



LA LEGISLAZIONE DI MERA FORMULA. CONSIDERAZIONI A PARTIRE DA ALCUNE INTUIZIONI DI GIOVANNI TARELLO

di Gianluigi Fioriglio *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le leggi “vuote”, la divisione dei poteri e la certezza del diritto. – 3. Cenni su teoria, ideologia e metagiurisprudenza. – 4. Diritto, norme e interpretazione. – 5. La legislazione di mera formula e l’attualità del pensiero di Giovanni Tarello.

1. Premessa

Soprattutto negli ultimi decenni è stato da più parti messo in evidenza il cambiamento relativo alla produzione legislativa, sempre più soggetta ad errori, difetti formali o sostanziali, contraddizioni e mancanza di chiarezza. Sembra che il legislatore abbia perso la capacità di realizzare una legislazione comprensibile e non contraddittoria, con un linguaggio univoco, per cui le leggi appaiono sempre più afflitte, in misura più o meno ampia, da difetti e problemi di vario tipo ¹. Basti pensare alle disposizioni, incostituzionali o

* Dottore di ricerca; Dipartimento di Scienze Politiche - Università di Roma “La Sapienza”.

¹ L’evoluzione normativa, o dovremmo piuttosto parlare di involuzione normativa, è sotto gli occhi di tutti e da tempo si è cominciato a parlare della necessità di cominciare a discutere della tecnica legislativa e soprattutto sono stati messi in evidenza i pericoli di una legislazione che, per le sue difficoltà e i suoi errori, ha finito per modificare la stessa formulazione delle leggi e la loro stessa funzione. Cfr. sul tema, M. Ainis, *La legge oscura*, Roma-Bari, Laterza, 2000; *Trasformazione della funzione legislativa*, F. Modugno (a cura di), Milano, Giuffrè, 2000. Interessante è stato anche il contributo alla tecnica legislativa offerto dall’informatica, con il riferimento alla legimatica, il cui intento di offrire conoscenze e strumenti informatici alle assemblee legislative e a tutti i produttori di norme è sintomatico della grande difficoltà in cui versa il legislatore. Tuttavia è anche vero che discutere delle regole di redazione delle leggi a niente vale se le discussioni non sono accompagnate da più penetranti interventi sugli aspetti sostanziali, di natura politico-istituzionale, concernenti i modi di produzione legislativa, vale a dire la ridefinizione dei rapporti governo-parlamento in materia di produzione legislativa, la riorganizzazione delle procedure parlamentari ecc. Cfr., su questo punto, R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L’arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 2004; cfr., inoltre, A. C. Amato Mangiameli, *Informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 169 e ss. Sulla legimatica, considerata sia come tentativo di modellizzare il ragionamento e le procedure relative alla produzione legislativa, sia come ausilio nei confronti dell’attività politico decisionale, cfr. *Problemi della produzione e dell’attuazione normativa, III, Analisi del linguaggio giuridico, legistica e legimatica*, A. Artosi, G. Bongiovanni, S. Vida (a cura di), Bologna, il Mulino, 2001, G. Fioriglio, *Temi di informatica giuridica*, Roma, Aracne, 2004, pp. 47 e ss. Per un’ampia, anche se non recente, bibliografia sulla legistica o tecnica legislativa si rimanda a L. Pegoraro, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988. Per indicazioni bibliografiche sul *drafting* legislativo cfr. *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, M. D’Antonio (a cura di), Padova, Cedam, 1990, *Atti del seminario IDG-CIRFID “Tecnica della legislazione: metodologie*

meno, che realizzano abrogazioni implicite o innominate, o ai testi normativi afflitti da errori, anche grammaticali, che, *in primis*, condizionano negativamente la loro comprensibilità. Tutto questo incide, chiaramente, sulla loro applicabilità e quindi sul tema dell'interpretazione. Prima di poter applicare una legge o, comunque, di poterla rispettare, è necessario comprenderla, cosa che in molti casi non è pienamente possibile per l'ambiguità di cui troppo spesso soffre. In tutti questi casi, l'interpretazione ha un ruolo fondamentale e può richiedere abilità e cognizioni proporzionali alla complessità del caso concreto e delle norme all'uopo rilevanti, il che assume una dimensione ancor più delicata in quegli ordinamenti facenti parte di Stati federali o organizzazioni sovranazionali come l'Unione europea, sia per il crescente numero delle norme, sia per le difficoltà conseguenti alla loro potenziale interazione, indipendentemente dalle relative gerarchie normative ².

