

## A PROPOSITO DI PAOLO GROSSI, *INTRODUZIONE AL NOVECENTO GIURIDICO*, ROMA-BARI 2012

di Giovanni Chiodi

| 9

1. *Le coordinate della storia: la legalità del Codice.* Nei discorsi di cui è intessuto questo libro suggestivo e singolare trovano felice sintesi, in una visione complessiva che cattura sempre l'attenzione del lettore per l'esposizione chiara, accessibile e avvincente, tanti percorsi intellettuali caratterizzanti l'attività scientifica di Paolo Grossi. Tornano perciò, in forme diverse, i motivi conduttori di scritti a tutti noti, arricchiti di spunti, sfumature e messaggi forti sul Novecento, il secolo che ci siamo lasciati alle spalle, ma che dobbiamo necessariamente richiamare alla memoria per ritrovare la bussola di un processo ancora in atto. Il secolo di cui ci viene offerta una interpretazione, che è insieme narrazione storica e testimonianza attiva e critica dei modi in cui si sta ricomponendo la nostra identità presente. La storia qui riveste un ruolo centrale, perché chi intenda riflettere criticamente sul presente non può fare a meno di interrogarsi sul significato che oggi diamo a forme di legalità ereditate da un passato più o meno recente (codici e costituzioni) e al quale altre se ne sono aggiunte (diritto europeo e sovranazionale), in un accumulo produttivo, a volte liberatorio, a volte problematico, in una tensione inquieta che incide sulla nostra identità attuale e che ci viene restituita in questo volume con l'energia vigile che solo la parola dei maestri riesce a infondere nell'animo del lettore. Ripercorrere i fili rossi di questa brillante ricostruzione di un percorso è un invito prezioso anche ad allacciare relazioni con altri scritti di Paolo Grossi, di cui risuona, quasi familiarmente, l'eco nelle pagine di questi interventi. Il libro ha un respiro tridimensionale: parla di medio-

evo, modernità e pos-modernità; accosta in una visione dall'alto secoli di storia. Vorrei partire dal codice, in particolare quello civile: figura centrale del mondo ieri, apice del progetto giuridico moderno.

L'avvento del codice civile ha modificato il rapporto dei giuristi con il passato, li ha quasi dissociati e distanziati da esso. Di più: alla lunga il codice ha separato il diritto e i giuristi dalla società. Questa ora zero del diritto è evidente nel *Code civil*, di cui Paolo Grossi ha dato a suo tempo una lettura esemplare, qui ripresa: un codice figlio dell'ideologia giusnaturalista e illuminista, prodotto da un legislatore impegnato a progettare e ad edificare "un ordine giuridico razionale", un codice "pensato come sistema di principi e regole a proiezione universale<sup>1</sup>", figlio di un legislatore icasticamente più volte definito come "novello re Mida capace di trasformare in oro tutto quel che toccava<sup>2</sup>".

Questa nuova legalità, avente al vertice il codice civile, è il simbolo di una "rottura fondamentale con la tradizione giuridica pre-rivoluzionaria", dal momento che il diritto civile, prima extra-statuale, secondo l'ormai classico predicato attribuitogli da Filippo Vassalli, veniva irrigidito in "testi autorevoli destinati a una vigenza proiettata in un tempo indefinito". Un codice che dominava come una "sorta di

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35 (2006), I, 83-114, 87.

<sup>2</sup> ID., *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in M. LOBUONO, *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari 2009, 17-46, ora in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari 2011, 211-238, 216.





| 10

superiore norma costituzionale dell'ordine borghese<sup>3</sup> ed era dotato di due tratti fondamentali: astrattezza/purezza, rigidità/durezza. La codificazione, dunque, non fu una scelta neutrale, corrispose a una strategia precisa, di costruzione di un nuovo ordine giuridico controllato dall'alto, esclusivo, con un centro da cui tutto si dipartiva.

