

Paolo Grossi

**PLURALITÀ DELLE FONTI DEL
DIRITTO E ATTUAZIONE DELLA
COSTITUZIONE**

Estratto

PAOLO GROSSI

Presidente emerito della Corte costituzionale

Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione (*)

SOMMARIO: 1. Sul difficile rapporto fra i giuristi italiani e la Costituzione repubblicana. — 2. *Repubblica e Stato*: una nervatura pluri-ordinamentale della Carta costituzionale. — 3. L'« espresso » e l'« inespresso » nella dimensione costituzionale. — 4. Un monito: vivere consapevolmente, oggi, la dimensione costituzionale della Repubblica. — 5. Dalla legge alla interpretazione. Il soccorso epistemologico della « rivoluzione ermeneutica ». — 6. Su due domande inquietanti: e la « soggezione del giudice alla legge »? E la cosiddetta divisione dei poteri?

1. — Dopo nove anni di intensa (e per me fruttuosissima) familiarità con le funzioni del giudice costituzionale, debbo cominciare questa lezione introduttiva con una asserzione liminale, che non faccio volentieri, ma che è — purtroppo — sostanzialmente veridica: ancora oggi, anno 2019, dopo ben settantuno anni di vita della nostra Carta costituzionale circola tra molti giuristi un sicuro sentimento di rispetto, ma anche di reale disattenzione.

Rispetto e disattenzione sono situazioni psicologiche, che risultano antinomiche se conviventi in uno stesso personaggio, ma che trovano una loro giustificazione nel falsante modo di approccio che tuttora si ha da molti verso la nostra « Carta ». La quale è messa sullo stesso piano — e, quindi, in perfetta continuità — con le « carte dei diritti » di stampo giusnaturalista, di cui è stato prodigo in Europa, a fine Settecento, il sessennio rivoluzionario francese. Dichiarazioni — queste — nobilissime, che individuavano situazioni

(*) Le presenti pagine costituiscono il testo di una lezione tenuta il 2 aprile 2019 nell'Aula Magna della Università di Firenze, nell'ambito del corso di formazione *Il giudice alla ricerca della norma*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci.

soggettive del cittadino inviolabili dai detentori del potere, ma che non intendevano esorbitare da riconoscimenti di carattere filosofico-politico (1), da affidarsi a un legislatore positivo per una concreta tutela giuridica.

Se così è, si capisce il rispetto e, insieme, la disattenzione. I giuristi, infatti, hanno altro da pensare che a dei « prologhi in cielo ». Ma così non è, perché la nostra Costituzione è figlia del suo tempo, è espressione di un tempo giuridico pos-moderno (2) con caratteri e peculiarità che la distanziano completamente dal costituzionalismo settecentesco, sia nordamericano, sia francese (3). I principii che essa riconosce e serba nel suo seno sono *ab origine* giuridici, intrinsecamente giuridici (4), tanto da immedesimare in sé il livello più profondo della giuridicità della Repubblica.

Ma v'è un atteggiamento, che mi sembra culturalmente ancora più allarmante, ed è di quel civilista che nella presenza giuridica forte della nostra Costituzione ravvisa senza mezzi termini *L'eclissi del diritto civile* (5), titolo di un volume che non è pubblicato negli anni Cinquanta del secolo scorso, ma nell'anno di grazia 2015. L'argomentazione è, almeno per me, sconcertante, ma franchissima. Si verificherebbe, infatti, « una mutazione genetica della giurisdizione » consistente nel suo rapporto diretto con la Costituzione e non più soltanto con la legge positiva, snaturandosi totalmente e snaturando l'armonico sistema, chiaro e certo, del legalismo statale moderno (6). Mutazione genetica! Ma bastava dare appena

(1) « Nuvole di trascendentali dichiarazioni di diritti » le chiama beffardamente, a fine Ottocento, il rifondatore di una moderna scienza gius-pubblicistica in Italia Vittorio Emanuele Orlando (cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000, p. 35).

(2) Rinvio alle precisazioni, che ho offerto in due saggi di qualche anno addietro: sulla qualificazione del nostro tempo giuridico come « pos-moderno » (*Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (2010), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma/Bari, 2012) e sulla pos-modernità della Costituzione del 1948 (*La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), ora in *L'invenzione del diritto*, Roma/Bari, 2017).

(3) Ho insistito, da ultimo, su questa insanabile distanza in: *Costituzionalismi-Tra « moderno » e « pos-moderno »*, Napoli, 2019.

(4) Ovviamente, si presuppone la non identificazione del « giuridico » nel « legale », come si insegna tuttora da parte di parecchi pervicaci adepti del legalismo statale moderno.