Sulla inflazione legislativa molto si è discusso e se ne sono attribuite le cause sia all'intensificazione delle relazioni internazionali, sia allo sviluppo delle autonomie che comporta una moltiplicazione dei centri di produzione normativa, oltre, chiaramente, alle situazioni innovative derivanti dal processo tecnologico, per cui si può dire che “nessun uomo sa precisamente quali norme in quest'ora siano attualmente in vigore, nessun legislatore, nessuna autorità e nessun giudice, nessuno del popolo” ³, e ciò rende più difficile non solo l'opera dell'interprete ⁴, ma altresì quella del legislatore in tutte le fasi che caratterizzano il procedimento, qualora l'intento perseguito sia effettivamente quello di regolamentare. Difatti, anche se l'atteggiamento psicologico del legislatore potrebbe essere

e strumenti informatici, Bologna, 4 maggio 1992, in *Informatica e diritto*, C. Biagioli – P. Mercatali – G. Sartor (a cura di), Napoli, ESI, 1993. Sulle intrinseche difficoltà del diritto in ambito contemporaneo cfr. anche T. Serra, *Il disagio del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993. Più recentemente si veda V. Italia, *Le malattie delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, Giuffrè, 2014.

² Bisogna qui ricordare che anche il tema delle gerarchie delle fonti si è modificato ampiamente nell'arco degli ultimi decenni. Nel breve volgersi di alcuni anni si è assistito, infatti, al crescere della complessità del sistema delle fonti e all'accentuazione di un “poli-centrismo normativo”. Ovviamente questo contribuisce ad accrescere la crisi del diritto. Cfr. sul tema delle fonti, G. Alpa, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 1999; Id., *Le fonti del diritto civile, Policentrismo normativo e controllo sociale*, in Atti del primo Convegno nazionale S.I.S.D.I.C., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, ESI, 2006. Sul sistema delle fonti cfr. N. Irti, *Il sistema delle fonti del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, pp. 702 ss. Di Irti cfr. anche, con riferimento ai problemi della contemporaneità, N. Irti – E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001. Tarello ricordava che le gerarchie di fonti “non sono un prodotto dell'attività interpretativa” (G. Tarello, *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in *Politica del diritto*, 1977, 5, p. 504): “ciò è quanto dire che tali relazioni gerarchiche preesistono all'interpretazione, condizionandola in vario modo (sono, insomma, cose di cui l'interprete può solo prendere atto)” (R. Guastini, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una cultura della storia giuridica*, 1997, 2, p. 463). Sul tema della interpretazione cfr., fra gli altri e in linea generale, P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007.

³ La frase, di Hermann Jahrreiss, è riportata da Spiros Simitis nel suo *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1977, p. 15. Essa, secondo Simitis, non è “per niente una descrizione nera e distruttiva oppure una sorta di intenzionale pessimismo del tutto ingiustificato, ma soltanto la semplice rappresentazione della realtà manifestata con rara schiettezza” (ivi, pp. 15-16).

⁴ Per usare le parole di Giovanni Tarello: “l'idilliaco quadro, che molti oggi si immaginano, di un giurista che si diletta di tranquille e raffinate esercitazioni su poche, stabili, durature norme, non ha avuto mai rispondenza nella realtà, è certo d'altra parte che l'odierno accavallarsi di leggi e regolamenti, da un lato, di sentenze e di circolari dall'altro, crea seri imbarazzi al giurista, non meno al teorico che al pratico, e rende estremamente difficile, per non dire impossibile, quel tipo di conoscenza giuridica che nel secolo scorso da molti si credeva di possedere” (G. Tarello, *Sul problema della crisi del diritto*, Torino, Giappichelli, 1957, p. 15).

considerato ininfluenza ai fini dell'applicazione delle norme ⁵, è pur vero che in alcune ipotesi l'ambiguità potrebbe essere non voluta ed essere frutto di obiettive difficoltà nello svolgimento di un'attività delicatissima: la redazione dei testi normativi. Molto si è discusso, quindi, sulle regole di redazione delle leggi, ma è anche vero che una simile discussione a niente vale se non è accompagnata da più penetranti interventi sugli aspetti sostanziali, di natura politico-istituzionale, concernenti i modi di produzione legislativa, vale a dire la ridefinizione dei rapporti governo-parlamento in materia di produzione legislativa, la riorganizzazione delle procedure parlamentari ecc. ⁶.

D'altronde, si è evidenziato che “le leggi si presentano come un *prodotto industriale*. Esse sono quindi “fabbricate” secondo regole diverse da quelle del passato. Il prodotto: “*legge*” deriva dalla “*fabbrica delle leggi*”, e si tratta di un prodotto più complesso ed articolato delle leggi antiche” ⁷, che, pertanto, dovrebbe innanzi tutto essere prodotto da un legislatore cosciente sia della situazione di fatto che va a regolamentare che del quadro normativo vigente ⁸.

È altrettanto vero, però, che in altri casi il legislatore pone in essere norme volutamente ambigue, ingenerando così la convinzione che sia intervenuto a regolamentare settori anche assai delicati, mentre nella realtà ha soltanto dettato norme di ‘mera formula’. Queste leggi sono “vuote”, e costituiscono una legislazione, per la quale si realizza una estremizzazione *sui generis* dei caratteri di generalità ed astrattezza, in modo che la norma stessa possa consentire molteplici e contrastanti interpretazioni: si legifera in tal modo senza regolamentare. A chi spetta riempire questo vuoto? Non certo alle interpretazioni dottrinali che, chiuse nell'ambito stretto di un dialogo fra tecnici, possono al massimo essere oggetto di discussioni anche al di fuori dell'ambito degli specialisti, ma che poco possono incidere sulla quotidianità e contribuire a disciplinare fattispecie concrete. Non resta che l'interpretazione giudiziale, alla quale, in fin dei conti, è rimesso il compito di riempire la legislazione di “mera formula”.

