

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

52
(2023)

Il diritto come forma dell'esperienza

Per Paolo Grossi

TOMO II

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

BERNARDO SORDI

UN GARANTISMO DI SEGNO NUOVO:
DIRITTO E LEGGE
NEL CREPUSCOLO DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO

1. Lungo la linea: una riflessione sulle fonti. — 2. *Oltre la legalità*: una proposta ardita per il giurista continentale. — 3. Prime verifiche storiografiche: il modello codicistico e la sua applicazione ottocentesca. — 4. Novecento giuridico: la chiusura delle Preleggi; il pluralismo della Costituzione. — 5. Gli ultimi decenni: tra il paradigma ermeneutico e lo spettro del governo dei giudici. — 6. Verso una rifondazione del garantismo: principi da conservare; principi da sostenere.

1. *Lungo la linea: una riflessione sulle fonti.*

Ai grandi temi della ermeneutica giuridica, dell'interpretazione, della legalità, del diritto giurisprudenziale, Paolo Grossi era arrivato lentamente, da lontano, *lungo la linea*, come amava dire. Nell'ultima stagione di studi, complici anche le sollecitazioni provenienti dall'osservatorio privilegiato di una lunga presidenza della Corte costituzionale, questa riflessione si era sì concentrata, sempre di più, sulle incombenti trasformazioni del « tempo pos-moderno », « tempo di crisi, tempo di recuperi » e sulla « odierna incertezza del diritto », ma era stata mossa, sin dall'inizio, da obiettivi di schietta comprensione storiografica.

Il suo sguardo ampio e disincantato sul presente non era quindi quello del sociologo del diritto o del teorico generale, nasceva al contrario da una visione elaborata sulla lunga durata, tutta giocata sull'alternarsi delle esperienze giuridiche occidentali, la medievale e la moderna, per giungere a lambire, solo dopo questo profondo lavacro storiografico, le trasformazioni del presente e l'annuncio di nuovi equilibri ordinamentali.

Anche quello sguardo era stato oculatamente proiettato. Non sfuggivano certo i risvolti 'costituzionali' e gli equilibri tra i poteri,

tracciati a partire dalla profonda neutralizzazione della funzione giudiziaria realizzata dal tardo Settecento. E tuttavia, non su queste ingegnerie costituzionali si andava concentrando l'attenzione. Erano soprattutto le fonti, a partire dalla continua tensione moderna tra *droit* e *loi*, nel loro ruolo costitutivo dell'ordine giuridico, a calamitare l'attenzione.

Sullo sfondo si stagliava così il grande *medioevo sapienziale*, cui Grossi aveva dedicato nel 1995 una sintesi interpretativa di rara efficacia: un medioevo nel quale una scienza del diritto corale, in forte sintonia con i caratteri fondanti dell'esperienza, riusciva addirittura a esprimere l'azzoniano *principatus per orbem terrarum*, orchestrando, nell'inventiva lettura del testo romano, un pluralismo enfatizzato dall'assenza dello Stato e di una sovranità modernamente intesa. Una esperienza dura a morire, che si incuneava nella stessa modernità, annunciata a chiare lettere dagli *homines novi* dell'Umanesimo giuridico, della Seconda scolastica, della trattatistica di antico regime, da Bodin a Domat sino a Pothier, ormai alle prese con la costruzione degli Stati nazionali e di una sovranità già fondata sul primato della legge, ma pur sempre immersi in uno *ius inventum* dalle tante matrici e fortemente refrattario alla integrale statualizzazione delle fonti del diritto.

Sarebbe stato il codice, ereditando e portando all'apogeo le mire dell'individualismo e del *giacobinismo giuridico*, a comprimere definitivamente l'*extra-statualità* del diritto civile, radicando quel positivismo e quel legicentrismo che una lunga stagione di elaborazione sei-settecentesca aveva coronato di nuovi valori di certezza e di culto della legge, presto ammantati di una vera e propria veste mitologica: appunto quelle *mitologie giuridiche* che Grossi ricavava da una celebre voce dei romani *Frammenti di un dizionario giuridico*, e che applicava al disegno, che vedeva univoco e costringente, della modernità giuridica.

Il codice assumeva quindi, nella sua riflessione, soprattutto i tratti e i contenuti della codificazione civile, dal grande monumento del *Code civil* all'ABGB, dal Codice Pisanelli al codice spagnolo, dal BGB sino al codice svizzero: una forma codice essa stessa plurale, beninteso, di cui riusciva a dare, nel 2006, in *L'Europa del diritto*, in poche dense pagine, raffigurazioni eloquenti dei diversi dosaggi di volta in volta fissati tra legge e diritto. Una forma codice, però, so-

prattutto, scolpita in quell'art. 4 del *Code civil* che archiviava con un sol tratto le prudenti valutazioni del *Discours préliminaire* di Portalis, inaugurando un rigido positivismo giuridico e una arrogante completezza del codice, marchiando così il volto profondo del modello continentale e dando il via a una lunga stagione per la quale proprio Grossi coniava la formula, fortunata ed evocativa, dell'*assolutismo giuridico*, a denunciarne l'impronta autoritativamente semplificante contro l'intrinseco pluralismo antico. Una rivoluzione copernicana che andava di pari passo con la completa neutralizzazione della funzione giurisdizionale avviata sin dal 1790: al giudice spetta ormai di applicare solo una regola generale a una fattispecie concreta, mentre l'art. 5 del codice conferma la perdita definitiva del potere di decidere in via generale sulle controversie affidate alla sua competenza. Solo il contratto, nella folgorante definizione dell'art. 1134, rimane a garantire un'efficace 'valvola respiratoria' dell'assolutismo giuridico.

Con la codificazione, la fisiologia dei rapporti giuridici interprivati, chiamati ad assorbire e a esprimere la naturale socialità del quotidiano, veniva trasportata di peso dal *droit* alla *loi*, fissando un indiscusso primato del legislatore e, corrispondentemente, uno stretto vincolo del giudice alla legge. Non solo. La sapiente progettazione giuridica della modernità assumeva forza mitologica, acquistando natura destoricizzata e immodificabile, calata in una forma — il codice, appunto — destinata a un radioso futuro.

A preparare e ad anticipare l'incontro con il presente, contribuivano tuttavia non poche voci ottocentesche, cui infatti, non casualmente, andava la privilegiata attenzione di Grossi, da Savigny a Gierke, da Menger a Huber, da Gény a Saleilles, ma anche da Bluntschli a Gerber, da Orlando a Cammeo a Romano, sino al solidarismo giuridico, alla scuola del diritto libero, ai fondatori dei diritti che non c'erano, come il lavoro, l'agrario, più genericamente il *droit social*: appunto quei giuristi, spesso eterodossi rispetto a una massiccia *opinio communis*, che iniziavano presto a scavare un fossato con la *semplicità perduta* del modo di ieri.

Già in una *Belle époque*, solo apparentemente dorata — ammoniva Grossi — iniziavano a fioccare domande sull'ordinamento giuridico, i suoi pilastri ordinativi, le fonti, nel rapporto vivo con una esplosiva realtà sociale, greve di effettualità e ormai ampiamente debordante i troppo semplici schemi legislativi codicistici.

Iniziava così un lungo, lunghissimo, Novecento, che prendeva le mosse dall'irrompere della questione sociale a scuotere, già alla fine del diciannovesimo secolo, i monumenti dell'individualismo giuridico e i codici innanzi tutto, preannunciando la romaniana crisi dello Stato, per poi protendersi ora lungo l'asse dei corporativismi, con le inevitabili e ingombranti commistioni, per l'Italia e la Germania, con i totalitarismi tra le due guerre, ma anche verso il progressivo affermarsi delle costituzioni lunghe, a immettere nuova linfa vitale nelle carte dei diritti di matrice settecentesca, ai suoi occhi caratterizzate da sin troppo esangui e astratte proclamazioni di principio.