(5) CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

(6) Ivi, p. 29.

uno sguardo al ruolo che giuristi teorici e pratici hanno avuto nell'esperienza giuridica romana, nel diritto comune medievale e nel *common law* di sempre per arrivare a una conclusione esattamente opposta, e cioè che essi hanno oggi semplicemente ritrovato e recuperato la loro autentica funzione di interpreti e non di semplici esegeti, alterata pesantemente e snaturata (questo sì) dalle strategie della civiltà giuridica borghese definitivamente consolidatasi grazie alle rivoluzioni francese (7).

Come or ora si diceva, si tratta di *principii*, apparentemente più elastici dei comandi, ma intrinsecamente e originariamente giuridici e pertanto direttamente applicabili dal giudice. Ho, in proposito, un vivo ricordo dalla mia esperienza in Corte. Si trattò, nel 2013/14, di questioni concernenti una caparra confirmatoria tanto eccessiva da apparire enormemente iniqua e perciò lesiva del principio di solidarietà previsto nell'art. 2 della Carta. Il relatore, il giudice Mario Morelli, un severo magistrato proveniente dalla Corte di cassazione, non ebbe esitazioni nel proporre al Collegio la « rilevabilità *ex officio* della nullità...per contrasto con il precetto dell'art. 2 » e su questa certezza tecnica costruì le due ordinanze di inammissibilità (8). È inutile che aggiunga la mia piena adesione in seno al Collegio per la proposta del Relatore.

2. — Principii giuridici, dunque, a cominciare dal principio di solidarietà che innerva tutta la *Repubblica* e non solo lo *Stato*.

Repubblica-Stato. Ecco una dialettica, che percorre tutta la Costituzione e che dovrebbe riscuotere maggiormente l'attenzione dei giuristi: due termini differenti, che segnalano contenuti profondamente differenti; che segnalano conseguentemente un pluralismo giuridico di grosso rilievo. Cerco di spiegarmi meglio.

Lo Stato, persona giuridica per eccellenza, è una organizzazione di poteri che, grazie alla forza legittima nelle sue mani, riesce a mantenere quella sicurezza di cui i cittadini hanno bisogno per esercitare i loro diritti e per svolgere la loro azione sul piano personale e sociale. È per questo che non si può non riconoscere ad

(7) Sono, all'incirca, le stesse affermazioni fatte da me un anno e mezzo fa: GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in *Quaderni fiorentini*, 47 (2018), p. 335.

(8) Cfr. ordinanze n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014.

esso una primazia all'interno della Repubblica; perché è, senza dubbio, l'ordinamento necessario per garantire una pacifica convivenza, ed è senza dubbio il prevalente, il più massiccio, il più vistoso con le sue innumerevoli manifestazioni.

Ma c'è — per così dire: al di sopra — una realtà autenticamente pluralistica, ed è la Repubblica, da intendersi come la proiezione socio-politico-giuridica di una comunità che esprime in essa la propria complessità sociale e, di conseguenza, anche la propria complessità giuridica. Infatti, se c'è una finalità che soprattutto i giuristi di matrice cristiana ebbero ben fissa davanti a loro durante i fertili lavori costituenti, è — per l'appunto — il progetto di bandire il riduzionismo, cui l'età borghese aveva con decisa strategia sottoposto sia la società sia il diritto, e di attuare il pieno recupero della ricca complessità propria sia all'una che all'altro. La linea era, soprattutto, quella dell'istituzionalismo francese e italiano (Renard, Santi Romano) con le sue affrancatorie prospettazioni pluri-ordinali.

È una pluralità di ordinamenti che la Repubblica nutre nel suo seno pur nella primazia dello Stato. Una spia ce la offre chiaramente, d'altra parte, la stessa Carta, quando, nell'art. 7, riconosce che « lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani ». Ma ci sono emersioni significative in questo nostro tempo di riscoperte pluralistiche. Ne segno qui una che mi sembra esemplare: la l. n. 168 del 20 novembre 2017, concernente una materia appartata dell'ordine giuridico, gli assetti fondiari collettivi, comunità proprietarie di grandi appezzamenti di terra, per lo più boschivi e pascolivi, risalenti ad epoche pre-moderne e contrassegnate da costumanze sociali economiche giuridiche assolutamente peculiari e sedimentate nel corso di un divenire *ab immemorabili*. Durante la modernità, risultando questi assetti fondiari in contrasto con il modello monistico della proprietà/privata/individuale, fulcro fondante di una civiltà borghese, furono oggetto di una totale incomprendenza, che degenerò in odiose persecuzioni e, addirittura, nella volontà politica di cancellarli mediante iniqui procedimenti liquidatorii. La legge sopra citata testimonia una visione nuova del legislatore italiano e si potrebbe dire una conversione in senso pluralistico voluta e realizzata come « attuazione della Costituzione » (art. 1). Significativa ammissione, dalla quale pianamente discende il riconoscimento di quei domini collet-

tivi come « ordinamento giuridico primario delle comunità originarie ». La complessità del paesaggio giuridico italiano ha, in questo relevantissimo testo legislativo, un sostanzioso recupero.