Il che comporta implicazioni ben più profonde di quanto non possa a prima vista sembrare e ci sembra opportuno in questa sede approfondire questo aspetto su cui si era soffermato con grande acume Giovanni Tarello prima che i sintomi di uno dei tanti mali che può affliggere l'ordinamento giuridico fossero chiaramente riconoscibili.

⁵ Inoltre può essere molto difficile accertare in maniera sufficientemente precisa *un'unica volontà* sia in un organo complesso come un'assemblea costituente sia a livello infra-costituzionale, in virtù delle divisioni politiche e culturali; proprio per questo, vengono spesso raggiunti accordi solo sulla base di formulazioni molto vaghe e generiche (G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2008, 31, p. 10).

⁶ Cfr., su questo punto, R. Pagano, *Introduzione alla legistica*, op. cit., 2004.

⁷ V. Italia, *op. cit.*, p. 3.

⁸ Nella pratica, non sempre si verifica la coincidenza fra le figure del legislatore e del *draftsman* o legista (esperto nella redazione di regole giuridiche). Il legista non è uno “scrivano sotto dettatura”, ma ha un ruolo più complesso, in quanto, “prima di iniziare a stendere un testo in forma di articolato secondo le indicazioni del committente (se non è, come sovente accade, egli stesso il titolare dell'azione legislativa), dovrà circoscrivere il problema da risolvere, precisarne gli obiettivi, raccogliere i dati giuridici e fattuali necessari, procedere a consultazioni, accertarsi della compatibilità dell'intervento che viene proposto, esplorare le possibili alternative”. Il suo compito è invece simile a quello del restauratore quando si limita a ritoccare una disciplina già vigente ma bisognosa di aggiustamenti dovuti all'evoluzione della realtà fattuale oggetto di regolamentazione (R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, cit., p. 32).

2. Le leggi “vuote”, la divisione dei poteri e la certezza del diritto

Occorre ricordare innanzitutto che la ‘legislazione di mera formula’ porta o è il prodotto anche di un cambiamento della funzione o dell’uso della legge che da strumento di regolamentazione dei rapporti sociali, diventa strumento di trasformazione e di governo della società mediante interventi diretti nel campo della vita economica e sociale. La legislazione di mera formula, a cui si accompagna peraltro una legislazione di dettaglio che contribuisce anch’essa a modificare la funzione della legge, incide negativamente sia sull’equilibrio dei poteri costituzionali, stravolgendo, quindi, alcuni punti della nostra stessa struttura parlamentare, sia sulla certezza del diritto. Ma incide negativamente anche sull’osservanza della legge e sui costi della giustizia: leggi incomprensibili e di difficile conoscibilità ingenerano infatti sfiducia sulla loro osservanza e aumentano il ricorso al giudice.

Se il contenuto della norma deve essere definito volta per volta dalla magistratura, viene meno la divisione fra i poteri e la magistratura si attribuisce, seppur parzialmente, il compito di svolgere quello stesso ruolo che la Costituzione attribuisce al Parlamento e ciò avviene mediante una sorta di delega implicita. L’aumento dello spazio interpretativo significa trasferimento del potere legislativo dal suo titolare al giudice, organo non elettivo e non politicamente responsabile, che diventa in tal modo, pur in un ambito di *civil law*, effettiva fonte del diritto⁹. Faceva notare Tarello: “più sono elastiche, generiche, aperte a possibilità di interpretazione plurime, le leggi da applicare, maggiore è il potere dei giudici”¹⁰. Ma come interpretare questo maggiore potere dei giudici? Da un lato è vero che questo ampliamento di poteri potrebbe realizzare un vantaggio per la magistratura, ma si tratta di un vantaggio apparente perché questo sfioramento di poteri alla fine realizza una perdita di identità del potere giudiziale, i cui confini divengono labili, a cui si accompagna la mancanza di legittimazione a svolgere funzioni di altro potere. D’altra parte non si può nemmeno risolvere il problema attribuendo la causa di questo superamento della divisione dei poteri alla stessa magistratura. Il problema è, infatti più complesso, di carattere politico. Esso costituisce uno dei sintomi della crisi dell’idea stessa di rappresentanza come accolta nelle moderne democrazie. Si tratta anche di una crisi della legalità, che, per reazione, sospinge, e non a caso, a far perno sul formalismo quando una mancanza, anche culturale di fini e contenuti, non consenta di arrivare, o non renda opportuno arrivare, ad una decisione o ad una scelta¹¹.