Un Novecento destinato dunque, quasi inevitabilmente, a congiungersi con «l'odierna crisi» delle fonti, specchio di una *pos-modernità* non riducibile alle trasformazioni degli ultimi decenni e al contrario già leggibile nei processi di socializzazione del diritto e di nazionalizzazione delle masse ampiamente maturi sin dal primo conflitto mondiale.

Sarebbe toccato allo Stato costituzionale del secondo Novecento di inverare tutto questo nelle linee di una sinora sconosciuta legalità costituzionale, non più algida regola di temperamento tra i poteri, ma deposito di principi e valori, profondamente calati nella quotidianità del sociale, da *invenire* non solo dal legislatore, ma in un corale lavoro di attivazione dell'ordinamento, anche dall'interprete, e quindi in primo luogo dal giudice, attraverso un processo di lettura di una dinamica sociale di cui la carta repubblicana era solo l'innesco, e non la normativistica *urna sigillata*, affidata ad asettiche e meccaniche bocche della legge.

La stessa globalizzazione economica, cui aveva per tempo rivolto, con un suo timbro originalissimo, la propria attenzione, non implicava ai suoi occhi nessuna enfasi, nessuna ipostasi del mercato, nessuna morte annunciata dello Stato e della sovranità. Al contrario, una piena consapevolezza della temibilità dei poteri privati e delle loro invadenze. Eppure, anche la consapevolezza che la globalizzazione avrebbe, ancora una volta, pesantemente investito il sistema delle fonti del diritto, limando ulteriormente i residui assolutismi giuridici e innescando nuovi pluralismi, nuove interconnessioni, nuovi equilibri tra giuristi, legislatori, giudici. Dando nuova linfa a quel diritto giurisprudenziale che non vedeva, alla Edouard Lam-

bert, come strumento di un indebito *gouvernement des juges*, espressione di funzioni incompatibili, e proprio per questo dispregiativamente racchiuse in un ossimoro, ma al contrario, nell'ordine giuridico europeo, come nella stessa tradizione di *civil law*, come strumento fondamentalmente positivo di *invenzione del diritto*.

2. *Oltre la legalità*: una proposta ardita per il giurista continentale.

Da questo solido retroterra di comprensione storica, dispiegato sulle grandi dorsali della transizione da medievale a moderno e quindi a pos-moderno, nasceva il progetto — una sorta di testamento spirituale, davvero vergato nel corso delle sue « ultime soste di raccoglimento » — di metter mano al « fossile settecentesco della legalità » per muovere *oltre*, verso un pieno ritorno al *diritto* dell'ordine giuridico e dei suoi interpreti ⁽¹⁾.

Sorprendente e quasi provocatorio, al primo sguardo, nella intenzionale 'eversione' di una gerarchia delle fonti, a forte base legislativa, ancora costitutiva dell'ordine giuridico, questo progetto interpretativo si dimostrava in realtà semplicemente come l'ultimo tassello della riflessione storica svolta negli anni precedenti; il 'naturale' svolgimento della formula interpretativa dell'*assolutismo giuridico*, in una fase in cui le crepe del grande disegno della modernità giuridica apparivano, da più parti, profonde e, in larga misura, irreversibili. E il progetto aveva un obiettivo preciso: non certo quello di *épater le bourgeois*, ma più semplicemente di mettere al passo le categorie fondamentali del giurista alle trasformazioni novecentesche. Era formulata, appunto, « per corrispondere al pluralismo giuridico novecentesco », iniziando a ricucire anche quella divaricazione tra *Rechtsstaat* e *Rule of law* che nei fatti aveva iniziato da tempo a scolorire ⁽²⁾.

In una fase di rapida trasformazione degli ordinamenti, con la legge sempre più priva di significative capacità di innovazione, prendeva così corpo una proposta, non solo affascinante e ammirevole nella sua giovanile 'fantasia', ma carica di interrogativi e degnis-

(1) P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. XI, p. 4.

(2) Ivi, spec. pp. 29-36.

sima di verifica. Un 'oltre la legalità' che non aveva niente di eversivo dal punto di vista costituzionale, che non intendeva rivolgersi contro l'onnipotenza del Parlamento o ancor peggio scardinare consolidati equilibri democratici, ma che al contrario mirava, da un lato, a una più realistica inventariazione delle plurime giuridicità del presente; dall'altro, a ricercare, muovendo dalle attuali inadeguatezze del principio di legalità, quei supporti e quelle integrazioni che ne colmassero le ormai conclamate insufficienze garantistiche.

Il campo problematico della proposta veniva dunque a collocarsi ben all'interno degli obiettivi e dei caratteri propri dello Stato costituzionale, così come formulati in una celebre disposizione della costituzione tedesca, che Grossi tuttavia non ricordava: « La legislazione è vincolata al rispetto dell'ordinamento costituzionale; il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati al rispetto della legge e del diritto » (art. 20, Abs. 3 GG).

E appunto a questa verifica, prima in chiave storica e quindi prospettica, di un possibile nuovo equilibrio tra *Gesetz und Recht* dedicheremo i prossimi paragrafi.

3. *Prime verifiche storiografiche: il modello codicistico e la sua applicazione ottocentesca.*

Quali erano intanto i margini di oscillazione tra legge e diritto, propri del giurista ottocentesco? Vediamolo rapidamente, esaminando dal caso italiano. Al momento dell'Unità, a guidare l'interpretazione c'è una precisa disposizione codicistica: l'art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1865 ⁽³⁾. Anche nel Regno è la forma codice che imbriglia e disciplina l'attività dell'interprete; che impronta la declinazione legalistica del giurista ottocentesco, bene espressa nella prolusione camerte di un giovanissimo

⁽³⁾ « Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore.

Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali di diritto ».

Vittorio Scialoja, nel 1879: *Del diritto positivo e dell'equità* ⁽⁴⁾. Una prolusione destinata a rimanere un punto di riferimento dell'*opinio communis* legalistica, delle chiusure positivistiche, dei timori verso l'arbitrario soggettivismo dell'interprete, grazie anche alla crescita esponenziale del prestigio accademico e scientifico di uno Scialoja che neppure trentenne approda ordinario a Roma, in Sapienza, dove fonderà l'Istituto di diritto romano e l'omonimo *Bullettino*.

Declinazione legalistica, bene espressa, pure, negli imbarazzi pandettistici di Carlo Fadda ed Emilio Bensa, che traducendo, sul finire del secolo, per il pubblico italiano, le *Pandette* di Bernhard Windscheid, che pur scomparso nel 1892 sarà il principale artefice di un codice «speculare alla scienza» come il BGB, prudentemente mediano tra la tipica libertà dell'interprete del sistema di diritto comune — ancora tradizionalmente impersonata dal *System* di Federico Carlo di Savigny e dall'intera tradizione pandettistica —, e i nuovi vincoli posti dal diffondersi, ormai senza eccezioni, della codificazione ⁽⁵⁾.

Sul piano definitorio, nelle occasioni manualistiche, il positivismo del giurista ottocentesco è rigido. Rigido soprattutto quando si tratta di dar voce e sostegno alla grande impresa dell'unificazione legislativa e amministrativa del 1865. L'Italia degli antichi Stati è rapidamente dimenticata, condannata ad un oblio definitivo. Un nuovo ordinamento, quello unitario, prende vita in una sorta di anno zero (in realtà nel quinquennio 1861-65), omologando un territorio sin qui pervicacemente plurale.

Solo nel penale (sino al codice Zanardelli) e soprattutto nell'ordinamento giudiziario resteranno leggibili, per alcuni decenni, i segni dei precedenti ordinamenti regionali, in una pluralità delle Cassazioni (Torino, Firenze, Napoli, Palermo), certamente dura a morire (sino al 1888 per il penale; addirittura sino al 1923, per il civile), ma presto insidiata dal ruolo crescentemente egemone della Cassazione di Roma, istituita nel 1875.