Ci preme, però, una netta conclusione, e ciò al fine di evitare possibili fraintendimenti: resta cospicuo il ruolo dello Stato come principale produttore di diritto, ed è indiscutibile il ruolo della legge per aree dell'esperienza strettamente collegate alla sicurezza della intera comunità (l'esempio primario è la zona del *penale*, dove soltanto la legge può assicurare una certezza qui particolarmente necessaria; con l'aggiunta, tuttavia, che, oggi, questa pretesa « verità » è oggetto di problematizzazione da parte di una pensosa dottrina italiana: Palazzo, Fiandaca, Donini). Dunque, certamente ruolo cospicuo, ma altrettanto certamente ruolo non esclusivo. Con la rivoluzione culturale realizzata per l'universo giuridico dalla Costituzione repubblicana, deve essere chiara l'idea che lo Stato non esaurisce (né è in grado di esaurire) la giuridicità. Anzi, il sostenere pervicace, come se si fosse duecento anni addietro, un legalismo statalista e, quindi, uno Stato titolare del monopolio della produzione giuridica, non potrebbe che rappresentare una palese violazione del progetto nitidamente segnato dai Padri costituenti già nella nostra Costituzione formale.

3. — Vorrei continuare in un tentativo di problematizzazione, che mi sembra culturalmente doverosa, anche se arriva a incrinare (ma è proprio questo il risultato da raggiungere) certezze stazionanti tratteggiatamente come verità (che tali non erano, ma in cui sono ancora molti a credere). E posso farlo in grazia, anche e soprattutto (come ho accennato), della novennale esperienza di giudice costituzionale, che ha corroborato una mia vecchia convinzione avviata fin dall'attenzione giovanile ai preziosi lavori preparatorii della Assemblea costituente: la Carta del '48 non esaurisce la *dimensione costituzionale* della Repubblica. Constatazione che a taluno potrà sembrare pleonastica, ma su cui conviene insistere a causa della possessione formalistica incombente su troppi costituzionalisti.

La Carta *esprime* un sistema di principii (appunto: *espressi*), che i *Patres* ritennero urgente fissare in centotrentanove articoli, sì da dare alla nascente creatura politico-giuridica una base stabile su cui fondare il futuro sviluppo di vita democratica. Per usare anche qui

un'immagine naturalistica da me già più volte adoperata, i principii espressi sono la parte — emergente alla superficie — di un continente sommerso, invisibile perché latente, ma presente e vitale; è lo spazio secreto dei principii *inespressi*, formanti un sostrato valoriale che funge da nascosto *ordo ordinans*, come ha da tempo insegnato un acuto costituzionalista nostro, Franco Modugno ⁽⁹⁾, oggi sedente nel Collegio dei giudici della Consulta. Un sostrato valoriale che, in quanto complesso di valori, non è sottoposto alle variazioni dell'effimero, ma che certamente non è immobile; è e sarà percorso dal moto lentissimo che è proprio del mondo dei valori, ma vive nel tempo seguendo la vita del popolo italiano, in perfetta coerenza con lo scorrere continuo di quella.

Il compito di registrare questo singolare movimento/mutamento appartiene tipicamente alla Corte costituzionale, che lo ha sempre svolto insieme al ruolo primario che le assegna la Carta con la espunzione dall'ordinamento positivo di leggi statali e regionali giudicate incostituzionali. Quando, nel 2016, festeggiammo i primi sessanta anni di operosità della Corte, e il Collegio giudiziale accolse la mia proposta di organizzare un convegno scientifico per verificare quanto essa aveva fatto, o non fatto, o fatto male in questo ampio lasso di tempo, i valenti studiosi, cultori delle più disparate discipline giuridiche, che furono chiamati come relatori, non poterono che mettere in luce quello che io già cominciavo a qualificare come il ruolo *inventivo* della stessa Corte: *inventivo*, ossia un cercare per trovare (secondo l'ètimo latino), una continua lettura nel sostrato valoriale per reperire e registrare modificazioni, con il risultato davvero rilevantissimo di un accrescimento del nòvero dei diritti fondamentali del cittadino ⁽¹⁰⁾. E fu allora che mi venne alla bocca l'immagine — che molti hanno ritenuto azzeccata — di una Corte quale «organo respiratorio dell'ordine giuridico della Repubblica» ⁽¹¹⁾.