In riferimento al secondo profilo, vale a dire la certezza del diritto, si verificano gravi conseguenze sull’ordinamento giuridico nel suo complesso e sui consociati. Viene meno infatti quella che è sempre stata una caratteristica del diritto, vale a dire quella prevedibilità

⁹ Cfr. R. Pagano, op. cit., p.15.

¹⁰ G. Tarello, *Stato dell’organizzazione giuridica e tendenze evolutive*, in *Sullo stato dell’organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, M. Bessone (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1979, p. 10. Oltretutto, “la chiarezza della legge è una garanzia non solo del cittadino, ma soprattutto del legislatore che in tal modo tende a togliere all’attività interpretativa una funzione creativa che adombrerebbe la sua onnipotenza e, quindi, la prevalenza della legge rispetto alle altre fonti del diritto” (F. Viola, *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*, Palermo, Edizioni Cerup, 1975, p. 44).

¹¹ T. Serra, *La democrazia redenta. Il cammino senza fine della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 130.

che consente di orientare il proprio comportamento, possibile solo se la liceità o illiceità di un comportamento può essere accertata con una valutazione *ex ante*, non solo dichiarata *ex post*, ‘acclarata’ dopo l’esame del singolo caso concreto da parte del giudice chiamato a decidere su ciascuna controversia. La ‘legislazione di mera formula’ rende la norma suscettibile di interpretazioni mutevoli esponendo i destinatari al rischio di possibili arbitrii. Paradossalmente, una legislazione di mera formula, che esaspera la generalità e astrattezza, svuota la norma al punto tale da portarla ad una marcata individualizzazione, per cui casi simili possono essere decisi in modi opposti e diritti fondamentali della persona possono rimanere privi di tutela ¹².

3. Cenni su teoria, ideologia e metagiurisprudenza

Con particolare acume, Giovanni Tarello aveva intuito e anticipato la deriva della situazione contemporanea. Alcuni brevi richiami al suo percorso possono permettere di operare ulteriori considerazioni e farci riflettere su alcune caratteristiche del nostro tempo e sui difficili rapporti tra teoria, ideologia e metagiurisprudenza. Soprattutto ci invitano a riflettere sulla necessità di una chiarificazione concettuale in un ambito nel quale determinate nozioni risultano dannose sia sotto il punto di vista della efficienza che in una prospettiva politico-ideologica ¹³.

Le polemiche di Tarello contro il formalismo e il normativismo possono proficuamente essere ricordate oggi proprio in relazione all’estremo formalismo della ‘legislazione di mera formula’. Tarello è chiaramente poco incline a scritti di carattere metodologico, essendo interessato piuttosto a dare spazio a pensieri di carattere pratico ¹⁴, per cui il suo pensiero, critico verso teorie e concettualizzazioni e verso le ideologie sempre nascoste nelle dottrine, si concretizza in una metagiurisprudenza, analitica, empirica, descrittiva e prammatica, di una

¹² Un caso esemplificativo può rinvenirsi in una sentenza del Tribunale di Roma del 1996 in tema di diritto alla riservatezza, in cui si afferma che se l’attore “avesse davvero voluto tutelare la propria riservatezza, alla quale sembra tenere nel presente procedimento, avrebbe dovuto trovare una diversa forma di tutela dei propri diritti e non rivolgersi all’autorità giudiziaria” (Trib. Roma 24 gennaio 1996, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1996, 4-5, p. 572, con nota di V. Zeno-Zencovich). Nel caso di specie, nonostante a partire dal 1975 (anno del celebre “caso Soraya”) la giurisprudenza, di merito e di legittimità, avesse pressoché unanimemente riconosciuto e tutelato il diritto alla riservatezza, in forza dell’art. 2 Cost. e di altre norme, i giudici romani hanno ingiustificatamente privato di tutela una persona lesa in un suo diritto fondamentale. Ciò anche grazie alla mancanza di testi legislativi espliciti sul punto (sino al 31 dicembre 1996), poiché l’Italia ha legiferato in materia di diritto alla privacy solo dopo decenni di vane discussioni, per cui alla colpevole inerzia del legislatore ha dovuto supplire l’attività interpretativa della giurisprudenza, che in rari casi ha tuttavia portato ad evidenti storture, come in tale fattispecie.

¹³ In questo difficile compito Tarello è riuscito a procedere da filosofo analitico, mostrando tuttavia (e qui sta la sua grande originalità) di avere anche la passione dello storico, e una carica polemica sulla quale si è soffermato soprattutto Norberto Bobbio, *Ricordo di Giovanni Tarello*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987, pp. 303-316.

¹⁴ Ricordiamo qui che Tarello concepisce la filosofia del diritto quale disciplina così indissolubilmente legata alle discipline giuridiche da non poter essere coltivata se non da personale con formazione ed interessi prettamente giuridici (pertanto, una filosofia del diritto dei giuristi). In particolare, il filosofo del diritto ha un ruolo di osservatore critico ed è comunque sempre un “giurista *sui generis*”, in grado di astrarre dai singoli rami del diritto per sviluppare una visione più ampia, di raccordo, tra più rami, sempre preso dall’analisi critica dei concreti discorsi giuridici e sempre pronto a denunciare il portato ideologico delle dottrine.

concretezza che aborre il prescrittivismismo, e che, comunque, è ancillare rispetto all'elaborazione teorico-dottrinale dei giuristi¹⁵.