Sull'astrattezza o purezza del diritto civile codificato, frutto della "ipoteca giusnaturalistica, la più radicata e la più indiscussa", Paolo Grossi ha sempre insistito con forza, sottolineando il paradosso del diritto civile che, "chiamato a disciplinare la vita quotidiana dei privati e a calarsi, quindi, tra i fatti, di cui è intrisa la quotidianità, fu ben rinserrato nella fortezza cartacea del Codice, un testo vocato all'eternità dove protagonista era ancora il soggetto unitario di diritto naturale e dove non arrivava l'eco delle miserie d'ogni giorno<sup>4</sup>".

E' la confessione di un disagio, di fronte all'esito ultimo di quella lucida politica del diritto: il primato del codice e della legge. Da un lato, il codice che generalizza il soggetto a cui si rivolge, fa piazza pulita dei ceti, si rivolge a una società moderna astrattamente unificata intorno a individui liberi ed uguali, unifica i beni, ne facilita la circolazione, cancella le differenze, tutela l'autonomia privata, si proietta in una dimensione territoriale. Dall'altro, il primato dell'individuo isolato e astratto dalla società: "il soggetto... coniato dal giusnaturalismo settecentesco, non inserito in nessuna comunità intermedia se non in quella naturale della famiglia, né partecipe di alcuna fede religiosa<sup>5</sup>".

Il codice aveva anche la caratteristica della rigidità, che lo rendeva baluardo solidissimo di principi, messi al riparo dall'usura del tempo, deposito di regole concepite come immutabili, eterne, durevoli: "la sua qualità essenziale, quasi identitaria, sembrava ormai consistere nella sua corazza dura, nella sua durezza, una durezza che la purezza era chiamata a intensificare<sup>6</sup>". Una costituzione rigida e stabile, simbolo di certezza, permanente ed eterna, roccaforte dei valori borghesi, 'volutamente impermeabile dall'esterno<sup>7</sup>'. Castello di roccia dura, secondo un'immagine presa a prestito da Calamandrei, simi-

le al Castello dei Pirenei di René Magritte, sospeso in aria sull'oceano<sup>8</sup>.

La durezza dei principi accolti nel codice civile aveva indubbiamente consentito di mettere in sicurezza alcuni diritti e principi fondamentali e di garantirli opponendoli al potere politico: uguaglianza formale dei cittadini, proprietà, libertà di contratto, libertà di testare, uguaglianza successoria dei figli, nessuna responsabilità senza colpa. Ma, alla lunga, "la modernità appare come un cantiere freneticamente impegnato a disegnare certezze indiscutibili, le quali, proprio perché concepite quale approdo ultimo e insuperabile dell'umana ricerca, si traducono in posizioni e affermazioni dommatiche e assiomatiche (io direi: mitologiche)". Il rischio è quello di concepire il diritto come insieme di regole che "galleggiano *impassibili* al di sopra del divenire storico<sup>9</sup>".

Anche perché il nuovo breviario della società, nel suo prototipo massimo, testo autorevole come gli antichi testi della tradizione giuridica, produsse una dottrina dell'interpretazione intesa, almeno inizialmente, in modo strettamente volontaristico, conseguenza di una lettura rigida del principio di separazione dei poteri, che imponeva al giurista di rincorrere la volontà del legislatore: "e il compito di ogni cittadino e di ogni giustizia si restringeva allo sforzo di afferrarla e rispettarla con obbedienza assoluta, restando del tutto irrilevante la vita della norma nel tempo dopo che la volontà del legislatore l'aveva conclusa nel testo promulgato, il suo incontro coi fatti, il suo realizzarsi nei rapporti concreti della quotidianità<sup>10</sup>".

Le ambiguità del codice civile si riflettono anche nell'esperienza italiana, dove esso servì a edificare l'identità nazionale, a corollare un ideale di certezza e unificazione, ma anche ad esprimere il principio di sovranità dello Stato in modo assoluto.

2. *Una (prima) grande trasformazione.* Questo panorama tipico del mondo di ieri si incrina alla fine dell'Ottocento, quando la modernità, con i suoi miti, i suoi dogmi, le sue certezze, inizia a tramontare.