Tutto questo portava ad una conclusione, che prendeva anche la

⁽⁹⁾ MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977, p. 200 ss.

⁽¹⁰⁾ Si v., accanto ad altri saggi dedicati al tema: GROSSI, *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in *L'invenzione del diritto*, cit.

⁽¹¹⁾ ID., *La Corte costituzionale. Una valvola respiratoria per l'ordinamento giuridico italiano* (« Conferenza istituzionale » tenuta davanti alle Classi riunite della Accademia nazionale dei Lincei il 10 febbraio 2017).

consistenza di un vero salvataggio per il diritto e i giuristi in Italia: si presentava come assurda, anzi come irrimediabilmente dannosa, l'insistenza di molti, di troppi, nel tentativo di far sopravvivere lo Stato ottocentesco di diritto di marca liberal-borghese; quella insistenza si identificava nella inutile imbalsamazione di un cadavere.

Mi soccorre qui un nitido ricordo, risalente a circa venti anni addietro, della mia lettura pienamente adesiva di un libro scritto da due valenti magistrati, Paolo Borgna e Margherita Cassano (quest'ultima, oggi, primo presidente della Corte d'appello di Firenze). Il libro aveva un titolo efficacemente eloquente *Il giudice e il principe* ⁽¹²⁾ e lo recensii subito sui *Quaderni fiorentini*, che allora io dirigevo. Il capitolo centrale aveva per titolo un interrogativo stringente: « Il giudice, ancora bocca della legge? »; sì, stringente perché imponeva la messa in discussione di una locuzione settecentesca biasciata passivamente da ogni giurista della modernità borghese quasi che fosse una verità rivelata. La risposta, che dettero allora Borgna e Cassano e che volentieri riprendo io in questo pomeriggio dell'aprile 2019, si limitava a esprimere la seguente convinzione, che « la teoria dei rivoluzionari francesi... sia ormai del tutto inadeguata per fondare la legittimazione dei nostri giudici » a causa della « impossibilità della norma scritta a far fronte, a regolare e risolvere tutti i più disparati casi del vivere civile » ⁽¹³⁾.

Convinzione coraggiosa venti anni fa in bocca a due personaggi, che non erano dei fantasiosi dottrinarii, ma due magistrati. Convinzione che è mia oggi, quando contemplo la profonda crisi in atto nel sistema delle fonti ancora immobilizzato dogmaticamente nelle conclusioni assolutistiche dei giacobini. Credo di non avere avuto torto quando — trenta anni fa — coniai una formula elementare (e, proprio perché elementare, anche fortunata): « assolutismo giuridico » ⁽¹⁴⁾, per contrassegnare l'essenza di una civiltà — quella borghese germinata dal ventre della Rivoluzione — affermate uno sfrenato liberalismo economico e, al tempo stesso, una concezione

⁽¹²⁾ Donzelli, Roma, 1997.

⁽¹³⁾ Si v. il capitolo terzo della prima parte.

⁽¹⁴⁾ Fu nel 1988, in prossimità dei grandi festeggiamenti per il bicentenario dell'avvio rivoluzionario, che io volli far sentire la mia voce; ciò non per un atto di protagonismo, ma soltanto perché, in mezzo a plausi assolutamente unanimi, ci fosse anche un segno di dissonanza volto a puntualizzare che, sul piano del diritto, non erano mancate ridondanze anche negative.

assolutistica del diritto, affidato al monopolio del potere politico e conseguentemente marcato da un carattere autoritario. Il diritto — soprattutto quello civile, che tratta di nozioni squisitamente costituzionali per il ceto borghese (come proprietà privata, contratto, successioni) — doveva essere rigorosamente controllato dall'alto. Del resto, lo stesso tanto conclamato Stato di diritto si risolveva in uno Stato che — graziosamente — si auto-limitava e quindi si esprimeva in un autoritarismo moderato ma sempre autoritarismo.

4. — Ecco il mònito che, secondo me, deve derivare da queste considerazioni: dobbiamo abituarci a vivere la dimensione costituzionale della Repubblica progettata dalla lungimiranza dei Padri costituenti più di settanta anni addietro, giacché quello fu il primo esperimento in Italia di un organismo politico autenticamente democratico, considerando non solo nel passato prossimo la dittatura fascista, ma altresì in un passato più remoto lo Stato borghese di conio settecentesco, astrattamente ma non concretamente democratico. L'aggettivo « democratico » — di per sé ambiguo e suscettibile di una multiforme utilizzazione — non è qui una qualificazione vaniloquente, perché — alfine! — si configurava una realtà riflettente senza riduzionismi artificiosi tutta la complessità dell'assetto sociale, senza emarginazioni ed esclusioni.