In un contesto in cui il compito del filosofo del diritto è essenzialmente operativo emerge quella che da più parti è stata chiamata la “caccia alle ideologie”, e che ne ha evidenziato “la valenza critica e demistificatoria nei confronti del sostrato ideologico della dottrina e [...] della stessa teoria generale del diritto”¹⁶. Sulla scia di quanto ricordato del pensiero di Tarello occorre procedere rimettendo in discussione l'ideologicità della dogmatica e della teoria. È il solo modo per tentare di liberarle dalla farraginosità e dalle pastoie ideologiche che ne ostacolano l'utilizzazione proprio per superare le ingombranti ipoteche concettuali e metodologiche del passato che ne compromettono la funzionalità.

Quale il compito della metagiurisprudenza, dunque? La metagiurisprudenza assume non solo la funzione essenziale di esplicitazione e di analisi critica dei discorsi giuridici ma anche di analisi critica del loro ruolo *politico*¹⁷.

4. Diritto, norme e interpretazione

Tornando al tema della ‘legislazione di mera formula’ occorre fare alcune precisazioni proprio con riferimento alla posizione di Tarello e alla sua definizione di diritto, termine che, per il filosofo genovese, è fra i più ambigui e polisemo fra quelli impiegati nelle scienze politiche. Lo studioso, consapevole di queste ambiguità, non ritiene possibile privilegiare un'accezione piuttosto che un'altra. Bisogna dunque considerare l'oggetto del diritto, cioè quell'insieme di regole che disciplinano a) la repressione dei comportamenti considerati socialmente pericolosi, b) l'allocazione ad individui di beni e di servizi, c) l'istituzione e l'assegnazione di poteri pubblici. Nell'ambito della modernità a questi tre aspetti corrispondono rispettivamente i nuclei centrali dei tre settori in cui è divisa la materia giuridica: penalistica, civilistica e pubblicistica. Occorre operare una lettura sistemica del diritto, “nella consapevolezza che la stessa non descrive il diritto in quanto esso stesso in sé sistematico, ma lo legge, potremmo dire lo taglia stipulativamente, in una certa angolazione di prospettiva che, proprio mentre fa questo, modifica, deforma la realtà del suo materiale-oggetto per evidenziarne meglio, ad esempio, un dato grado di coesione o di funzionamento interni”.

In questo quadro dobbiamo inserire il tema, che è fondamentale nel pensiero di Tarello e che è quello che ci occupa in queste riflessioni, della ‘legislazione di mera formula’.

¹⁵ M. Caserta, *Giovanni Tarello. Teoria, ideologie e metagiurisprudenza*, Napoli, ESI, 2001, p. 26.

¹⁶ Cfr. F. Gentile, *Per fare il punto sulla filosofia giuridica e politica italiana degli anni settanta*, in *Archivio giuridico*, 1977. Sul tema delle ideologie in Tarello cfr. l'attenta analisi di M. Barberis, *Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987, pp.317-356.

¹⁷ M. Caserta, op. cit., pp. 51-52. Si è così osservato che il modello di giurista di Tarello è “quello di un operatore del diritto consapevole e responsabile politicamente e moralmente delle proprie decisioni” (A. Baratta, *Giovanni Tarello e la «morale» del giurista*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, S. Castignone (a cura di), cit., p. 108).

Si inseriscono qui, infatti, le riflessioni sulla norma e la critica al normativismo, che portano a capovolgere il rapporto tra norma e interpretazione perché “la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo”. Ne consegue che il filosofo e il teorico del diritto devono mettere da parte l’infruttuosa ricerca sulla norma e devono piuttosto concentrarsi sulle dinamiche dei processi interpretativi. In tal modo Tarello ci invita a “sgombrare la strada da una nozione imbarazzante, quella di norma”, che diventa “qualsiasi comunicazione precettiva o precetto che è il risultato dell’interpretazione di enunciati autoritativi”. Notiamo subito che considerare la norma in tal modo fa saltare la considerazione della differenza sostanziale fra norma ed enunciato, per cui ne consegue che si possano ricomprendere sotto un unico nome sia i testi prescrittivi legislativi che le loro interpretazioni, sia dottrinali che giurisprudenziali. Ma anche l’interpretazione, se considerata in un’accezione unitaria, soffre di ambiguità terminologica: rilevano, infatti, al proposito, sia le concrete modalità fattuali attraverso le quali gli operatori giudici impiegano i documenti normativi (interpretandoli e applicandoli), sia l’eventuale tecnica di impiego degli stessi documenti. E ancora qui Tarello ci aiuta a riflettere: ciò che va sotto il nome di interpretazione altro non è che un certo numero di “dottrine, rappresentazioni, ideologie, relative alla natura dell’attività di interpretazione e prevalentemente volte ad individuare una strana entità che sarebbe il corretto o esatto o giusto metodo per procedere all’attività interpretativa”.