Entriamo così nel Novecento giuridico, di cui Paolo Grossi rifiuta la qualificazione di 'secolo breve', a suo tempo coniata (su altre basi) da Eric J. Hobsbawm, perché la fine dell'Ottocento inaugura un tempo nuovo, un lungo tempo che stiamo ancora vivendo. Un tempo che è rottura, cesura, rispetto

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>4</sup> ID., *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio. Una pos-fazione*, in F. Macario - M. Lobbuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova 2010, 405-422, 406-407.

<sup>5</sup> ID., *Code civile* cit., p. 97.

<sup>6</sup> ID., *Il diritto civile* cit., p. 214.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli 2009, ora in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari 2011, 19-40, p. 35.

<sup>8</sup> *Le Chateau des Pyrénées* (1959) è un dipinto ad olio del grande pittore belga, conservato nell'Israel Museum di Gerusalemme.

<sup>9</sup> P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in *Paolo Grossi* cit., 153, 165.

<sup>10</sup> ID., *Il diritto civile* cit., 218.

alla modernità e ai suoi miti. Non è tanto la caduta del muro di Berlino, dunque, quanto la caduta della barriera tra Stato e società, tra legge e società, a fare la differenza e a connotare il diritto pos-moderno: la perdita di quegli elementi essenziali di rigidità e purezza con i quali la legge civile veniva identificata, la caduta del monopolio legislativo, l'apertura al sociale. Il Novecento, il "secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione", secondo la lucida diagnosi di Luigi Mengoni, è dunque tempo di transizione.

Di questo periodo, Paolo Grossi mette a fuoco diversi momenti epocali, incominciando dalla rivoluzione industriale e dalla grande guerra, "pietra tombale che seppellisce l'età borghese"<sup>11</sup>.

Il nuovo sentiero storico incomincia alla fine dell'Ottocento: questa è la tesi centrale affermata più volte nel libro. È il momento in cui i civilisti (per continuare ad assumere questo particolare angolo di osservazione) sono costretti a riflettere sui mutamenti economici e sociali, che reclamano risposte nuove: al liberalismo economico individualista e ottimista dei paleocivilisti succede un liberalismo critico, che spalanca gli occhi sulle disuguaglianze reali, recupera la solidarietà perduta e sogna addirittura un nuovo diritto privato sociale. Il diritto civile sembra avviarsi verso una palingenesi.

In realtà, il legislatore italiano inventiene pochissimo a ritoccare il codice e ad adeguare il diritto civile al passo dei tempi. Di fronte alla legislazione speciale, inoltre, l'atteggiamento della maggioranza dei civilisti è spesso scettico. I civilisti italiani del primo Novecento, convinti della necessità di una scienza nazionale che domini il divenire sociale, se non osano porre in discussione le basi dello Stato liberale di diritto, parlano sempre più frequentemente di 'cabale del diritto', di legislazione speciale caotica e disorganica, e difendono l'unità del sistema contro la frammentazione, nella convinzione che i principi del sistema offrano una risposta adatta a fronteggiare il divenire della società. Si è tuttavia affermata, nel lungo periodo, quasi a raffreddare il fuoco della critica sociale al codice, una concezione chiusa e pandettistica di sistema, inteso come complesso di principi generali concatenati e ordinati dedotti dal codice, che ha effettivamente liberato una serie di potenzialità del codice prima insospettite; instaurato collegamenti prima mai tentati tra le norme; aperto le porte, seppure con prudenza, alla discrezionalità giudiziale, ove autorizzata dal codice.