Se si fa nostro il mònito sopra segnato, due sono le inevitabili conseguenze. È inammissibile una gerarchia delle fonti del diritto, almeno nella rigidità con cui abbiamo ritenuto di doverla attuare fino a ieri. Ma è pure inammissibile una interpretazione confinata e *ridotta* nell'angusto recinto dei « principii generali dell'ordinamento giuridico dello Stato », come recita l'art. 12 delle preleggi, ultima reliquia fascista entro il codice del 1942. Queste preleggi le abbiamo sostanziosamente e validamente modificate per quanto attiene ai principii disciplinanti il diritto internazionale privato, ma nessun giurista si è mai sentito a disagio con la dizione di quell'art. 12, che pur lo inchiodava in un coartante letto di Procuste. Ohimè! Il vestito stretto dell'esegesi passiva si addiceva ad una coscienza non più vigile perché plagiata dalla sottile propaganda (di più: dalla ferrea mitologia) martellante dai tempi dell'illuminismo e, poi, del giacobinismo settecenteschi.

Occorre ripensare in chiave costituzionale il sistema delle fonti

e ridare alla interpretazione (dottrinale, notarile, forense, ma soprattutto giudiziale) quel ruolo *inventivo* (sappiamo in qual senso) che la pone al cuore dello sviluppo dell'ordine giuridico. Forse, abbiamo bisogno che lo studio storico del diritto, per rafforzare un pronto risveglio, dia una mano riproponendo come vero modello di rinnovamento culturale la personalità di un insigne giurista, Santi Romano. Personalità dai molti meriti, ma che, nella sua attività giovanile di studioso e docente di diritto costituzionale ⁽¹⁵⁾, ci offre due atteggiamenti davvero affrancatorii: insofferente alle filosofie di marchio giusnaturalistico, analizza criticamente le moderne « dichiarazioni dei diritti », sottolineando il loro vizio comune, una astrattezza che le riduceva a — come lui li chiama — dei « decaloghi », dei « catechismi »; insofferente a uno sguardo limitato entro i chiusi confini del proprio studiolo e relegato a meditare soltanto pagine di libri e codici, apre volentieri le finestre della propria stanza per guardare fuori dove vive (e diviene, e si trasforma) una complessa realtà sociale e dove si forgiavano nell'esperienza quotidiana, in singolare congiunzione, le pietre tombali per un passato inaridito e le prime pietre per l'edificazione del futuro.

Questo fa Romano nel 1909, quando a lui, costituzionalista nella Facoltà pisana di giurisprudenza, viene affidato il compito onorevole di tenere il discorso inaugurale dell'anno accademico. E lo fa scegliendo un tema/problema assolutamente insolito per un giurista perché non al riparo delle sue esoteriche tecniche, anzi decisamente a-tecnico e ribollente invece di « inquinamenti » socio-politici: « Lo Stato moderno e la sua crisi » ⁽¹⁶⁾. Dove quel che più ci interessa è l'orizzonte dello studioso prevalentemente attratto dai pesanti rivolgimenti sociali, dalle coagulazioni in cui il magma sociale tendeva allora ad articolarsi e ad organizzarsi e dove — complicandosi — si attenuava la semplicità artificiosa del paesaggio politico e giuridico voluto dagli illuministi per esorcizzare eventuali

⁽¹⁵⁾ Ho recentemente analizzato questa prima fase dell'itinerario romaniano in: *Il giovane Santi Romano: un itinerario verso « L'ordinamento giuridico »*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, serie V-ottobre/dicembre 2017.

⁽¹⁶⁾ Mi permetto di rinviare a: GROSSI, 'Lo Stato moderno e la sua crisi' (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano) (Lezione inaugurale ai corsi dell'anno accademico 2010/11 nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Pisa tenuta l'11 ottobre 2010), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, cit.

alzate di testa del popolo minuto, del quarto stato fino ad allora silente e obbediente.

