



Diego De Carolis

Frammenti di Metodologia “Positivista”, ma non
Draconiana

Working Papers del Dipartimento di Giurisprudenza

WP 2-2023

Frammenti di Metodologia “Positivistica”, ma non Draconiana

Diego De Carolis *

1. Per costruire un personale ma oggettivo nostro microsistema di scrittura giuridica vi sono letture consigliate e normativa di riferimento. Vanno considerate come pietra angolare per un approccio metodologico utile e generale, estensibile per ogni attività di scrittura giuridica. Occorre che attraverso la scrittura giuridica si coniughino e comunichi negli esiti di un approccio avvertito con i necessari, indispensabili e corretti rapporti tra attività speculativa e attività applicativa. A). - In quest’ottica mi permetto di suggerire la lettura del saggio di SABATINI Francesco, LEZIONI DI ITALIANO. Grammatica, storia, buon uso, Mondadori, Oscar Saggi, 2017. Secondo Sabatini “l’italiano è la grande lingua di cultura consegnataci dalla storia per nostro uso e consumo. La lingua è “anche lo strumento di cui è dotato il nostro cervello dalla nascita in poi. Se ci siamo formati qui in Italia “tutti usiamo la lingua ma pochi lo fanno con consapevolezza perdendo la possibilità di sfruttare altre parti del suo immenso potenziale “. Il Sabatini ci insegna a farlo “in questa appassionante e innovativa lezione di italiano svolta in 10 dialoghi e altrettanti inviti che, da un lato, spiegano meccanismi della lingua; dall’altro il trattamento che se ne fa producendo testi di ogni tipo dai saggi alla narrativa dai giornali alla poesia.”. E ciò “sullo sfondo della vita del nostro paese, colta in un’efficace raffigurazione socioculturale nella quale ognuno dei lettori può ritrovarsi collocarsi e guardarsi allo specchio, “tirando fuori” la sua lingua”. In maniera più sintetica, ma parimenti utile alla riflessione, secondo FLAIANO il linguaggio utilizzato nella scrittura giuridica “è fatt[o] per le carte da bollo e le memorie degli avvocati.”. Per fortuna non sempre è così. Tuttavia, noi posteri siamo chiamati a dare le nostre ardue “sentenze”, intese in senso lato, come nei momenti in cui attraverso uno scritto si compiono percorsi di vita, di carriera, di concorsi, di valutazioni amministrative e giurisdizionali. B).- Essenziale poi è la conoscenza avvertita e la rilettura del testo di alcune disposizioni legislative fondamentali. Occorre prendere le mosse dalle disposizioni sulla legge in generale. Queste sono dette anche preleggi o disciplina preliminare al Codice civile. Esse sono un insieme di articoli previsti dal Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, con il quale fu approvato anche il Codice civile italiano. In origine consistevano in 31 articoli. Con la legge 31 maggio 1995, n. 218 sono stati abrogati gli articoli dal n. 17 al n. 31. In particolare, si consiglia la buona conoscenza e la rilettura costante degli artt. 1, 2, 3,4 e degli artt. da 10 a 16. Sempre ai nostri fini rileva una disposizione che assume un principio di carattere generale del nostro ordinamento. Il riferimento è all’art. art. 122 del Codice di procedura civile che prescrive l’uso della lingua italiana negli atti provvedimenti adottati in seno al processo. Molto importante, ovviamente, è la nostra Costituzione, specie artt. da 1 a 12, 24, 41, 42, 97, 103 e 113. Infine, con particolare riferimento all’attività amministrativa ed al processo amministrativo, occorre una buona conoscenza e rilettura della L. 7 agosto 1990, n. 241 e il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, di approvazione del Codice del processo amministrativo, nei testi vigenti oggi.

2. Ciò posto in generale, la scrittura giuridica è un campo aperto e sempre fertile, è come la libertà: va tenuta in costante riparazione. Secondo il ricordato art. 122 del Codice di procedura civile la lingua ufficiale del processo è l’italiano. Tale disposizione, come detto, assume valore di principio generale dell’ordinamento ed è paradigma assoluto che si applica in tutti i campi del diritto e quindi anche per l’attività amministrativa sia diretta che nei rapporti amministrativi. Ad esempio, volendo schematizzare al massimo la struttura sistematica del CPC, l’art. 122 CPC viene così collocato tra le fonti del diritto “ Fonti → Codice di procedura civile → LIBRO PRIMO

*Università di Teramo, Dipartimento di Giurisprudenza. Email: ddecarolis@unite.it.

- Disposizioni generali → Titolo VI - Degli atti processuali → Capo I - Delle forme degli atti e dei provvedimenti → Sezione I - Degli atti in generale. Le parole chiave di questo “cappello” indicano l’esatta collocazione sistematica della specifica disposizione. Il “cappello”, di solito fatto di chiave usato nelle pubblicazioni (Codici, libri e riviste) per far comprendere la struttura del testo e l’indicizzazione degli articoli e dalle riviste per la classificazione degli argomenti e delle tematiche affrontate Tornando al tema, la disposizione così recita: “In tutto il processo è prescritto l’uso della lingua italiana . Quando deve essere sentito chi non conosce la lingua italiana, il giudice può nominare un interprete . Questi, prima di esercitare le sue funzioni, presta giuramento davanti al giudice di adempiere fedelmente il suo ufficio .