Il giurista genovese effettua dunque dei rilevamenti semantico-lessicali (che definisce “operazioni di semantica terapeutica”), che “consentono una conoscenza più appropriata del diritto con il contemporaneo disvelamento di convincimenti e concettualizzazioni mistificanti”. Tarello parla di una interpretazione-attività e di una interpretazione-prodotto, che però, non esauriscono il quadro, poiché lo studioso prende altresì in considerazione l’applicazione-attività e l’applicazione-prodotto. Egli afferma che queste quattro teorie possono essere designate con l’espressione “teoria dell’interpretazione” e conferisce un uso tecnico-scientifico al termine teoria.

Un punto fondamentale, che si collega pienamente al problema della ‘legislazione di mera formula’, è costituito, dunque, dal fatto che i processi interpretativi vengono concretamente attuati dagli operatori del diritto. Si ribadisce la distinzione fra interpretazione autentica, ufficiale, giurisprudenziale e dottrinale, ma si sottolinea anche che “sempre più estesamente il legislatore abdica alla propria funzione imperativa a favore dell’interprete che diventa arbitro dell’applicazione della norma” e che integrando trasforma, attribuendosi un ruolo anche politico.

In tutta evidenza, il ruolo dei giuristi non solo è fondamentale, ma costituisce addirittura un’attività politica e non tecnica. E ciò in contrasto con una consolidata tradizione culturale, che aveva portato alla tecnicizzazione ed alla depoliticizzazione delle attività giuridiche professionali, deresponsabilizzando politicamente la categoria dei giuristi. L’insigne giurista aveva, così, anticipato un mutamento di particolare importanza, poiché questo processo si è

progressivamente capovolto: quelli che in precedenza erano dei “tecnici del diritto” sono poi diventati operatori del mutamento dell’organizzazione giuridica.

5. La legislazione di mera formula e l’attualità del pensiero di Giovanni Tarello

Può parlarsi di produzione legislativa di ‘mera formula’ quando, nel rispondere ad una domanda o ad una pretesa, si raggiunge un accordo sulla necessità di rispondere, ma non sui contenuti della risposta, sui quali si incontrano difficoltà insormontabili. La norma diventa vaga e generalissima, rinviando alla sua interpretazione il riempimento contenutistico. Vengono così prodotte norme nuove ma ambigue e diversamente interpretabili in tutto o in parte.

In simili casi, per motivi di opportunità politica e comunque per propria scelta, il Parlamento abdica parzialmente poiché si verifica un parziale trasferimento dei suoi poteri agli organi di applicazione della legge, dall’organo centrale ad organi periferici del mutamento giuridico dal momento che la legge ambigua viene determinata e precisata da organi di applicazione.

Alla predetta ipotesi – connessa a una precisa volontà del legislatore –potrebbe aggiungersi quella della legislazione di mera formula dovuta a errori, inesattezze o imprecisioni nella redazione dei testi normativi, essendo frutto di un’attività umana e per ciò stessa potenzialmente soggetta a errori. In particolare, fra i fattori che la rendono più difficile e che sono quindi idonei ad aumentare la possibilità di errore, possono qui evidenziarsi l’elefantiasi della legge (di cui Tarello aveva evidenziato la gravità, descrivendola quale crisi della certezza giuridica)¹⁸ e la crescente complessità della società contemporanea, in cui il legislatore è costretto anche a regolamentare fattispecie nuove, di elevata complessità ‘tecnica’ e talvolta di rilevanza internazionale.

Ora è importante comprendere, da un punto di vista politico, se una specifica produzione di legislazione di ‘mera formula’ sia frutto di una scelta volontaria o involontaria e ciò al fine di poterne individuare e comprendere i fattori scatenanti, così da tentare una soluzione politica al problema.

Ma, quale che sia la ragione della legislazione di ‘mera formula’, le sue conseguenze sono sia di carattere giuridico che politico e mentre si verificano i medesimi effetti sull’ordinamento giuridico, di fatto, si realizza anche il passaggio di determinati poteri ai giudici, ossia ad un organo strutturato diversamente rispetto a quello parlamentare. Un organo che agisce peraltro soltanto sulla base di stimoli provenienti da parti in giudizio e che diventa organo di mutamento giuridico per iniziativa si parte, su iniziativa di interessi in conflitto, che vengono

¹⁸ “Nulla di più facile, anzi, che considerare la quantità delle leggi, il loro mutare senza sosta, non già come indizio di una crisi, bensì come la crisi stessa, intesa come crisi della certezza giuridica” (G. Tarello, *Sul problema della crisi del diritto*, op. cit., p. 16).

prospettati ai giudici per la decisione su interessi che potrebbero essere tipici e aggregati. Il mutamento potrebbe rispondere, quindi, non solo a tendenze emergenti nella società ma soprattutto a tendenze già organizzate, già aggregate nella società, facendo perdere alla legge la funzione di tutela degli interessi generali, quando essi non siano in grado di emergere in forma organizzata ¹⁹.

