuto della funzione giudiziaria come applicazione della legge; collocarsi il giudice, pronunciando la sentenza, nella posizione di membro della comunità; ecc.

<sup>11</sup> C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 63.

<sup>12</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 43 ss.; *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 36-44.

totalitari del popolo, e, insomma, si offrono ad ogni uso e ad ogni manipolazione.

C'è il preannuncio di un *soggettivismo vitalistico*, che non guarda più alla 'realtà' attraverso gli occhiali della legge, giudicandola conforme o difforme, ma le si pone di fronte, e l'approva o disapprova con immediata decisione.

8. Appunto, la decisione, e soltanto la decisione, viene al centro di un nuovo pensiero giuridico. Essa si distacca da applicazione della legge e logica sussuntiva, e si appoggia su criteri costruiti o intuiti dallo stesso giudicante. Le clausole generali hanno aperto una falla, uno squarcio rovinoso, in cui precipita ogni forma di soggettivismo.

È singolare destino è quello di Carl Schmitt, che, irrisa la logica della fattispecie nelle pagine del 1934, è già costretto, dieci anni più tardi, a invocare un ritorno all'organicismo di Savigny ed alla 'cripta misteriosa' della scienza giuridica europea<sup>13</sup>; e infine, nel 1960, a denunciare la 'tirannia dei valori', affidando alle leggi il compito di "stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori"<sup>14</sup>. 'Immisurabilità' e 'immediatezza' suscitano ormai 'terrore' nel grande eremita di Plettenberg, il quale riscopre la necessità della '*mediazione*', cioè di fonti secondarie e giudizi applicativi, per il cui tramite si giunga alla decisione del caso concreto.

9. Quando nel 1960 Carl Schmitt leva il grido angoscioso contro la 'tirannia dei valori', l'antico impianto teorico-pratico del diritto è già duramente scosso. E dal lato delle fonti e dal lato dell'interpretazione: il *che cosa* e il *come* del mestiere giuridico.

Il giurista è già salito – fedele, in questo, alla tradizione positivista – *dalla legge ordinaria alle norme costituzionali*, ossia a norme senza fattispecie, enunciatrici di scopi e programmi, descrittive non tanto dell'oggi quanto di un remoto domani. E ne trae, non

---

<sup>13</sup> C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, 1943-1944, trad. it., Roma, 1996, p. 87.

<sup>14</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, 1960, trad. it., Milano, 2008, p. 67.

più i vecchi principi generali, ricavati per induzione dal sostrato positivo, ma assoluti e grandeggianti ‘valori’, i quali pretendono di ‘realizzarsi’, e così di approvare o disapprovare singole ‘situazioni di vita’. I valori non si appoggiano a fattispecie, che li limitino e circoscrivano a classi tipiche di eventi, ma avvolgono la vita e danno risposta a tutte le domande.

In un contributo dottrinario degli ultimi anni, discutendosi la definizione di norme-principio ‘prive di fattispecie’, è stato osservato<sup>15</sup>: “Questi sono i principi nei quali l’assenza di fattispecie, ossia di una benché minima rappresentazione di una condotta tipizzata, è funzionale al loro carattere quali ‘essenze’ (puramente ideali) = o *principi ad applicazione generale*, nel senso che non sono destinati ad avere applicazione a una o a determinate materie, ma sono applicabili universalmente a interi settori della vita giuridica o alla complessiva vita giuridica: sono quelli che alcuni definiscono come i *principi generali dell’ordinamento giuridico*, che, quando sono principi fondanti, essendo alla base della Costituzione, sono definiti *principi supremi*”.

Siamo dinanzi ad una pagina, che, con inconsueta sincerità e chiarezza, svela i ‘valori’ come ‘essenze’, ‘essenze assiologiche’, ‘applicabili alla complessiva vita giuridica’. Pagina, in cui si sposano intuizionismo soggettivo e indistinto vitalismo: le ‘essenze’, intuite o captate dall’interprete (e, dunque, anche dal soggetto chiamato a decidere la causa), si stringono tutt’intorno alla ‘vita giuridica’, e – prive, come sono, di fattispecie – si slegano da vincoli ricognitivi e sillogistici. L’‘applicazione’ dei valori non è autentica applicazione, al modo in cui se ne discorre per la legge, ma immediata e dispotica realizzazione. Sprovvisto di fattispecie, il giudicante si trova, in una nudità coperta di ‘valori’, dinanzi alla ‘vita’, cioè al groviglio di interessi e bisogni e passioni, che segnano da sempre la storia degli uomini. La sua decisione è risposta del valore alla ‘situazione di vita’.