Se occorre difendere il legislatore nazionale, il giurista otto-

⁽⁴⁾ Su cui di nuovo la penetrante lettura di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 42-44.

⁽⁵⁾ C. FADDA, P.E. BENSA, *Note dei traduttori*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1902, vol. I, pt. I, p. 112 e ss.

centesco non ha quindi dubbio alcuno: anche scienza giuridica e giurisprudenza partecipano in prima persona al grande disegno dell'unificazione nazionale.

Questo positivismo rigido, che vede il giurista sempre e comunque farsi scudo della volontà del legislatore, si attenua sensibilmente, invece, quando si tratta di restituire la collaborazione dei diversi formanti alla vitalità dell'ordinamento.

Il dato normativo intanto offre qualche maggiore elasticità rispetto al modello che s'imporrà con il codice civile del 1942. Nel codice Pisanelli manca una disposizione dedicata alla gerarchia delle fonti; nell'interpretazione della legge, sono i « principi generali di diritto », e non gli attuali « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » a chiudere, in caso di lacune, il procedimento ermeneutico; all'art. 3 del codice, con disposizione di carattere generale che esclude condizioni di reciprocità, « lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini ».

Non solo: il codice stesso, nella tradizione ottocentesca, è avvertito come lo statuto — immodificabile — dei diritti privati, come tavola dei valori borghesi, prima ancora che come prodotto di un invadente legislatore, che la cultura del tempo si affretta del resto a raffigurare come l'artefice di un disegno di costruzione nazionale scritto nelle cose di una patria italiana da tempo esistente.

Per giuristi che si sono formati a cavallo dell'Unità e hanno quindi assimilato la letteratura della prima metà del XIX secolo suonano ancora familiari gli insegnamenti di Portalis, il padre del codice Napoleone:

la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue; et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Didot, 1841. Citiamo dall'edizione Paris, Confluences, 1999, pp. 23-24.

Così, se il penale evoca tassatività e completa copertura della legge formale, il civile evoca al contrario immediatamente lo strategico ruolo del giudice perché, anche in caso di lacune, le controversie devono essere decise: « là, *il faut une jurisprudence*, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois » (7).

Come familiari sono ancora gli insegnamenti di Savigny: « l'interpretazione è un'arte »; « è la ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge ». L'espressione deve esser posta in armonia col vero pensiero, « in forza del principio che lo spirito deve avere la preferenza sulla lettera ». Un Savigny che in una Prussia ancora ben lontana dal codice non esitava a riconoscere alla « giurisprudenza dei tribunali », proprio perché « ultima elaborazione delle precedenti fonti del diritto », il primo posto nella categoria delle fonti giuridiche (8).

Non si tratta comunque soltanto di formazione culturale. Il giurista liberale fa parte di una diffusa *koiné*, non solo socialmente, ma anche culturalmente e istituzionalmente omogenea, in cui è normale il transito dalla cattedra agli scranni parlamentari e governativi, ma anche il passaggio dalla cattedra alle magistrature superiori.

In un assetto statale semplice, accentrato, compatto, nel quale poche sono le leggi (rispetto ai tassi di legificazione cui oggi siamo abituati) e ancora relativa l'invadenza del legislatore, i diversi formanti dell'ordinamento si sviluppano in una armonia sostanziale, attraverso un processo di reciproca integrazione.

La tradizione esegetica del codice (si pensi al *Commentario* di Luigi Borsari che subito affianca il codice Pisanelli), è sì legalistica, ma pure risulta impregnata di un savignismo, certo disinvoltamente 'rinaturalizzato' nel sistema del codice, e che pur tuttavia ancora continua a vedere legislatore, giudici e giuristi, interpreti allo stesso modo di una comune coscienza giuridica e del medesimo spirito popolare.

(7) Ivi, p. 22, corsivo aggiunto.

(8) F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, traduz. it. di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1886, volume primo, § 32, p. 219; § 33, p. 231; § 38, p. 249; § 42, p. 270.

Soprattutto, quel legalismo esegetico convive, senza apparenti contraddizioni, con una vera e propria esplosione delle riviste di giurisprudenza che non sono solo quelle a noi ancora oggi ben note, *Il Foro italiano* (fondato nel 1876) o la *Giurisprudenza italiana*, che tale si chiama dal 1862, dopo esser stata fondata come *Giurisprudenza degli Stati Sardi* nel 1848, ma una ricchissima pluralità di fogli giudiziari, nazionali, e ancor più, regionali e locali, dalle più diverse intitolazioni (*Corriere, Foro, Gazzetta, Giornale, Temi...*).

E quel legalismo convive pure con un costruttivismo della scienza giuridica che diverrà tangibile nel passaggio dal commentario al sistema e da una prevalente influenza francese a quella tedesca: al codice occorre « dar vita ed anima, col soffio della scienza » ⁽⁹⁾, scrive nel 1887 Carlo Francesco Gabba, protagonista di una celebre querelle con Giuseppe Mantellini sulla responsabilità dello Stato e fautore di un sistema aperto in grado di riportare il codice al centro dei fatti sociali. Per Gabba è divenuto ormai indispensabile « fecondare la lettera della legge colla scienza e la scienza e la interpretazione del diritto positivo adattare fedelmente alla realtà del vivere umano » ⁽¹⁰⁾.

E « il sistema ha sempre in sé la base per la decisione delle questioni tutte, che nella vita possono sorgere », scrivono nelle *Note* a Windscheid i nostri Fadda e Bensa, pur molto attenti a negare a giurisprudenza e dottrina « forza creatrice di diritto » ⁽¹¹⁾. Ma certamente, né dell'una, né dell'altra, l'assolutismo giuridico, neppure nel suo momento aureo, riuscirà mai a fare a meno.

Questo sommosso, tacito, equilibrio tra una ruvida scorza legalistica, che all'atto pratico sottintende però un eclettico eppur sufficientemente armonico bilanciamento tra formanti diversi, non dura in eterno. Già negli ultimi decenni del secolo i giuristi sono posti di fronte a un campo di tensione impreveduto.

La legge, da un lato, la sua applicazione dall'altro, non proce-

⁽⁹⁾ C.F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile anno scolastico 1887-88*, in « Archivio giuridico », XXXIX (1887), p. 536, da leggersi nella sapiente contestualizzazione di P. GROSSI, *'La scienza del diritto privato'. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 46-50.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 538.

⁽¹¹⁾ FADDA, BEnSA, *Note dei traduttori*, cit., pp. 129-131.

dono più con la rassicurante sincronia ottocentesca di un gioco delle parti che, in una tipica circolarità dei formanti, vede l'indiscussa primazia del legislatore e un ruolo tuttavia niente affatto secondario di giurisprudenza e dottrina.

Su di una tranquillizzante stabilità impatta ora un profondo mutamento sociale. Lo avverte per tempo Angelo Majorana, giurispubblicista fra i più sensibili a cogliere l'emersione di un *droit social* del tutto sconosciuto alla matrice individualistica della codificazione ottocentesca, e quindi anche a interrogarsi su *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*. Scrive Majorana nel 1889:

Un codice è una grande utilità; soprattutto perché significa la certezza, la completezza, la stabilità della legge, ma il diritto positivo che quello comprende, è sempre contingente e relativo alle condizioni di tempo e dello spazio. Grazie al continuo movimento sociale, nuovi bisogni, epperò nuove forze, sorgono. Queste non trovando soddisfazione nella legge, così come dal codice fu integrata, aspirano a differenziarla e delle loro aspirazioni cercano di fare organi i giudici (12).

Gli fa eco nel 1898, quasi anticipando la celebre distinzione di Roscoe Pound di qualche anno più tardi, un grande della procesualcivilistica, Lodovico Mortara: « mentre la legge rappresenta la *statica* del diritto obiettivo, la giurisprudenza ne costituisce la *dinamica* » (13).