La dottrina affina i suoi strumenti del mestiere: se rifiuta con sdegno il verbo eretico del giusliberismo - il cui messaggio, lanciato alla fine

dell'Ottocento, sarà recuperato nel corso del Novecento, ma che nello Stato liberale borghese crea scompiglio perché mina alle fondamenta il monopolio del legislatore, spostando eccessivamente l'asse verso il potere giudiziario - essa accede comunque all'idea che le clausole generali presenti nel codice vadano valorizzate e che l'interpretazione del codice civile non possa essere mantenuta nel recinto delle idee che a suo tempo avevano ispirato il legislatore. Si parla di interpretazione evolutiva, autorizzando l'interprete a un doppio sguardo, al passato e al presente, soluzione di compromesso che consente di adeguare il diritto senza sconfessare i postulati liberali che pongono al centro del sistema la legge e il diritto positivo, la cui produzione resta monopolio del legislatore. È una prima riscoperta dei poteri creativi del giurista. Ma è soluzione verso la quale Paolo Grossi, recuperando un insegnamento di Santi Romano, non nutre particolare ammirazione: "l'interprete non può non guardare il testo normativo che con i suoi occhi e ... non lo si può costringere alla situazione innaturale di guardarvi con gli occhi lontani ed alieni del legislatore, tanto più che qui i suoi occhi rispecchiano fedelmente e senza costrizioni la realtà circostante che la norma è chiamata ad ordinare"<sup>12</sup>.

L'adeguamento del codice alla società, comunque, fu per lo più vissuto all'ombra del diritto positivo. Anche i civilisti più creativi non sconfessarono il postulato, figlio di una concezione che identificava pur sempre il diritto nella legge positiva e che richiamava interpreti e giudici al rispetto del principio di legalità e del vincolo del testo, intesi però in senso intensamente legalistico. Perciò il giudizio di Paolo Grossi anche su questo momento liberatorio, in concreto pieno di limiti, non è benevolo: "un campiello cintato verso tutto il resto da mura altissime e insuperabili e percorso soltanto dai canali della logica formale, che nascevano al suo interno e che davano solo una parvenza di vitalità attiva a chi ne attingeva"<sup>13</sup>. Ciò che egli rimprovera a quella esperienza è di aver separato il diritto "dal divenire incompreso dei fatti", dalla società, dai fatti e dalla giustizia: "il grosso traguardo mancato della modernità"<sup>14</sup>, che segnò l'abbandono delle scelte a una politica senza possibilità di controllo..

Il rapporto tra scienza e giurisprudenza, inoltre, è prevalentemente impostato con la seconda sempre in posizione subalterna alla prima, vera custode dei dogmi e del loro adattamento, anche se i giuristi più

<sup>12</sup> Id., *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini*, 17, 1988, 517-532, ora in *Paolo Grossi cit.*, p. 145.

<sup>13</sup> Id., *La fantasia nel diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 15 (1986), 589-592, ora in *Paolo Grossi cit.*, p. 41.

<sup>14</sup> Id., *Un impegno cit.*, 25, 40.

<sup>11</sup> Id., *Il diritto civile cit.*, p. 219; *Introduzione al Novecento giuridico*, p. 106 (Ordine).



| 12

attenti prendono atto della creatività della giurisprudenza, una creatività a volte disordinata e non in linea con le interpretazioni della dottrina, e ne accettano talvolta i suggerimenti.

Pur con queste aperture, dunque, si rimane pur sempre all'interno di un sistema che trova il suo epicentro nel codice e che accredita al solo legislatore il potere di produrre diritto. E rimane pur sempre la cronica difficoltà del Parlamento ad adeguare il diritto ai mutamenti economici e sociali, l'eccessiva prudenza con la quale si affrontano le riforme del codice.

Dopo l'immane catastrofe della prima guerra mondiale, tuttavia, il diritto civile si avvia con più decisione a perdere astrattezza e purezza ovvero, con un'altra immagine tipicamente grossiana, a macchiare le sue candide vesti, a smettere di indossare "vestiti irrimediabilmente invecchiati"<sup>15</sup>. I giuristi più acuti, nell'afferrare i segni del cambiamento, colgono con precisione questo fenomeno, che tocca l'acme durante le ultime fasi del conflitto, e si dimostra irreversibile nei decenni successivi, con delle ricadute non solo nella legislazione speciale, ma anche nel nuovo codice civile del 1942. Si registra lo spostamento della linea di confine tra pubblico e privato, aumenta l'ingerenza statale nei rapporti privati.