Grazie a Santi Romano, osservatore attentissimo verso i sommovimenti nella società, si ha la prima diagnosi della crisi in atto che indebolisce il vecchio Stato, ne incrina i basamenti e lo condanna a una fine lenta. Il giurista, grazie alla propria attenzione verso il fermento nelle strade e nelle piazze, si era preparato i presupposti per la redazione di quel manifesto di un diritto ormai pos-moderno, sempre più lontano dalle mitologie settecentesche, che prenderà la forma dell'esiguo libretto del 1918, *L'ordinamento giuridico*, esiguo per quantità di pagine ma formidabile risposta teorica, cioè di teoria generale del diritto, che, raccogliendo le intuizioni di nove anni prima, disegna nuove categorie ordinanti dell'universo giuridico. In quell'anno, 1918, ultimo della immane guerra mondiale e forse fra gli ultimi di una modernità giuridica che stenta ad imporsi, si fa strada — nella sistemazione pluri-ordinamentale romaniana — un diritto più sociale, teso a esprimere nella sua interezza tutta la complessità dell'universo sociale ⁽¹⁷⁾.

Dal grande giuspubblicista siciliano dobbiamo riprendere e far nostro il suo spirito di osservazione, il suo aprire le finestre dello studiolo per liberarlo del fetore di stantio e per non privarsi di un orizzonte meno limitato. Constateremo anche noi, come lui nel 1909, il mutamento in atto nella dinamica del diritto, lo spostarsi dell'asse dell'ordine giuridico generale dal legislatore (inteso quasi Zeus sull'Olimpo) alla *interpretazione*, soprattutto dei giudici perché è proprio il giudice ad essere collocato sulla trincea dell'esperienza davanti alle parti, che esigono da lui giustizia. Con un'aggiunta, che ritengo storicamente doverosa: oggi, fra gli interpreti più direttamente impegnati, non mi sentirei di escludere il notaio. Oggi, infatti, lo studio notarile appare spesso come un'officina laboriosa, dove un notaio *inventore* dà, in anticipo sul legislatore e sullo scienziato, un primo disegno di istituti, ignoti ai diritti ufficiali, ma necessari alle esigenze dell'attuale prassi economica. Né si tratta solo del solito citatissimo *Trust*, ma di parecchi istituti nel campo del

⁽¹⁷⁾ Già in una lezione dottorale bolognese del 2005 additai all'attenzione dei giuristi italiani questo messaggio: GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, ora in *Nobiltà del diritto - Profili di giuristi*, I, Milano, 2008.

diritto di famiglia, dei diritti reali e delle successioni, dove la pratica notarile ha percepito il nuovo e ha cominciato a costruire. I convegni organizzati recentemente a Firenze, a Bologna e a Roma dal presidente della Fondazione culturale del notariato italiano, Massimo Palazzo, lo hanno efficacemente dimostrato ⁽¹⁸⁾.

5. — Non abbiamo esimenti per una elusione da un compito di tanto rilievo. Anche perché oggi disponiamo di un soccorso metodologico estremamente raffinato. Mi riferisco a quel rinnovamento nello studio del fenomeno interpretativo, che siamo soliti chiamare « rivoluzione ermeneutica ». Ha origini abbastanza remote nello storicismo diltheyano, ma per noi giuristi un cippo confinario, dal quale è possibile far cominciare una tangibile influenza sulla nostra specifica riflessione epistemologica, consiste nell'opera di Hans Georg Gadamer, un filosofo che ha dedicato molta attenzione all'universo giuridico. La sua sistemazione basilare *Wahrheit und Methode* del 1960, tradotta per ben due volte in lingua italiana ⁽¹⁹⁾, appartiene al nòvero dei monumenti del sapere filosofico, ma serba in sé un capitolo centrale che si intitola « Significato esemplare della ermeneutica giuridica », identificando così nella nostra peculiare esperienza di giuristi una sorta di modello esemplare.

Ed è Gadamer a operare un rivolgimento rinnovatore, del quale a me preme segnalarvi alcune conclusioni degne di essere meditate: *a)* il testo non è una realtà autosufficiente; *b)* l'interpretazione non è atto passivo meramente ricognitivo, ma è *comprensione* e, quindi, *mediazione* fra *testo*, immobile nel suo passato prossimo o remoto, e la *attualità* dell'interprete; *c)* l'interpretazione è una fase interna al processo di produzione del diritto, che lo compie e lo conclude

⁽¹⁸⁾ Il riferimento è a diversi appuntamenti di grosso rilievo anche scientifico: il convegno fiorentino dell'8 maggio 2015 su *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali* (ora in *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 2015, p. 1; il convegno bolognese sui contratti di convivenza, del 26 novembre 2016 e quello romano sui contratti di affidamento fiduciario, del 3 marzo 2017, i cui atti sono leggibili ora in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile pos-moderno*, in *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 2017, p. 1; il convegno romano del 9 novembre 2017 su *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, ora in *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato* 2018, p. 2.