E proprio qui, in una ribollente dinamica ordinamentale, ben oltre il modello codicistico, si sta delineando un intero universo giuridico del tutto inedito: infortuni sul lavoro, responsabilità aquiliana, leggi sociali, contrattazione collettiva, sciopero, famiglia, im-

(12) A. MAJORANA, *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, in « Archivio giuridico », XLIII (1889), p. 574.

(13) L. MORTARA, *Commentario del codice di procedura civile*. Vol. 1, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, s.d. [1898], I, n. 70, p. 76 (corsivi aggiunti), da leggersi nel commento di M. MECCARELLI, *Lodovico Mortara*, in *Enciclopedia Italiana*, Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di Paolo Cappellini, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti e Bernardo Sordi, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 459-62.

presa... Ambiti tutti in cui la legislazione risulta ancora episodica e nei quali si avviano inediti dialoghi tra giurisprudenza e dottrina.

Una pressione insistente inizia così a scaricarsi sul codice; sui suoi confini; sui suoi contenuti. Ne risente l'interpretazione. Ne risente il ruolo del giudice, spinto — come sottolinea ancora Majorana — a impossessarsi « dei nuovi bisogni » « sicché le sue sentenze servano come di materiali alla legge futura » (14). Ne risente il ruolo del legislatore, spinto di fronte al premere della conflittualità sociale, di fronte a un diritto che cambia continuamente, di fronte alla urgenza delle riforme, a scendere in campo, ad andare oltre il codice, a mettere in piedi le prime leggi sociali, assunte ora come i rassicuranti satelliti che attorniano il codice civile, colmando le sue più evidenti lacune sociali; ora invece, per i tradizionalisti, come i minacciosi pianeti che assediano la cittadella civilistica dell'individualismo proprietario.

Certo, la spinta sarà rivolta in primo luogo al legislatore, cui deve spettare di assumere quei provvedimenti che colmando non tanto le lacune giuridiche quanto le vere e proprie lacune sociali del codice, correggendo dunque il modello stesso in profondità, non possono che essere di natura legislativa. Quei provvedimenti che si penseranno come eccezionali e sembreranno a lungo congiunturali, sospinti fuori dal monumento codicistico in una valenza normativa che ancora si vuole transitoria e passeggera e che proprio per questo sembrano assumere le vesti del diritto pubblico, piuttosto che quelle del diritto privato.

Eppure, è questo il momento in cui la cultura giuridica italiana si apre alla recezione dei cultori del diritto libero (Joseph Kohler, Eugen Ehrlich, e soprattutto Hermann Kantorowicz, che con lo pseudonimo di Gneo Flavio scrive *La lotta per la scienza del diritto*, tradotta nel 1908 in italiano dal giudice Raffaele Majetti). È questo il momento in cui la cultura italiana si apre al confronto con il fervido dibattito della terza Repubblica francese tra François Gény e Raymond Saleilles, che scavavano le prime, rovinose, fessure nell'edificio legalista.

Ma senza intaccare la previsione dell'art. 3 delle disposizioni

(14) MAJORANA, *L'evoluzione storica*, cit., p. 579.

preliminari; senza sposare soluzioni iconoclaste. Il saggio più celebre di questo periodo — *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* di Donato Donati del 1910 — resta un esempio di formalismo positivistico che quelle fonti iconoclaste discuteva, ma per respingerle seccamente dall'orizzonte normativo del nostro ordinamento.

All'inizio del Novecento, comunque, il quadro è assai più complesso e sfaccettato. Il ridotto codicistico, ben presidiato dal diffuso legalismo, resta, senza dubbio, ancora l'anima e il nucleo fondante dell'intero ordinamento. Ma è ormai lungi dall'esaurirlo. La frammentazione del diritto comune civilistico è alle porte. Le linee evolutive principali dell'ordinamento tendono a muoversi fuori dal codice, come dimostra il grande tema della responsabilità ⁽¹⁵⁾.

E il « principio nuovo della responsabilità senza colpa », si chiede un giovane, brillantissimo Francesco Carnelutti, nel 1904, è espressione di *jus singulare*, è diritto eccezionale, rispetto alla regola romanistica della responsabilità per colpa, cade dunque sotto il divieto di interpretazione analogica dell'art. 4 delle disposizioni preliminari? O, al contrario, quella legge sugli infortuni del 1898, nel quale il principio di responsabilità oggettiva si è espresso per la prima volta, rappresenta « la manifestazione di un movimento addirittura imponente nel diritto moderno »? Appunto « il movimento che intende a colmare la lacuna della nostra legge civile per quanto riguarda il contratto di lavoro » ⁽¹⁶⁾.

Il binario legalistico non viene mai scalzato: quelle disposizioni preliminari sono le basi fondative dell'intero sistema. Crescono, tuttavia, le 'terre senza codice'. Si arricchiscono e si pluralizzano i rami dell'ordinamento che nel codice non trovano più la loro *sedes materiae*.

Quelle disposizioni preliminari — Carnelutti stesso lo conferma — valgono certo anche fuori dal codice, sono rivolte all'intero

⁽¹⁵⁾ Vi ha dedicato anni fa una brillante ricostruzione, Giovanni Cazzetta: *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

⁽¹⁶⁾ F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni*, in « Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo », II (1904), pp. 202 e ss., ora in Id., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, I, Roma, Athenaeum, 1913, p. 32, pp. 37-38.

ordinamento. Le terre senza codice non sono sterminate praterie aperte alle dottrine del diritto libero. Conservano il loro marchio legislativo e dal legislatore attendono i provvedimenti legislativi che le legittimano all'interno dell'ordinamento. Ma qui la completezza del codice è un lontano ricordo. E senza scienza e giurisprudenza quei rami del diritto neppure riescono a individuare le loro coordinate di riferimento.

Si pensi all'esperienza dei collegi probivirali, ove per la prima volta si sperimentano le questioni della contrattazione collettiva, dello sciopero, persino un certo modello processuale, antesignano del futuro processo del lavoro, bene illustrata dai giuristi del tempo, da Enrico Redenti a Giuseppe Messina, a Francesco Carnelutti, in un serrato dialogo tra dottrina e giurisprudenza: un dialogo che a fronte di una legislazione episodica e non coordinata inizia a fissare e a costruire, all'ombra di un timido legislatore, la specialità lavoristica.

E senza codice, resta l'intero universo pubblicistico, sospeso tra un testo costituzionale, lo statuto albertino del 1848, stringato ed evasivo, mera carta di organizzazione delle principali funzioni costituzionali, e un corpus di leggi amministrative fissate all'atto dell'unificazione e quindi aggiornate in periodo crispino.

Mette a fuoco il problema una celebre prolusione palermitana di Santi Romano del 1899, dedicata a *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*. L'interpretazione, certo, è consueto appannaggio dei privatisti, forti della collocazione delle norme relative nelle disposizioni preliminari al codice civile. Ma quelle norme — confessa senza mezzi termini Romano — non sono sufficienti per il diritto pubblico, in cui manca l'accuratezza e la precisione tecnica, tipica delle norme civilistiche. In cui, soprattutto « è impossibile che le leggi regolino minutamente l'attività amministrativa dello Stato, per non parlare del caso, tutt'altro che raro, in cui manca affatto la legge »⁽¹⁷⁾. Il diritto pubblico, anche in punto di interpretazione, deve elaborare una propria teoria generale. Sullo sfondo delle considerazioni romane è facile intravedere alcuni capisaldi della specialità amministrativa, il fondamento della potestà regolamen-

(17) S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in « Il Filangieri », XXIV (1899), p. 242.

tare; la definizione di potere discrezionale; le tecniche di controllo giudiziario della discrezionalità: capisaldi che qui non interessa approfondire.