La prima grande trasformazione annunciata da questi provvedimenti settoriali investe nelle fondamenta il diritto civile. Da diritto astratto, costruito su un soggetto virtuale identificato come *homo oeconomicus*, su una proprietà astratta e assoluta e su una categoria unitaria di beni, si passa gradualmente a un diritto civile che detta norme e limiti, che si propone compiti sociali, che invade spazi privati, proteggendo categorie differenziate di individui e facendo emergere nuovi soggetti collettivi. Anche la proprietà si differenzia, a seconda della diversità dei beni (la finziana "officina delle cose"), e si parla delle proprietà al posto di un'unica proprietà. Il diritto del proprietario, inoltre, da assoluto diventa relativo, funzione sociale. Il contratto non è più solo individuale, ma collettivo e di impresa, rivolto all'"uomo-massa attuale ... un primitivo che dalle quinte si è insinuato sul palcoscenico della terra"<sup>16</sup>. La disciplina del contratto non è più rivolta solo a un soggetto unico di contraente, ma considera *status* più specifici, tra i quali predomina la figura del consumatore. La forza di legge del contratto si allenta e si allarga il campo giurisdizionale di controllo dell'autonomia privata, verso scopi che l'ordine borghese aveva tematizzato, ma sempre

con prudenza (equilibrio contrattuale e giustizia sociale). La colpa non è più l'unico parametro della responsabilità civile. Il presupposto della responsabilità contrattuale non viene più identificato nella sola possibilità oggettiva e naturalistica di adempiere. Dottrina e giurisprudenza valorizzano le clausole generali contenute nel codice civile. Dal diritto civile nasce e si distacca il diritto del lavoro, dedicato a un soggetto autonomo, il lavoratore subordinato; una autonoma *species* contrattuale, il contratto di lavoro. Il diritto agrario per il fondo rustico emerge dall'ampio mare dell'astrattezza civilistica.

Deriva da qui la ricerca appassionata di Paolo Grossi per le voci fuori dal coro, la valorizzazione di quei giuristi che hanno inteso trasmettere messaggi originali, che hanno avuto visioni nuove del diritto, i dissonanti: quelli che, magari senza proclamare la morte della tonalità, rivoluzionarono l'armonia. Tra questi, nei saggi qui raccolti, è la figura di Santi Romano a giganteggiare e a ottenere un rilievo particolare per il messaggio pluriordinamentale, per aver spostato l'asse sulla società<sup>17</sup>. A lui spetta di aver posto con forza l'accento sulla necessità di riscoprire il pluralismo giuridico, il diritto oltre lo Stato e la legge statutale, oltre il diritto positivo, e insieme di aver colto una verità: che la crisi, già evidente ai suoi tempi, non era del diritto, ma dello Stato moderno, della sua sovranità esclusiva e della sua massima espressione, la legge statutale, in caduta libera. Una crisi che, chiarisce bene Paolo Grossi, va intesa positivamente come movimento e mutamento verso un nuovo assetto delle fonti del diritto; "punto di partenza è ciò che la crisi ci ha fatto capire", si potrebbe chiosare con le parole di Habermas<sup>18</sup>. E si potrebbero ricordare anche i tanti lavori dedicati ad altri personaggi che hanno contribuito, con la loro visione non appiattita sul mero dato positivo, ad arricchire il panorama civilistico dall'Ottocento al Novecento: figure originali come quelle di Giacomo Venezian, Enrico Finzi, Filippo Vassalli; Cesare Vivante per i giuscommercialisti<sup>19</sup>; Francesco Carrara per la penalistica civile, per limitarsi solo a qualche nome di un itinerario culturale che si estende fino a Tullio Ascarelli<sup>20</sup> e Luigi Mengoni.