Il giudizio secondo valori non è propriamente giudizio, che assegni un predicato a un soggetto, ma *presa di posizione* dinanzi ad un episodio di vita. L’asse si sposta, per così dire, dalla legge al giudizio (e qui saremmo tentati di rileggere quel capitolo di storia dottrinnaria, che, aperto da Francesco Carnelutti all’indomani del

<sup>15</sup> A. BALDASSARRE, *Filosofia dei valori ed ermeneutica dei valori* (a proposito del ‘pensare per valori’), in *Lo Stato*, I, 2012, pp. 20-21. La definizione discussa si deve a Gustavo Zagrebelsky.

secondo conflitto mondiale, si consegnò alla formula sattiana del ‘mistero del processo’). Ma un giudizio senza legge, dalla quale si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda *decisione*, che ha fondamento in se stessa. O lo trova in qualche ‘principio’ o ‘esigenza’ o ‘valore’, che altri, in diverso processo e luogo, potrà riempire della propria volontà. “Chi oggi si affida a simili contenuti iperpositivi firma una cambiale per il futuro della quale non si sa chi la presenterà, se il caso vorrà che essa debba essere presentata”<sup>16</sup>.

**10.** La ‘situazione di vita’ viene proposta dalle parti, non più nello schema tipizzante delle fattispecie, ma nei caratteri di una concreta realtà, di un presente che rifiuta raffronti con il passato.

Il diritto italiano, e teorico e pratico, conosce ormai la ‘*causa concreta*’ del contratto, e la ‘*operazione economica*’, in cui l’accordo si iscrive. La ‘causa’ individuale permette all’interprete di penetrare al di là del testo linguistico, di raggiungere e valutare il ‘merito’ dell’accordo, di correggere o integrarne il contenuto. Non più la causa come oggettiva e impersonale *funzione*, destinata a ripetersi in indefinite ipotesi, sempre la stessa e sempre controllabile; ma la causa di *queste* parti, in *questo* dato accordo, la quale perciò si esaurisce e consuma in esso.

E, a sua volta, l’accordo si colloca, accanto ad altri eventuali patti e convenzioni, nel quadro di un’*operazione economica*: che è, anch’essa, unica e solitaria, non ripetitiva di uno schema già predisposto dal legislatore. La ‘operazione economica’, di A e B, qui ed ora, non è, né può essere, *antecipata* in una descrizione normativa: è il presente della ‘vita’, la concretezza che esige immediata risposta nel segno di ‘valori’.

**11.** Il soggettivismo, intuizionistico e vitalistico, scioglie l’interprete da ogni vincolo metodologico. Siamo qui al ‘come’ del mestiere giuridico (cfr., *supra*, § 9).

Nel ‘mondo di ieri’ – il mondo delle norme, del giudizio sussuntivo, della funzionante calcolabilità – anche l’interpretazione

<sup>16</sup> E. FORSTHOFF, *Il vincolo alla legge ed al diritto*, 1959, in *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Milano, 1973, p. 236.

è ridotta a fattispecie, e disciplinata con apposite norme (art. 12 disp. prel., 1362 ss., cod. civ.). Le quali, in fedeltà alla tradizione romanistica<sup>17</sup>, segnano criteri o canoni dell'intendere, cioè *detta-no un metodo e ne rendono controllabili i risultati applicativi*. La prospettiva metodologica dà ragione dei gradi di giudizio, e delle istanze gerarchiche del processo, dove la superiore controlla, e perciò riforma o conferma, i risultati applicativi dell'inferiore.

Di contro alla concezione metodologica dell'interpretare si è levata, ormai dagli anni Sessanta, la concezione 'esistenziale' o 'esistenzialistica': di contro a Emilio Betti, Hans Georg Gadamer. La disputa va oltre i singoli pensatori, e loro libri e polemiche, poiché tocca *il rapporto fra soggetto e testo*: se esso si compia in una 'fusione di orizzonti', in una sorta di unità esistenziale dove il testo è già pre-compreso; o se i due termini rimangano, per così dire, l'uno di fronte all'altro, o, meglio, si ritrovino in una 'comune umanità', in una spiritualità che stringe insieme autore e interprete, mittente e destinatario del messaggio.

In questa seconda prospettiva, assumono rilievo i canoni dell'interpretazione, i *criteri metodici*, che, mentre esaltano l'attualità e storicità dell'intendere, pure salvaguardano l'alterità del testo e vogliono che il senso sia *inferendus* e non *efferendus*, tratto dall'interno e non imposto dall'esterno. Così concepita, l'interpretazione svolta da un giudice è controllabile in un'istanza superiore; e si può ben discuterne la correttezza e la legalità metodologica.

Nella prima prospettiva, non c'è luogo per criteri metodici né per controllabilità dei risultati ermeneutici. Le esperienze esistenziali sono racchiuse in se stesse, l'una prima dell'altra, e insieme possono formare una *tradizione*, ma non istituire e insegnare un metodo. La pluralità dei gradi di giudizio perde qualsiasi funzione di controllo, e si risolve in strati di esperienze vitali.

**12.** Un diritto calcolabile – ossia fondato su fattispecie normative, giudizio di sussunzione, e metodologia ermeneutica – è in grado

---

<sup>17</sup> E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Milano, 1948. Ma vedi H.G. GADAMER, *Che cos'è la prassi?*, 1974, in *La ragione nell'età della scienza*, trad. it., Genova, 1982, pp. 61-62, dove si dileggiano i 'pericolosi formalisti', e si scrive che le "decisioni prese sono più importanti delle leggi generali che fanno da sfondo a tali decisioni".