Ci basta tener presente che un intero universo giuridico, quello amministrativo, in fase di forte espansione con l'inizio dell'età giolittiana, si conferma terra senza codice, in cui, certo, organizzazione, compiti, funzioni sono scandite da una legislazione che cresce per dimensione e importanza, ma che per la messa a punto dei principi giuridici fondamentali è costretta ad affidarsi al ruolo pretorio della giurisprudenza (basterebbe ricordare la vicenda del riparto di giurisdizione o la definizione dell'eccesso di potere), ma anche a uno strategico formante dottrinale che, in una ampia circolazione di sicuro rilievo europeo, mette a punto lo stesso modello amministrativo continentale. Spetta dunque a giurisprudenza e dottrina fissare l'intero corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, perché — come scriveva Massimo Severo Giannini in un celebre passo — « il legislatore non si è mai occupato di fissarle » (18).

Sarà il primo dopoguerra, in ogni caso, a restituire un quadro anche teoricamente più mosso; più disponibile ad accettare l'impossibilità del sistema di autocompletarsi dall'interno e pronto a sposare una versione più plastica dei principi generali e quindi, in ultima analisi, anche più disposto a scoprire il ruolo oggettivamente creativo svolto dall'interprete nella formazione dell'ordinamento.

Il problema ermeneutico conquista per la prima volta in Italia piena dignità filosofica, sull'onda della filosofia neoidealista. Nomi importanti, di notevole statura teorica, da Giorgio Del Vecchio a Giuseppe Maggiore, da Widar Cesarini Sforza a Max Ascoli, sino a Guido Calogero (19), aprono una stagione in gran parte inedita, che

(18) M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in « Rivista di diritto processuale », 1963, p. 536, per una valutazione che non era sfuggita a P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, ora in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 89.

(19) Personaggi, beninteso, non sovrapponibili, dotati, ciascuno, di una potente ed irriducibile individualità e su cui disponiamo delle indagini complete e affidanti di Luigi Caiani, Antonio De Gennaro e, soprattutto, di Pietro Costa, cui non posso che rinviare.

può approdare sino allo smontaggio della « logica del giudice »⁽²⁰⁾ e del sillogismo giudiziario, e all'aperto riconoscimento della creatività dell'interprete, nella singolarissima opera di Calogero del 1937, un filosofo prestato al diritto e all'avvocatura per lo stato di necessità di metter per quanto possibile al riparo il proprio antifascismo.

In questo indirizzo che sin dal 1912, Cesarini Sforza ha definito di 'modernismo giuridico', spicca il saggio del 1928 di Max Ascoli⁽²¹⁾: un'opera di programmatico taglio filosofico, che non pretende di sovvertire il piano dogmatico di applicazione dell'art. 3 delle disposizioni preliminari, ma che pure pone proprio l'interpretazione al centro dell'intera esperienza giuridica. Una interpretazione di cui emerge l'insopprimibile momento creativo, che segna « il passaggio dalla norma al fatto », « il termine medio fra l'astratto e il concreto »⁽²²⁾. Un interprete, dunque, esso stesso in qualche misura 'legislatore', « produttore di norme », di norme che certo derivano dalle norme astratte ma che in sede applicativa restituiscono la individualità della regola del caso concreto.

Non a caso, questo saggio di Max Ascoli è anche una delle prime opere in cui circola in Italia la teoria gradualistica dell'ordinamento elaborata dalla Scuola di Vienna, grazie alla convergenza delle tesi di Hans Kelsen e Adolf Merkel, e che, in una innovativa prospettiva nomodinamica, articolata su più livelli, e già in grado di raffigurare le novità dello Stato costituzionale del Novecento, restituisce il farsi di un ordinamento che in ogni stadio, a valle della norma fondamentale, sino alla norma individuale, elaborata dal giudice o dall'amministratore, media e fonde tra di loro, creazione e applicazione della regola.

E accanto ai filosofi del diritto, i commercialisti, da Alberto Asquini a Tullio Ascarelli a Lorenzo Mossa. Commercialisti, cui sta particolarmente stretta l'ormai anacronistica fondazione del diritto commerciale sugli atti di commercio, ancora fissata dal codice del

⁽²⁰⁾ G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937.

⁽²¹⁾ M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, Athenaeum, 1928.

⁽²²⁾ P. COSTA, *L'interpretazione della legge. François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in questa rivista, 20 (1991), pp. 445-46.

1882 e che, ben calati in quegli « itinerari dell'impresa » magistralmente ricostruiti proprio da Paolo Grossi, accertano sul campo la dinamica dell'ordinamento e la funzione creativa di un interprete chiamato a dar voce a una realtà economica in profondo, costante, mutamento. Posizioni poi riprese e sviluppate da Ascarelli negli anni Cinquanta, in due saggi di particolare pregio in cui il problema ermeneutico esce dall'angusta prospettiva codicistica; diventa il « costante momento di mediazione tra il *corpus iuris* dato e una mutevole realtà » (23); supera in breccia « il naturale provincialismo di ciascuno », aprendosi alla comprensione di quella esperienza giuridica che, se assunta con metodo storico comparato, « permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie » (24).

Lo stesso senso profondo della dinamica ordinamentale che dalla trincea della teoria generale in cui si è ritirato dopo un sofferto processo di epurazione (il passo è stato scritto nell'ottobre del 1945), sa cogliere Santi Romano, in un'altra superba voce dei *Frammenti di un dizionario giuridico*:

la legge in un certo senso è materia, non anima [...] Un'anima ha invece l'ordinamento giuridico di cui la legge, o meglio, le leggi in esso coordinate e fuse, sono elementi integranti, appunto come espressione in continuo movimento delle sue forze vitali [...] Qualche cosa di vivo che continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole (25).

4. *Novecento giuridico: la chiusura delle Preleggi; il pluralismo della Costituzione.*

La plumbea chiusura statualistico-legalistica fissata dal codice del 1942 agli articoli 1 e 12 delle preleggi, traghettate nell'ordinamento repubblicano con la sola espunzione, da una gerarchia delle

(23) T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, I, p. 71.

(24) T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* (1954), ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 503.

(25) S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), ora in *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 713.

fonti di fresco conio, delle ‘norme corporative’, non sembrerà però consentire, nell’immediato, grandi spazi a questa « anima » ordinamentale, evocata dall’ultimo Santi Romano.

Il codice ‘dimentica’ il costante intreccio tra i formanti grazie al quale sono stati incubati, nell’arco di non pochi decenni, i nuovi contenuti che la codificazione può vantare rispetto alla trasposizione del *Code civil* in terra italiana, operata all’atto dell’unificazione. L’opzione positivistica, certo, è ancora una eredità dell’assolutismo giuridico ottocentesco, ma reca evidenti, nella torsione autoritaria delle norme ricordate, anche rispetto al Codice Pisanelli, le stigmate di un totalitarismo statualistico che ha fatto dell’uso accorto della legge e dell’atto di governo, una precisa strategia del regime. E cui una magistratura e un’amministrazione, non di rado servili, hanno dato sistematica applicazione.

Rimontando a queste lontane radici ed epurato delle « bestio-line parassite » infestate dal regime, il codice può presentarsi, nonostante la parentesi fascista, come il fedele interprete di una risalente mitologia, rinverdendo una legalità formalistica, chiusa e compiuta all’interno della stessa forma codice, affidata alle garanzie della inossidabile verifica di legittimità operata da una Corte di Cassazione che, ancora all’inizio degli anni Cinquanta, si dimostra incline a chiudere i confini dell’ordinamento giuridico nella sua esclusiva base legislativa.

Si tratta, comunque, di impressioni e di resistenze di breve durata. La sensazione di continuità e di pacifico ritorno al passato è subito rotta dalla prepotente novità dell’ordinamento costituzionale, che già segna la linea dell’oggi, con le aperture multilivello, sia infra che sovra statuali, che stanno per essere fissate negli articoli 5, 10 e 11 dei Principi fondamentali della carta; con il principio di solidarietà che lentamente inizierà a dischiudere una integrazione costituzionale — sinora mai tentata — della fattispecie.