⁽¹⁹⁾ Si legga, soprattutto, l'eccellente traduzione di VATTIMO: *Verità e metodo*, Milano, 2000.

rendendolo vivo con la immersione nel concreto della vita quotidiana; *d*) il naturale protagonismo dell'interprete.

Rispetto ai risultati espressi puntualmente da questa nuova bussola orientatrice fornita al giurista dal filosofo (che non disprezza, ma, anzi, studia la *iurisprudencia*), appare chiara l'indole meramente ideologica della riduzione dell'interprete a passivo esegeta effettuata dalla serrata legolatrice di fine Settecento, con la completa smentita delle scelte dell'antico diritto romano, dello *ius commune* medievale e del *common law*. In tutta evidenza era un espediente strategico della modernità borghese, qualcosa di non discaro alla grande maggioranza dei giuristi. Ormai, era penetrata in essi la credenza profonda delle qualità taumaturgiche della legge, capace cioè — come conclamavano le « carte dei diritti » della rivoluzione francese — di disporre solo ciò che è buono e di vietare solo ciò che è cattivo ⁽²⁰⁾, pseudo-verità smentita da tante leggi inique, a cominciare da quelle vergognose e odiose leggi del 1938 sulle discriminazioni razziali. Accanto a questo atteggiamento se ne giustapponeva un altro nella stessa direzione di una prona acquiescenza: la proverbiale pigrizia culturale del giurista, contentissimo della minestra di lenticchie che il legalismo si degnava di concedergli, e cioè di quel procedimento sillogistico — su cui aveva tanto insistito illuministicamente Cesare Beccaria a metà Settecento ⁽²¹⁾ — che faceva di lui una specie di automa con una volontà compressa nelle trame di una logica meramente deduttiva.

In quell'inchiodamento « moderno », il giudice doveva limitarsi a adattare il fatto alla norma. Oggi, con un'operazione squisitamente valutativa, egli deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita individuandone la più adeguata disciplina. Oggi, la sua ricerca si concretizza in una *invenzione*, in cui non è in gioco la sua lucidità deduttiva, ma piuttosto le sue qualità di

⁽²⁰⁾ Un esempio fra i tanti che si potrebbero addurre: « la loi ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société; elle ne peut défendre que ce qui est nuisible ». Così si esprime ottimisticamente e con indiscutibile certezza l'*Acte constitutionnel* del 24 giugno 1793, art. 4.

⁽²¹⁾ Nel suo gran libro *Dei delitti e delle pene* (1764) il capitolo quarto è dedicato alla « Interpretazione delle leggi », dove appare chiaro il progetto beccariano in tema di fonti del diritto e la riduzione dell'opera del giudice a un aligdo argomentare rigorosamente deduttivo.

intuizione e comprensione, tutte contrassegnate sul piano assiologico.

Esprime bene il rinnovato ruolo dell'interprete nell'attuale tempo pos-moderno anche quel canone interpretativo che chiamiamo comunemente « interpretazione conforme a Costituzione » e che trova la sua origine in una sentenza della Corte costituzionale del 1994, dove era relatore un magistrato di grande spessore culturale, Renato Granata, che sarebbe poi stato un non dimenticabile presidente. È noto il dibattito che c'è su questo canone, e che è — talora — assai acceso con sostenitori convinti e con oppositori altrettanto convinti (22). Io credo che questa apertura sia da vedere in perfetta coerenza con le esigenze attuali di maggiori responsabilità dell'interprete e, soprattutto, del giudice. Se così è, la si deve salutare come un passo innanzi nell'itinerario dello sviluppo odierno del diritto in un Paese (come il nostro) di *civil law*, un itinerario segnato, come si diceva più sopra, da uno spostamento durevole dell'asse portante dell'ordine giuridico dalla legge, dal comando, agli interpreti; si allarga il novero dei protagonisti del giudizio di costituzionalità con un più ampio coinvolgimento dei giudici ordinari nell'ingranaggio della giustizia costituzionale. E una più forte responsabilità grava sulle loro spalle, conseguenza della fiducia che ripone in loro la struttura sociale.

Conclusione da ribadire in fine: sia chiaro che attuare il pluralismo giuridico significa vivere più pienamente la Costituzione, mentre — come si è detto — la si viola nel suo duraturo messaggio se si permane su posizioni di rigido statalismo legalistico.

6. — Nella lezione inaugurale ai corsi di formazione della « Scuola superiore della magistratura », tenuta nella sede di Scandicci il 7 aprile 2017, io ponevo alcune domande che qualificavo « inquietanti » (23). Ne rinnovo qui due, che mi sembra necessario chiarire fino in fondo per togliere equivoci e perplessità.