Inoltre, bisogna considerare che la realtà processuale non coincide con quella fattuale e che la sua costruzione si realizza, per l'appunto, nello scontro tra interessi contrapposti (ossia tra chi assume l'iniziativa del giudizio e chi è chiamato a difendersi o decide di intervenire nel medesimo), mediati dal giudice, il quale contribuisce comunque direttamente alla sua creazione grazie all'esercizio dei poteri istruttori. Pertanto, in questa costruzione giocano un ruolo fondamentale l'abilità delle parti, i loro errori e le loro scelte processuali, e tutte quelle decisioni del giudice che anticipano quella finale perché, ammettendo o meno una o più prove e disponendo o meno una consulenza tecnica d'ufficio ²⁰, plasmano quella realtà processuale su cui proprio il giudice è chiamato a pronunciarsi. Ancora, i lunghi tempi e i costi sempre più elevati della giustizia comportano che alcuni diritti e interessi vengano lesi senza essere tutelati efficacemente ²¹. Ovviamente tutti questi elementi facilitano ulteriormente i contrasti giurisprudenziali e allargano a dismisura l'ambito di discrezionalità di ciascun giudice.

Le considerazioni appena effettuate evidenziano ulteriori elementi negativi che scaturiscono dal citato trasferimento di potere previsto molti anni addietro da Tarello. Esso ha avuto un effetto destabilizzante sul sistema, perché, se elemento propulsore è un organo concentrato come il Parlamento, allora il mutamento giuridico dovrebbe ispirarsi ad una linea di tendenza univoca, ma se questo ruolo è affidato ad organi diffusi è molto più difficile che l'indirizzo del mutamento sia univoco. Nel caso specifico della magistratura, inoltre, bisogna ricordare ancora che l'avanzamento professionale avviene secondo automatismi, con la conseguenza di non vincolare assolutamente i magistrati di rango inferiore all'orientamento di quelli di rango superiore, sacrificando, ulteriormente, l'unicità di indirizzo ²².

¹⁹ M. Caserta, op. cit., 119-120.

²⁰ Inoltre, nel caso della consulenza tecnica d'ufficio, proprio il perito nominato dal giudice è, in molti casi, l'ago della bilancia nonostante il brocardo secondo cui il giudice è *peritus peritorum*. Il giudice ricorre a questa tipologia di ausiliario quando, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, sono necessarie particolari conoscenze tecnico-scientifiche. Il progressivo tecnicismo, però, porta anche a un fenomeno che Damiano Canale denomina "opacità del diritto": "una disposizione o una norma giuridica è opaca se il giudice non è in grado di comprendere pienamente il contenuto ma è nondimeno nella condizione di usarla, grazie alle indicazioni fornite dagli esperti, per risolvere una controversia" (D. Canale, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, numero speciale, p. 96). Cfr., inoltre, G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, Giappichelli, 2014.

²¹ Basti pensare alle micro-lesioni su larga scala nell'ambito dei diritti dei consumatori e del diritto alla privacy, cui supplisce solo parzialmente l'attività delle Authority costituite in numerosi stati (per l'Italia si possono ricordare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il Garante per la protezione dei dati personali), che non sono comunque sottoposte al giudizio degli elettori e che possono quindi potenzialmente essere oggetto di pressione da parte di lobby e soggetti dotati di particolare forza economica o politica.

²² Cfr. G. Tarello, *Stato dell'organizzazione giuridica e tendenze evolutive*, op. cit., p. 11.

Il quadro qui delineato rende palese che le leggi vuote sono idonee a minare il principio della certezza del diritto perché, in tutti i casi in cui sono applicate mediante ‘riempimento’ giudiziale, non risulta possibile orientare anticipatamente la propria condotta con la garanzia che essa sia corrispondente non alla legge scritta bensì a quella interpretata e applicata. Tanto più si allarga, in questi casi, il margine interpretativo, tanto più la discrezionalità può sfociare in arbitrio. I rimedi sono costituiti dal prudente apprezzamento di ciascun giudice, che deve comunque supplire alla mancata assunzione di responsabilità del potere politico, e dagli strumenti di impugnazione ²³.

Si verifica un altro mutamento: l’ancillarità del giurista, cui si accennava in precedenza che si concretizzava nell’essere “*al servizio di*” (formazioni di potere), lascia in più occasioni il posto all’attenzione verso dottrine giuridiche *eccentriche*, non legate a gruppi particolarmente forti e raccolte sotto il nome del “garantismo”, in una prospettiva che utilizza quegli elementi della Costituzione che sostanziano le libertà individuali.