Se ne avvede immediatamente Guido Zanobini, nel primo commentario della Carta: una inedita « pluralità di fonti normative » ha soppiantato l’antica unicità della legge formale ⁽²⁶⁾. Ha preso piedi un

(26) G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze, Barbera, 1950, p. 47 e ss.

sistema costituzionale delle fonti, sconosciuto all'ordinamento statuario, che richiede una drastica integrazione del principio di gerarchia: occorre ormai la bussola della *competenza* — lo segnala nel 1960 Vezio Crisafulli —, per dirimere i possibili conflitti tra norme (27).

Non si sono semplicemente moltiplicati i modi e le procedure di emanazione delle norme giuridiche, con la conseguente esplosione del novero delle fonti. Una « progressiva oscurità » ha iniziato ad avvolgere anche il « capitolo delle fonti », che il codice aveva pensato di scrivere, in perfetta solitudine, nelle preleggi. Per il giudice ordinario — già lo registra Alessandro Giuliani nel *Trattato* diretto da Rescigno — « il valore della costituzionalità della legge » sta divenendo « più importante di quello della certezza del diritto, nel senso del positivismo ottocentesco » (28). Parallelamente, la svolta del Convegno di Gardone ha iniziato ormai da qualche anno, anche all'interno della magistratura, a scuotere i tradizionali pilastri legalistici del sistema.

E il passo è breve a riconoscere che la Costituzione ha « travolto » e « sconvolto » il sistema delle fonti disegnato dalle preleggi (29), il cui art. 1 appare ormai un mero relitto storico. L'interprete è così costretto non solo a riannodare le fila di un pluralismo che la rigida gerarchia del codice ha deliberatamente cancellato e che i lenti progressi dell'ordinamento regionale, all'interno, e dell'ordinamento comunitario, all'esterno, stanno significativamente complicando, ma anche a interrogarsi sul residuo valore normativo dell'art. 12, palesemente inadeguato come parametro di lettura delle norme costituzionali, soprattutto nel loro progressivo imbricarsi all'interno dell'ordine giuridico e, pur tuttavia, ancora autorevolmente riproposto come norma chiave dell'intero sistema, valida « per tutto l'ordinamento » (30).

(27) V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1960, p. 775 e ss.

(28) A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Pietro Rescigno, I, Torino, Utet, 1982, p. 265.

(29) L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in « Riv. dir. civ. », XXXIX (1993), p. 21.

(30) F. SANTORO PASSARELLI, *Preleggi*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XIII, Torino, Utet, 1968, p. 630.

Inizia a serpeggiare il dubbio che l'interpretazione non possa « essere imbrigliata in astratto » e addirittura che « sarebbe arbitrario risolvere il diritto nella legislazione » ⁽³¹⁾. Mentre l'esplosione pluralistica delle fonti, con il passaggio dalla *ratio legis* alla *ratio iuris*, rende estremamente difficile e quasi imbarazzata l'applicazione dei criteri dell'interpretazione letterale e della intenzione del legislatore, posti a salvaguardia della monolitica chiusura effettuata dall'art. 12.

Soprattutto, è il disegno codicistico della interpretazione come *extrema ratio*, come eccezionale strumento per colmare le rare lacune che una proclamata e ben difesa completezza può far trasparire, che si è dissolto, di fronte alla « piramide di valori » ⁽³²⁾ segnati in costituzione e che inevitabilmente enfatizzano il ruolo dei principi e la necessità del continuo ricorso al processo ermeneutico nella dinamica effettiva dell'ordinamento.

Tra preleggi e costituzione si è scatenato un corto circuito che ha spostato più in alto il punto di coerenza dell'ordinamento e che esalta come mai in passato, il ruolo dell'interprete, complice il crescente ruolo del giudice costituzionale, non più 'Cenerentola della carta' ⁽³³⁾ e ormai proteso verso il diffondersi su larga scala dell'interpretazione adeguatrice.

5. *Gli ultimi decenni: tra il paradigma ermeneutico e lo spettro del governo dei giudici.*

Negli ultimi decenni il fenomeno vive la sua esplosione definitiva. Non si tratta più soltanto di riconoscere la presenza, acquisita e mai tramontata, neppure nella ottocentesca età del codice civile, della giurisprudenza: una « fonte-fatto », sempre più radicata nella effettiva dinamica dell'ordinamento, che reintroduce fattualità che sembravano definitivamente tramontate con la svolta di fine Sette-

⁽³¹⁾ PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, cit., p. 25.

⁽³²⁾ Ivi, p. 29.

⁽³³⁾ La celebre definizione del 1949 di Costantino Mortati è puntualmente contestualizzata da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 6 e ss.

cento ⁽³⁴⁾ e che sollecita, anche nel pianeta di *civil law*, colloqui sempre più intensi; la capillare diffusione di commentari e data base via via più sofisticati, e persino lo sviluppo di una inedita cultura del precedente, che riesce pure, qua e là, a trovare qualche significativa conferma formale anche nell'impianto codicistico (art. 360-*bis* c.p.c., introdotto nel 2009; art. 374 c. 3, c.p.c., novellato nel 2006).

La penetrazione di un ordine giuridico europeo a prevalente base giurisprudenziale, da un lato; la diffusione, a ogni livello, di un sempre più intenso sguardo comparativo, dall'altro, possono così, nel giro di pochi anni, far considerare ormai acquisito, anche nel modello continentale, un celebre giudizio di Lord Radcliffe: « non esiste controversia più sterile di quella che concerne la questione di sapere se il giudice contribuisce a creare il diritto. È palese che è così. E come potrebbe essere altrimenti? » ⁽³⁵⁾.

Il paradigma ermeneutico inizia ad abbandonare l'empireo della teoria generale e diventa sempre di più linguaggio comune e condiviso anche dal giurista pratico. Ormai si riconosce apertamente non solo che la dinamica dell'ordinamento poggia sull'applicazione giudiziale, ma anche che le norme sull'interpretazione esprimono la « inconcludenza della pretesa di ogni diritto 'positivo' di stabilire da sé le condizioni della propria portata, cioè di chiudersi in sé stesso ». L'interpretazione assurge a strategica « attività mediana o mediatrice tra il caso della vita e la norma che lo deve regolare », tra la realtà e il diritto, mentre « il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come 'parti' del diritto, non come 'tutto il diritto' ». Ed è ormai dubbio che la certezza del diritto, ovvero « la fissità dell'ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo

⁽³⁴⁾ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, seconda edizione, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 2011, p. 726 e ss.

⁽³⁵⁾ Un giudizio ben valorizzato da M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Economica, 1984, p. 33. Sulla stessa lunghezza d'onda, F. GALGANO, *Giurisprudenza e giurisprudenza in materia civile*, in « Contratto e impresa », I (1985), p. 48: « non solo l'esperienza anglosassone, ma anche quella europea suscita l'idea di un rapporto complementare fra legislatore e giudice [...] Diritto giurisprudenziale significa diritto che nasce dai casi concreti [...] ».

realistico [...] e anche desiderabile». L'antica, severa, gerarchia restituisce ormai flessibilità e frammentazioni crescenti ⁽³⁶⁾.

In parallelo a questa sempre più diffusa consapevolezza del « prezioso lavoro di applicazione giurisprudenziale » che fa « sempre evolvere il diritto » ⁽³⁷⁾ e quindi della crescente rilevanza del paradigma ermeneutico e dello stesso formante giurisprudenziale, sta comunque maturando anche la sensazione di uno spostamento negli equilibri costituzionali, che fa temere una problematica alterazione del principio di divisione dei poteri e un deciso *empowerment* della giurisdizione che, specialmente in un paese dalla turbolenta storia giudiziaria e quindi dalla politica, fortemente conflittuale, relativa, come il nostro, fa alzare i toni dello stesso confronto scientifico.