La prima concerne l'art. 101, comma 2°, cost., che recita: « I giudici sono soggetti soltanto alla legge ». Ripeterei ora quanto ho

(22) Vi faccio ampio cenno in: *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *L'invenzione del diritto*, cit., pp. 128-129. Sul tema, cfr. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, IX, Milano, 2016.

(23) *L'invenzione del diritto*, cit., p. 125.

detto (e, poi, scritto) allora: « Io lo leggerei così: la soggezione del giudice soltanto alla legge intende salvaguardare la sua autonomia e indipendenza, non esprimere una relazione di tipo gerarchico. E farei una ulteriore considerazione a conferma di una siffatta lettura: se la formula fosse presa alla lettera, essa non sarebbe compatibile con il sistema della giustizia costituzionale incidentale » (24).

La seconda concerne il principio della cosiddetta divisione dei poteri, che a molti può apparire sfigurato dal ruolo attivo della *interpretatio*. Il principio, com'è ben noto, trova la sua compiuta definizione nel clima culturale di metà Settecento, quando il diritto — in netta opposizione al pluralismo pos-medievale ancora stancamente osservato — veniva a identificarsi nella legge, nel comando proveniente dal supremo potere politico; legge che, contrassegnata com'era dai caratteri della generalità astrattezza rigidità, spettava unicamente al detentore di quel potere supremo, il Principe, l'unico ritenuto veramente sovrano. Parecchia acqua è passata sotto i ponti durante un distendersi quasi tri-secolare, ed è soprattutto mutata *a fundamentis*, anche nella nostra Italia, Paese di *civil law*, la visione del diritto, del suo ruolo nella società e delle relazioni fra la dimensione politica sociale giuridica.

In tutte le pagine precedenti si è insistito sull'evento « Costituzione repubblicana » e non si è esitato a qualificarlo come una « rivoluzione culturale » per il diritto, con il passaggio — che quell'evento impone — da una visione/realizzazione *monistica* a una che è invece spiccatamente *pluralistica*. Pluralismo giuridico ha un solo significato: pluralità di fonti, coinvolgimento plurale nella *invenzione* del diritto, che non è più rinserrato nella volontà del *nomoteta*, ma scritto nel sostrato valoriale della comunità, dove sono chiamati a reperirlo decifrarlo registrarlo legislatori, giudici, dottrinarii, notai, per non arrivare — addirittura — agli uomini di affari immersi nella prassi economica globale.

Del resto, si inserisce perfettamente in questa nuova realtà costituzionale il disegno di un supremo giudice, un organo di giustizia, la Corte costituzionale, chiamata ad « annullare » leggi del Parlamento ritenute incostituzionali e a *inventare* diritto leggendo tra i principii anche inespressi della dimensione costituzionale. Una istituzione, la *Consulta*, che, giustamente, sembrò tanto nuova e

(24) *Op. loc. ultt. citt.*

deviante, addirittura eversiva, ai giuristi costituenti muniti ancora delle bussole orientative di fattura illuministica; e si capisce che un personaggio di molti talenti ma anche molto vecchio, Vittorio Emanuele Orlando, protagonista del rinnovamento scientifico di fine Ottocento in Italia, ma legato alla intelaiatura dogmatica dello Stato di diritto, abbia fatto di tutto in Assemblea perché non si avesse in seno all'ordinamento della neo-nata Repubblica uno strano soggetto « ermafrodito » negante il pilastro essenziale di una rigida divisione dei poteri ⁽²⁵⁾.

Tuttavia, malgrado Orlando e tutti i *laudatores temporis acti*, è questa la nuova realtà avviata nel '48, è questa che noi abbiamo di fronte ed alla quale dobbiamo corrispondere senza dedicarci a sterili mummificazioni di un principio, elevato a dogma durante la modernità con il solo scopo di riservare al potere politico il controllo della produzione giuridica; ed è una realtà costituzionalmente coerente perché espressiva (e non violatrice) della complessa dimensione costituzionale che viviamo.

Unisco un auspicio: che non si parli più, come spesso invece si fa, di giudici che *creano* diritto, suscitando sgomento e preoccupazioni. In una visione più consapevole, di cui anche noi giuristi di *civil law* siamo portatori, il diritto non lo *crea* nessun potere, neanche il legislatore.

⁽²⁵⁾ A questo atteggiamento di Orlando si fa esplicito cenno in: *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 55; dove si parla anche delle incomprensioni di un altro giuspubblicista convinto legalista, Oreste Ranelletti.