Tarello nega che l’applicazione delle leggi sia un’attività meramente tecnica e dunque coglie il ruolo politico della magistratura analizzando altresì la figura del giudice: questi condiziona e talvolta determina (inevitabilmente) il mutamento giuridico, in base anche alle contingenze socio-politiche, soprattutto grazie alle deleghe (consapevoli o meno) da parte del legislatore ²⁴. In dottrina si è così evidenziato che “all’interno della magistratura è cresciuta la consapevolezza del proprio ruolo politico, fino ad assumere in particolari contesti e situazioni, contorni di forte connotazione ideologica, talvolta antagonista rispetto alle altre istituzioni statali” ²⁵ e che la presenza di “tanti giudici, svincolati, indipendenti, garantiti, ideologizzati ciascuno per conto suo, rende l’organizzazione giuridica una tela di Penelope su cui l’uno fa e l’altro disfa, con il risultato che non vi è alcuna politica del diritto realizzata” ²⁶.

Inoltre, l’imprevedibilità e la frammentarietà del giudizio possono aumentare la litigiosità, dal momento che qualsiasi pretesa può essere soddisfatta da qualcuno dei giudici, i quali sono, tra l’altro, meri recettori passivi di istanze inerenti ad interessi già organizzati e sufficientemente forti economicamente, con la conseguenza che se il mutamento giuridico viene affidato ai giudici, esso avviene secondo linee di scelta fra interessi già socialmente costituiti e forti, mentre “il diritto [...] deve essere in grado di incidere sulla struttura sociale, anche costituendo e aggregando interessi nuovi”, ma ciò può avvenire solo se il mutamento giuridico è affidato ad organi centrali che agiscono in virtù di una propria politica del diritto tendenzialmente univoca e che recepiscono le istanze della società senza rinunciare ad “un proprio ruolo protagonista di qualificazione ed indirizzo di quella stessa società” ²⁷.

²³ La legislazione vigente prevede costi maggiori (a titolo di contributo unificato) per i procedimenti di impugnazione rispetto ai gradi precedenti, con palese intento deflattivo ma con la conseguenza di limitare, di fatto, l’accesso alla giustizia.

²⁴ “Il potere dei giudici è in notevole misura la risultante di deleghe – consapevoli o inconsapevoli, frutto di attività o frutto di omissione – da parte del legislatore” (G. Tarello, *Stato dell’organizzazione giuridica e tendenze evolutive*, op. cit., p. 10).

²⁵M. Caserta, op. cit. p. 123.

²⁶ G. Tarello, *Stato dell’organizzazione giuridica e tendenze evolutive*, cit., p. 12.

²⁷M. Caserta, op. cit., p. 127.

Da queste considerazioni emergono degli ulteriori profili che confermano le critiche di Tarello sotto diversi punti di vista. Innanzi tutto, è noto che vi è un numero troppo elevato di procedimenti giudiziari pendenti, sia di merito sia di legittimità, e tale circostanza può essere dovuta, fra l'altro, anche alla molteplicità degli orientamenti e all'ambiguità di numerose disposizioni. Ciò non significa che il giudice non debba sempre pronunciarsi avuto riguardo al caso concreto: invero, dovrebbe farlo e non dovrebbe neanche porsi, a priori, il problema di dover 'riempire' il simulacro delle leggi 'vuote', il che è oltretutto paradossale in ordinamenti giuridici traboccanti di norme emanate a più livelli e dunque caratterizzati dal fenomeno, prima menzionato, della elefantiasi legislativa. Piuttosto, è necessario ribadire un principio cardine come quello della divisione dei poteri affinché i giudici, nel nostro ordinamento - pur con tutte le peculiarità dell'interpretazione anche in senso evolutivo, applichino e non creino il diritto. Il tema dell'interpretazione mostra tutta la sua complessità ed è aggravato dalla crisi del potere politico e dalla delega implicita del legislatore alla magistratura che continua a sussistere: legiferare senza regolamentare deresponsabilizza ed è una facile - ancorché illegittima e immorale - scorciatoia²⁸ che diviene particolarmente appetibile qualora una materia sia complessa, si temano conseguenze negative dal punto di vista elettorale o vi siano difficoltà a giungere a un accordo sostanziale.

²⁸ Sul punto, sembra opportuno concludere rendendo omaggio alla figura di Giovanni Tarello, emblema di serietà e di rigore intellettuale, utilizzando le seguenti parole di Stefano Rodotà: "Tarello, a un tempo, rifuggiva dalle ricerche che si presentavano spoglie di quel bagaglio tecnico che costituisce il vocabolario minimo e obbligato del giurista, non apprezzando che venisse dismesso, e sostituito da generici riferimenti economici, storici o sociologici; ed egli stesso metteva in campo un prodigioso insieme di strumenti, che gli consentivano di fare analisi e storia scandagliando in modo implacabile i molteplici versanti che l'attività giuridica porta con sé. Egli conosceva bene la fatica di questo lavoro, l'impossibilità (l'immoralità, direi) di scegliere scorciatoie facili, la necessità invece di una paziente accumulazione del sapere, l'obbligo di tener sempre conto dell'intero contesto che solo la dimensione storica può restituire" (S. Rodotà, *Omaggio a Giovanni Tarello*, in *Materiali per una cultura della storia giuridica*, 1998, 1, pp. 5-6).