La legalità di ieri aveva anche un altro aspetto fondamentale: era formale, come formale era l'uguaglianza giuridica assicurata dai codici. Come insegna Paolo Grossi, "la norma suprema al vertice della piramide gerarchica, cioè la legge, è in questo progetto un contenitore vuoto, perché – essendo per

<sup>17</sup> GROSSI, *Introduzione* cit., p. 108 (Ordine).

<sup>18</sup> J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, trad. di L. Ceppa, Roma-Bari 2013, p. 73.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>16</sup> J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse*, Milano 2001, p. 110.



definizione assiomatica espressione della volontà generale – non ha dai diversi contenuti alcun contributo alla sua figura essenziale”. E ancora: “La legge vuota era una sorta di sapientissima forma entro la quale un legislatore onnisciente infallibile onnipotente poteva ospitare a suo arbitrio qualsiasi contenuto<sup>21</sup>”.

Questa visione, frutto di una strategia che nella pagine di Paolo Grossi viene continuamente evocata, ha determinato la perdita, da parte del costituzionalismo liberale, della sua vocazione di opposizione al potere politico, che alla lunga avrebbe condotto a risultati iniqui: “il principio di legalità perde qui ogni sua valenza garantistica per rappresentare soltanto il fossato invalicabile che circonda perfettamente e chiude il castello mitico così edificato<sup>22</sup>”.

3. *Costituzione*. Nel pensiero di Paolo Grossi, le manifestazioni più importanti del diritto post-moderno sono rappresentate dalla legalità costituzionale, dalla giurisprudenza europea e dalla globalizzazione. Sono fenomeni imponenti, che hanno consentito di superare la visione tradizionale e monista del diritto, spezzando il monopolio dello Stato, mettendo in crisi la sua sovranità, dando luogo a nuovi equilibri tra i poteri. Nel corso del Novecento, infatti, come è sottolineato più volte nei discorsi pubblicati in questa raccolta, il diritto ha perso la ‘compattezza’ di un tempo ed è tornato a farsi complesso.

‘Complessità’: è questo il sintagma efficacemente adoperato, di cui Paolo Grossi avverte lucidamente l’importanza.

Una complessità, innanzitutto, che non dobbiamo leggere come restaurazione di un passato che non torna, quel passato rappresentato dall’esperienza medievale, in sé conclusa e consegnata alla riflessione dello storico. È una complessità, dunque, diversa, popolata di tanti attori, e che arricchisce la legalità di nuove prospettive. Una complessità che non elimina la dimensione della legalità ordinaria, dei Codici e delle leggi ordinarie dello Stato (l’avanzata delle leggi speciali, anzi, anche sotto la spinta delle direttive europee, è stata notevole e ha comportato la perdita di centralità del codice civile), ma la integra con altre fonti in un nuovo sistema, con uno sguardo che si proietta fuori dei confini nazionali. La legalità, oggi, si compone di una pluralità di volti e dimensioni.

La nuova legalità pos-moderna, per Paolo Grossi, è rappresentata in primo luogo dalla distinzione tra due sfere sovrapposte di legalità, quella ordinaria

e quella costituzionale, con quest’ultima che rivendica il suo primato sulla prima. Irrompono sulla scena delle nuove democrazie del secondo dopoguerra le costituzioni, tra cui anche la nostra repubblicana, espressione di una legalità diversa da quella del codice civile, la legge suprema del mondo di ieri, a causa del metodo di lavoro e dei contenuti in essa racchiusi.

La Costituzione, infatti, mette al centro della scena non l’individuo astratto, ma la persona nei suoi bisogni e nelle sue molteplici relazioni sociali (dalla famiglia alla scuola e al lavoro) “immersa al centro di un tessuto relazionale di diritti e di doveri, sempre pensata in dialettica con l’*altro* e inserita in formazioni sociali che la arricchiscono e ne incrementano lo spessore<sup>23</sup>”. Essa estende le sue garanzie a persone concrete, con le loro differenze, e non a soggetti astratti. La Costituzione è infatti la fotografia della società e dei suoi valori, espressi in appositi principi, la cui attuazione, come rivela un lungo e accidentato cammino di presa di coscienza, è affidata non solo al legislatore ma anche ai giudici. Anche per questo, secondo un’altra felice definizione grossiana, la nostra carta appare non tanto come un atto di volontà di un legislatore, ma di conoscenza e ragione; non è un comando calato dall’alto sulla società da un potere distante, ma una lettura intesa a riconoscere i valori specifici di una società e a tradurli in norma<sup>24</sup>.