3. Se così è, possiamo affermare un postulato: la lingua, meglio lo scritto deve servire a capire e a farci capire in ogni campo del diritto, nei rapporti amministrativi e tra privati. Ma tutto passa attraverso la necessaria e costante lettura di libri, scritti, files, testi legislativi. Ovviamente, nel nostro contesto “umano” ed istituzionale, questi ultimi strumenti vanno utilizzati e letti prima di tutto utilizzando l’italiano e soprattutto mediante la pietra angolare di ogni attività legante ed ermeneutica. Su quest’ultimo profilo, occorre rammentare che l’art. 1 delle cd. preleggi, indica le fonti del diritto nel nostro ordinamento, cui vanno aggiunta la normativa e le fonti europee, anche giurisprudenziali. Più in particolare giova evidenziare un’altra disposizione fondamentale che è guida sia per l’attività amministrativa che per quella giurisdizionale, anche se in quest’ultimo campo l’applicazione è più evidente per la struttura stessa dei processi. L’articolo 12 Preleggi, intitolato “Interpretazione della legge”, è inserito nel codice ed è classificato con il seguente “cappello”: Fonti → Preleggi → Capo II - Dell’applicazione della legge in generale. Il testo così recita: Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse (), e dalla intenzione del legislatore (). Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione (), si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (); se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato().

4.1 In estrema sintesi le norme sopra ricordate sono utili per tutti gli operatori del diritto, massimamente per chi consegue una laurea in giurisprudenza e si orienta verso un’attività che implica un costante sforzo ermeneutico, che può essere più semplice e immediato o più complesso e ragionato. Volendo limitare la platea degli interpreti, si può ritenere, in maniera certamente non esaustiva, che in relazione ai soggetti che la compiono l’interpretazione può essere: a) giudiziale, se compiuta dal giudice nell’esercizio della sua funzione giurisdizionale. Tale interpretazione vincola solo le parti del giudizio; b) dottrinale, se compiuta, senza alcuna forza vincolante, dagli studiosi delle materie giuridiche; c) autentica, se è compiuta dal legislatore, che emana talvolta alcune norme per chiarire il significato di disposizioni preesistenti. Tale interpretazione ha efficacia erga omnes.

4.2 Poi, giova precisare che, in relazione ai risultati, l’interpretazione stessa può essere: a) dichiarativa, se i risultati dell’interpretazione grammaticale coincidono con quelli dell’interpretazione logica (*lex tam dixit, quam voluit*); b) estensiva, se l’ambito di applicazione della norma è più ampio di quanto si ricava dalla sua formulazione letterale (*lex minus dixit quam voluit*); c) restrittiva, nel caso contrario (*lex plus dixit quam voluit*). Infine, giova rammentare che l’interpretazione estensiva non va confusa con l’analogia: con la prima, infatti, si rimane sempre nell’ambito della norma, pur se dilatata fino al limite della sua massima espansione.

5. Volendo tirare le fila di questa breve tavola introduttiva, possiamo affermare che il compito minimo da cui devono partire il giurista e la sua scrittura è dato dal noto brocardo *da mihi factum, tibi dabo jus applicabile* nella attività amministrativa e in quella giurisprudenziale, sempre con percorsi e strumenti diversi. Di fronte ad un tema da svolgere ovvero ad un atto da redigere, sia esso un atto amministrativo o un atto giudiziario o una sentenza, occorrerà sempre: Conoscere ad analizzare un fatto giuridicamente rilevante: individuare la fattispecie astratta nella quale