Emerge così, accanto e spesso in aperta polemica con la positiva immagine grossiana di un pluralismo finalmente liberato dagli artificiali giochi del passato, anche il senso di un disagio crescente, che ora fa leva sulla crisi della fattispecie; ora evoca *i demoni nascosti nelle caverne e pronti a ridestarsi*, con una chiara allusione alla lotta al paragrafo che fu propria del nazismo, ora gli *interpreti senza partito*. Davvero, l'antica sinfonia che scandiva i rapporti tra legge e interpretazione è divenuta improvvisazione polifonica?

O ancora, se ci spostiamo sul profilo degli equilibri tra i poteri, si sta davvero delineando un indebito *gouvernement des juges* in grado di prendere il posto, attraverso un altrettanto indebito *Richterstaat*, di quel giudiziario che Hamilton nel 78° del *Federalist* ci descrive come privo della borsa e della spada, delle grandi prerogative del legislativo e dell'esecutivo e che « per la natura delle sue funzioni, sarà sempre il meno pericoloso per i diritti sanciti dalla costituzione, perché sarà quello che meno potrà lederli o pregiudicarli »?

⁽³⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 185, p. 182, p. 212, p. 203.

⁽³⁷⁾ Lo rivela l'autorevole discorso ufficiale di una non specialista: L. SEGRE, *La stella polare della Costituzione. Il discorso al Senato*, a cura di Daniela Padoan, Torino, Einaudi, 2023, p. 8. Anche per il teorico, « l'interpretazione è in qualche misura costitutiva del diritto », all'esito della « complessa 'dialettica' che nel fenomeno giuridico si dà tra atti di produzione e atti di applicazione (e di interpretazione) » così che « il diritto è prodotto non solo dai legislatori, ma anche dagli interpreti » (G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 348-349).

Le questioni sono oggettivamente complesse e problematiche e non consentono risposte semplici. I trinitari equilibri settecenteschi sono ormai sfumati ⁽³⁸⁾, superati dall'approdo allo Stato costituzionale, dai nuovi meccanismi di governo regolativo, dal grande successo della giustizia costituzionale, del tutto assente o ancora embrionale tra le due guerre. Anche il compito meramente demolitorio del *legislatore negativo* immaginato nel 1920 da Kelsen è stato rapidamente valicato. All'ampia tipologia di dispositivi di accoglimento manipolativi, si affiancano sentenze interpretative di rigetto che si muovono oltre la logica binaria del *sì* e *no* alla domanda se la legge sia incostituzionale, tanto da far dubitare che modelli accentrati come quello italiano si stiano impercettibilmente trasformando in modelli diffusi. La Corte estende la propria competenza alla interpretazione della legge; dall'altro invita i giudici a inoltrarsi nel mondo dei valori costituzionali. Tra Corte e giudici comuni si inizia così a tessere un fitto dialogo, con al suo centro i valori costituzionali più che le regole, con conseguente slittamento del dato normativo, nella sua accezione classica, verso i principi.

A metà degli anni Novanta si inizia a spianare la strada verso l'interpretazione conforme a Costituzione: « è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. [...] posto che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali » (Corte cost. 22 ottobre 1996, n. 356. Presid. Ferri, Relat. Zagrebelsky). Senza tacere l'obiettivo deflattivo delle questioni di costituzionalità cui questo indirizzo mirava, dal momento che il mancato assolvimento dell'onere di interpretazione conforme da parte del giudice a quo è causa di inammissibilità del ricorso, l'effetto principale resta comunque quello di ridurre la distanza tra fonti e ordinamenti, armonizzando i contenuti di serie normative non coincidenti per origini e legittimazione, facendo

⁽³⁸⁾ B. ACKERMANN, *Good-bye Montesquieu*, in *Comparative Administrative Law*, edited by S. Rose-Ackermann, P.L. Lindseth, B. Emerson, Cheltenham, UK — Northampton, MA, USA, Elgar, 2017², pp. 38-43, per una prospettiva (che non era sfuggita a P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 125) che invitava il giurista a calarsi in un assetto costituzionale sempre più articolato e complesso e, per il profilo che qui interessa, sempre più incentrato su istituzioni indipendenti.

confluire *legalità legale* e *legalità costituzionale* ⁽³⁹⁾ e coinvolgendo il giudice comune nell'ingranaggio della giustizia costituzionale, garantendo così la piena circolazione dei valori costituzionali a ogni livello della dinamica ordinamentale ⁽⁴⁰⁾.

Parallelamente, anche il giudice di legittimità interpreta in chiave fortemente evolutiva il limite dell'art. 12 delle preleggi, proclamando, senza imbarazzi, che « alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi [...] essendo proprio la differenza tra interpretazione e mera dichiarazione ciò che spiega e giustifica l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio — naturale e non eversivo — della giurisdizione, senza determinare al contempo confusioni tra quest'ultima e la legislazione » ⁽⁴¹⁾.

L'impatto sulla certezza e sul sempre più fragile confine tra *Gesetz und Recht* non è di poco conto, tanto più che questi capitoli di « applicazione del diritto nella prassi » non vivono più negli interstizi interpretativi già ampiamente presenti nei modelli codicistici classici ⁽⁴²⁾, ma appaiono al contrario come l'iceberg di un inedito fenomeno di *espansionismo giudiziario* (*judicial activism, juristocracy*) ⁽⁴³⁾,

⁽³⁹⁾ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 391 e ss., secondo cui « un canone concepito per generare armonia può mancare il bersaglio » generando « intollerabili costi di certezza del diritto », mentre esclusivamente al legislatore e alla politica deve spettare il compito di fissare le linee direttrici dell'evoluzione del vincolo sociale. Mentre la massima citata nel testo gli appare oggi, retrospettivamente, « enunciazione infelice-mente 'estrema' »: LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 157.

⁽⁴⁰⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 27-31.

⁽⁴¹⁾ Cass. S.U. 6 novembre 2014, n. 23675, Presid. Rovelli, rel. Di Iasi, valorizzata e convincentemente commentata da O. ABBAMONTE, *Giurisprudenza e storicità del diritto. Contributo ad un possibile rinnovamento della storiografia giuridica ed al compito dell'attività giurisprudenziale nella formazione del diritto e del giurista*, in « Iurisdicio. Storia e prospettive della Giustizia », 2 (2021), pp. 117-23.

⁽⁴²⁾ C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, 1912, traduz. ital. a cura di Emanuele Castrucci, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 74.

⁽⁴³⁾ In una letteratura che cresce continuamente, si vedano almeno A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998;

ben più travolgente ed epocale, che porta la magistratura « al centro dello spazio pubblico » (44). Un fenomeno assai diverso dal *government by judiciary* degli Stati Uniti tra le due guerre, già denunciato dal celebre volume di Lambert del 1921, tutto giocato sul conflitto difensivo delle corti di *common law* contro la politica sociale delle presidenze a cavallo del primo conflitto mondiale.

Oggi, è lo stesso territorio coperto dalle decisioni dei giudici che quantitativamente e qualitativamente si espande a spese di quello proprio della politica e dell'amministrazione, per gli effetti di una generale *due process revolution* che spinge verso il sempre più massiccio utilizzo di strumenti processuali (sindacato di costituzionalità, procedimentalizzazione azione amministrativa, ricerca di una democrazia dell'imparzialità...). E se in passato solo un'area molto ristretta di eventi trasgressivi dell'ordine sociale veniva devoluta all'autorità giudiziaria, grazie al ruolo di autorità sociali diffuse e informali, in grado di fissare comportamenti e farli rispettare; ora, al contrario, si assiste ad un'ampia giudiziizzazione di rapporti e relazioni (famiglia, procreazione, fine vita, lavoro, scuola, medico-paziente, emigrazione...), mentre cresce enormemente, complice la rivoluzione globale del discorso dei diritti, la generale aspettativa di giustizia. Un fenomeno di cui le magistrature supreme sono ben consapevoli, anche perché direttamente investite del sempre più frequente trasferimento del conflitto al giudice (45).