L’aggiunta di questo nuovo strato di legalità ha inciso sulla preesistente e persistente legalità in almeno due modi. Le costituzioni del dopoguerra hanno riscoperto e ricostruito il secondo lato del costituzionalismo. La Costituzione infatti si presenta infatti come un *prius* rispetto allo Stato e di questo *prius* fanno parte i diritti fondamentali in essa tutelati. La rigidità, che prima era connotato del codice (ma anche, per certi aspetti, dello Statuto), si trasferisce sulla Costituzione e in particolare sui diritti fondamentali in essa affermati e salvaguardati. La Costituzione, quindi, diventa espressione di una legalità non solo diversa, ma anche superiore a quella ordinaria. Il potere legislativo non gode più del privilegio della insindacabilità: ora vi è un nuovo giudice speciale, autorizzato, secondo il modello di controllo accentratore di costituzionalità, a dichiarare l’illegittimità delle leggi e a risolvere i conflitti tra i poteri. La tutela del nuovo piano di legalità è affidato a una nuova Corte, con un radicale mutamento di prospettiva nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario. L’avvento della Costituzione, soprattutto una volta che la cultura giuridica ne riconobbe

<sup>21</sup> P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, ora in Paolo Grossi cit., p. 131.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>24</sup> GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, p. 27 (Novecento); p. 73 (Crisi del diritto); pp. 110-112 (Ordine).

la natura non di semplice ‘prologo in cielo’, ma di “norma giuridica fondamentale della nuova lita<sup>25</sup>”, ha coinciso indubbiamente con un momento di rottura nel tradizionale equilibrio dei poteri.

La legalità costituzionale ha influito infatti sull’interpretazione dei codici e delle leggi da parte degli stessi giudici comuni e del loro vertice, la Cassazione, custode della legalità legale. La nuova sfera di legalità ha comportato un graduale ampliamento anche dei poteri dei giudici delle corti inferiori e della Cassazione, attraverso lo strumento dell’interpretazione conforme a Costituzione. Il diritto è divenuto sempre più giurisprudenziale, sempre più modellato dall’attivismo dei giudici. Pensiamo alle tecniche interpretative innovative e più libere dei testi normativi di cui troviamo abbondanti esempi nelle sentenze dei giudici del lavoro, tra cui uno spazio considerevole è stato riservato alle riletture ispirate ai principi costituzionali, rilevanti al punto da diventare, come è stato scritto, “la cifra della giurisprudenza del lavoro”, simbolo della centralità della Costituzione, considerata come “la vera stella polare” e “il luogo dei fondamenti ultimi della materia”, caratterizzata da un “uso massiccio, pressoché quotidiano, dell’argomentazione costituzionale<sup>26</sup>”.

Coglie dunque perfettamente nel segno Paolo Grossi quando ritiene che uno dei caratteri essenziali del diritto pos-moderno risiede nella riscoperta dell’interpretazione come motore primario del sistema, un’idea che è riuscita a trasformare anche la vecchia legalità formale dei Codici e della legge ordinaria: “a una vecchia idea di legalità, legalità formale, va sostituendosi e sempre più deve sostituirsi una legalità diversa che tenga infine pienamente conto dei due piani di legalità in cui ormai si articolano i moderni ordinamenti<sup>27</sup>”. Questo nuovo movimento verso il potere giudiziario ha contribuito inoltre a corroborare un’altra idea che è centrale nella riflessione grossiana, secondo cui l’interpretazione (tanto dottrinale quanto giurisprudenziale) “non è una semplice appendice estranea a tutto il processo formativo della regola, ma è l’ultimo momento formativo della norma; il testo non è una realtà autosufficiente, ma anzi incompleta e incompiuta; non è operazione meramente conoscitiva ma è comprensione<sup>28</sup>”. La legge perde la sua corazza di rigidità. Il principio della divisione dei

poteri è inteso in modo meno rigido. L’interprete non vive più all’ “ombra della legge<sup>29</sup>”.