possa essere riassunto e quindi esaminare la normativa di riferimento applicabile: verificare se in generale, sulla fattispecie astratta e/o concreta si sia soffermata la dottrina e/o la giurisprudenza; All'esito, applicare a attività al caso di specie mediante la redazione di uno scritto che ripercorra logicamente tali passaggi per arrivare ad una determinazione finale. In buona sostanza ogni attività di scrittura giuridica deve contenere e far comprendere l'attività (semplice o complessa) svolta attraverso uno scritto (ed un linguaggio) il più chiaro e sintetico possibile che consenta al lettore di percepire e all'autore di far ben comprendere il fatto, la fattispecie astratta, la posizione della dottrina e della giurisprudenza ove possibile e la richiesta o la decisione finale per le quali l'atto è stato redatto. Una caratteristica della scrittura giuridica è che, di regola, si genera un rapporto osmotico tra le parti le cui reazioni sono governate appunto dal diritto vivente. Il diritto vivente può essere definito come quel complesso di regole che il giurista avvertito è chiamato a rispettare attraverso l'applicazione delle leggi e la loro interpretazione anche attraverso l'opera della dottrina e della giurisprudenza. Quest'ultima alle volte diventa pretoria e creatrice di vere e proprie fonti del diritto da osservare, come accade ad esempio espressamente per le sentenze della Corte di Giustizia Europea. In ogni caso, come ricorda anche l'art. 12 delle preleggi, il giudice stabilisce criteri e principi ermeneutici che assurgono a paradigma normativo da osservare nella redazione di uno scritto che abbia funzione, rilevanza e qualificazione giuridica nel nostro ordinamento nelle sue varie articolazioni organizzative ed amministrative, centrali e periferiche, nel campo vasto dei poteri di uno stato moderno che si basi sulla tripartizione classica tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario. Un esempio in tal senso lo troviamo nelle note sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 17 e 18/2021) che in buona sostanza ha ribadito il principio della possibilità di disapplicare, sia da parte della p.a. che ovviamente da parte del giudice, il diritto interno che governa un rapporto amministrativo laddove sia accertato il contrasto con il diritto dell'Unione Europea. Infine, la regola aurea da seguire per questa attività è impegno, curiosità e applicazione costante e continuo esercizio della mente e svolgimento delle attività manuali e pratiche ad essi correlate, cioè la scrittura giuridica (temi, atti amministrativi e giudiziari, sentenze escluse). A) Una deroga a tale principio e diverse eccezioni sono dettate da norme speciali per alcune Regioni e Province autonome, ad es. il d.P.R. 15-7-1988, n. 577 il quale, per la Regione Trentino-Alto Adige, ha parificato la lingua tedesca alla lingua italiana in relazione ai vari atti del processo; l'art. 38 della l. cost. 26-2-1948, n. 4 per la Valle d'Aosta dove la lingua francese è equiparata a quella italiana; l'art. 3 dello Statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia, per quanto riguarda i diritti spettanti alla minoranza linguistica slovena. B) Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la norma trova applicazione nei confronti degli atti processuali in senso stretto (provvedimenti del giudice, atti di parte introduttivi del processo, etc.). Inoltre, per le dichiarazioni probatorie raccolte nel processo nonché per i documenti allegati, è consentito l'utilizzo di una lingua straniera, purché con la relativa traduzione nel verbale d'udienza o con il documento allegato. C) Infine, nel caso in cui l'atto processuale venga redatto in altra lingua o anche in dialetto italiano dovrà considerarsi del tutto inefficace. In ogni caso in cui il giudice o il collegio lo ritengano necessario, quindi anche d'ufficio, procederanno alla nomina dell'interprete mediante un'ordinanza. Secondo il diritto vivente, il mancato giuramento dell'interprete è causa di nullità del singolo atto processuale, rilevabile dalla sola parte interessata e, comunque, non oltre la prima istanza o difesa successiva all'atto stesso. Questa è la c.d. interpretazione letterale (c.d. vox iuris), volta ad attribuire alla norma il significato che si evince immediatamente dalle parole utilizzate. È questa la c.d. interpretazione logica, rectius teleologica, che, superando il significato immediato della disposizione, mira a stabilire il suo vero contenuto ossia lo scopo che il legislatore ha inteso realizzare, emanandola. Il legislatore prevede espressamente l'ipotesi che vi siano fattispecie non previste né risolte da norme giuridiche. Il legislatore prevede, cioè, la possibile esistenza di lacune, le quali devono, tuttavia, essere colmate dal giudice che non può rifiutarsi di risolvere un caso pratico adducendo la mancanza di norme. Il ricorso all'analogia non è praticabile nel diritto penale, per il quale il noto broccardo Nullum crimen, nulla poena sine lege è stato canonizzato nell'art. 1 del Codice penale vigente che introduce anche il tassatività delle fattispecie punitive, supportati anche dal principio inderogabile dettato dall'art. 13 della

Costituzione secondo cui limitazioni alla sfera personale sono consentite nei soli casi e modi previsti dalla legge. Si tratta della c.d. analogia legis, è ammissibile soltanto se basata sui seguenti presupposti: a) il caso in questione non deve essere previsto da alcuna norma; b) devono ravvisarsi similarità tra la fattispecie disciplinata dalla legge e quella non prevista; c) il rapporto di similarità deve concernere gli elementi della fattispecie nei quali si ravvisa la giustificazione della disciplina dettata dal legislatore (eadem ratio) In questo caso si parla di della c.d. analogia iuris. Invero, nel richiamare i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, il legislatore ha inteso escludere il ricorso ai principi del diritto naturale. Quanto alla loro individuazione, la dottrina prevalente ritiene che essi vadano identificati in norme ad alto grado di generalità (es.: art. 1176 c.c.), di rango costituzionale, di tenore vago (e dunque suscettibili di adattamenti interpretativi, ad esempio l'art. 2041 c.c.) o di importanza fondamentale per l'intero sistema giuridico (es.: art. 1322 c.c.). Uno dei principi affermati è il seguente : Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto europolitano, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.