Anche risposte e rimedi, cui qui si può solo accennare, rivelano soluzioni e sensibilità diversificate. In Francia, dove la neutralizzazione giudiziaria operata dalla Rivoluzione resta ancora intoccabile, almeno sul piano delle affermazioni di principio, ancora prevalgono posizioni profondamente critiche nei confronti di quella che viene

R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2004; M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2022, pp. 124-150.

(44) S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022, p. 33.

(45) « In un certo senso, non è il giudice a fare politica; è la politica che demanda al giudice la composizione del conflitto fra valori, mentre il segmento della società che non accetta — quando pure viene espressa — la scelta politica, rinuncia a combatterla sul terreno che le è proprio e la riversa sulla giurisdizione »: Consiglio di Stato, Inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, Relazione del Presidente Alessandro Pajno, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2018, p. 21.

bollata come « dicastocrazia », nonostante interi settori dell'ordinamento transalpino, a partire da quello amministrativo, fondino il loro sviluppo storico su giurisprudenze dall'inconfondibile taglio pretorio ⁽⁴⁶⁾. Mentre il dibattito tedesco, pur non scevro di contrapposizioni, appare oggi più distaccato, ormai lontano dalle virulente polemiche dei tardi anni Cinquanta, che vedevano Carl Schmitt e Ernst Forsthoff, in nome di un neo-formalismo sin troppo strumentale e dimentico delle posizioni da quei giuristi assunte negli anni Trenta, schierarsi contro le novità dello Stato costituzionale e del ruolo della Corte di Karlsruhe. Un dibattito in grado ora di approdare a una più serena rappresentazione del giudice, che fa leva sul ricordato vincolo costituzionale *an Gesetz und Recht*: un giudice visto, nella fortunata metafora dell'alto magistrato Günther Hirsch, non più come *Diener*, ma *Pianist*, autorevole e autonomo interprete di un legislatore cui ancora spetta il ruolo di grande 'compositore' dell'ordine giuridico ⁽⁴⁷⁾.

6. *Verso una rifondazione del garantismo: principi da conservare; principi da sostenere.*

Qual è l'effetto finale di queste spinte e contropinte che rendono vorticoso la dinamica ordinamentale? Si sta approdando a una democrazia svuotata dalla debole legittimazione del ceto dei giudici, o a una inedita forma di democrazia dell'imparzialità? Una imparzialità certo sempre più indispensabile, nelle società complesse, a tenere in equilibrio interessi e diritti, a riparare discriminazioni, a compensare *handicaps* e che la forza degli stessi fenomeni sociali porta verso un nuovo equilibrio tra politica della imparzialità e politica maggioritaria.

⁽⁴⁶⁾ *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, Science politique, 2001. Ma per un inquadramento problematico della *démocratie d'impartialité*, soprattutto P. ROSANVALON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 139 e ss.

⁽⁴⁷⁾ G. HIRSCH, *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, traduz. ital., *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in « Criminalia », 2007, p. 107 e ss. Sul venir meno del « giudice farmacista », anche le belle pagine di N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2021, pp. 73-79.

Grossi, lo vedevamo all'inizio, non ha dubbi: ben consapevole della 'assolutistica' pretesa di completezza della forma codice, già inattuale nel XIX secolo, spinge a riconoscere il primato, la dominanza, la supremazia di un *diritto* in grado di assorbire al suo interno l'intero fenomeno legislativo, ma anche di trascenderlo ove necessario, rispetto alla legge, assorbendo anche nell'universo di *civil law* il principio della *rule of law*, della *regola di diritto*, quasi a riunificare lo storico confine giuridico della Manica, sulla base di un retroterra di fonti, ormai ampiamente comune e tipicamente pluralistico, che rivela, al di là e al di qua dal Canale, una orditura prevalentemente giudiziale.

Questo significa anche mettere in luce i profili più vetusti del principio di legalità. Principio nobile e antico, dal percorso storico tormentato — ben lo sanno penalisti e amministrativisti — sicuramente da preservare nelle sue declinazioni coerenti con i destini dello Stato costituzionale e della costituzione democratica e nella sua esigenza insopprimibile di generalità e uguaglianza, troppo spesso mortificata dall'uso 'provvedimentale' della legislazione; ma anche da supportare e integrare, vuoi nella capacità ormai solo parziale, di rappresentazione di un diritto sempre più plurale e multinormativo, vuoi nel suo valore prescrittivo, ormai bisognevole di forti iniezioni garantistiche.

Non si tratta di ricadere nell'alternativa savigniana tra un legicentrismo da rifiutare e un modello sofocratico da vagheggiare, lungo sentieri della scienza giuridica da tempo interamente solcati e ormai impraticabili, ma di scoprire nuovi percorsi integrativi della legittimazione del potere. Se non si può mettere in dubbio che tocchi al solo legislatore di scrivere le sinfonie, si tratta però di prendere atto che il compositore non sempre è in grado di farlo e il pianista può effettivamente trovarsi sempre più spesso a suonare senza spartito.

In questi casi, solo una severa disciplina di *judicial restraint* potrà scongiurare « l'abuso della discrezionalità »⁽⁴⁸⁾, l'inaccettabile « soggettivismo » foriero di una crescente imprevedibilità delle de-

⁽⁴⁸⁾ Trovo particolarmente convincenti le considerazioni di G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 7-10. Da vedere anche Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 4-28.

cisioni, le indebite censure della ‘virtù’, invasive degli spazi riservati agli altri poteri, evitando lo sprofondare *in infinitum* del meccanismo delle garanzie. Mentre solo una attrezzata comunità dialogante potrà verificare l’intrinseca giuridicità delle scelte compiute e porre criticamente un argine alla mai sopita ‘lotta tra le giurisdizioni’.

Un’altra legalità quindi non solo è possibile, ma è necessaria ⁽⁴⁹⁾, e va intesa, sul piano dei principi, come un *tessuto* ⁽⁵⁰⁾ di supporto e integrazione delle attuali inadeguatezze del principio, delle sue insufficienze garantistiche, non contro un meccanismo rappresentativo di cui, nonostante le vistose inadeguatezze, non possiamo fare a meno, ma per una più sincera inventariazione delle plurime giuridicità del presente e delle connesse necessità di garanzia, bene esemplate, in campo amministrativo, nel diritto ad una ‘buona’ amministrazione, intesa in senso prevalentemente giustiziale dall’art. 41 della Carta dei diritti dell’Unione europea.

L’imparzialità deve scongiurare ogni forma di politicizzazione endogena degli apparati esecutivi e ha oggi più che mai bisogno di credibilità e di riflessiva autolimitazione. Nonostante gli sforzi della recente riforma della giustizia, nonostante i periodici, autorevoli, richiami, si ha purtroppo l’impressione che, almeno nel nostro paese, anche a causa di un revanscismo, mai sopito, della politica, non sempre la magistratura ordinaria e speciale abbiano imboccato questa strada. Eppure, è proprio un potere giudiziario in grado di esprimere tutte le potenzialità garantistiche di cui è necessario che si faccia carico, quello di cui oggi abbiamo estremo bisogno.

⁽⁴⁹⁾ Anche nel delicato campo del penale, in cui pure si è costretti a ricorrere a una « faticosa ‘razionalità dialogica’ », come dimostra la limpida analisi di F. PALAZZO, *Legalità penale. considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in questa rivista, 36 (2007), p. 1279 e ss.; pp. 1323-26. Di diverso avviso, L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 211 e ss., che continua a vedere, anche nell’opera di Kelsen, una contraddizione tra il primato democratico della legislazione e il riconoscimento della giurisdizione come fonte.

⁽⁵⁰⁾ Secondo la felice immagine di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. del dir., Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 420.