4. *L’Europa dei diritti vs mercato*. Quando si esce dai confini nazionali, si trovano ulteriori conferme di un’evoluzione che ha portato il diritto a vivere oltre l’orizzonte chiuso della legge statuale, incorporata in testi normativi scritti. È quanto accade, infatti, nell’odierna Europa del diritto, che Paolo Grossi rappresenta come un laboratorio attivissimo, nel quale operano giudici autorevoli, se si guarda all’attività della Corte di giustizia europea; avvocati e arbitri internazionali, se si considerano i fenomeni del diritto globale; tutti non meri applicatori di leggi, ma produttori di nuovo diritto.

Il diritto, dunque, ha iniziato a scorrere attraverso altri canali, diversi da quelli della legislazione statale nazionale, e a superare i confini.

Il nostro Autore, ad esempio, scrive pagine molto suggestive sul volto giurisprudenziale del diritto europeo, frutto della creatività della giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo, composta da giudici che hanno saputo tutelare altre libertà, oltre a quella di iniziativa economica, dei cittadini, e a costruire un intero sistema di tutela dei diritti fondamentali con i soli strumenti dell’interpretazione.

Da questo punto di vista, è vero che “il diritto dell’Unione è assai più un prodotto della Corte che non dei supremi organi istituzionali<sup>30</sup>”. Si tratta di un’altra rilevante conferma di un diritto prodotto fuori dallo Stato e non da legislatori, ma da giudici a contatto con fatti e problemi concreti, i quali, allo scopo di tutelare i diritti fondamentali della persona, pur non trovando norme specifiche nei trattati, non si sono arrestati dinnanzi a questo ‘vuoto’, come è stato rimarcato anche di recente<sup>31</sup>, ma hanno fatto ricorso alle tradizioni costituzionali dei paesi dell’Unione: “questi giudici europei non vogliono comodamente rifugiarsi all’ombra di testi cartacei o di ineludibili comandi normativi, ma scelgono il terreno complesso e inespresso delle tradizioni”, che vengono “individuate, interpretate e consolidate in principii”; essi “sono andati alla ricerca di *valori* su cui costruire dei *principii* capaci di dare adeguata fondazione a situazioni giuridiche vitali per l’esistenza del cittadino europeo<sup>32</sup>”. Attraverso questa operazione squisitamente ermeneutica, la Corte ha allargato il raggio del controllo di legalità ad essa affidato ben oltre i limiti di partenza, trasformandosi

<sup>25</sup> ID., *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012), 627-656, p. 632.

<sup>26</sup> R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano 2013, 175-192.

<sup>27</sup> ID., *Oltre le mitologie* cit., p. 133.

<sup>28</sup> ID., *Introduzione* cit., p. 34-35 (Novecento); p. 77 (Crisi).

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 123 (Identità).

<sup>30</sup> GROSSI, *Un impegno* cit., p. 31.

<sup>31</sup> Da M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2007, pp. 13-66.

<sup>32</sup> P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell’Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2013, 681-695, 689-690.



in una Corte dei diritti: un processo che ha trovato ulteriore espansione dopo l’emanazione della Carta europea dei diritti, giungendo a far prevalere i diritti civili fondamentali sulle libertà economiche, e rendendo sempre più autorevole e centrale la giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>33</sup>.

Anche altra parte consistente del diritto privato europeo, del resto, nasce dal basso, per usare un’espressione cara al lessico di Paolo Grossi, cioè da iniziative scientifiche, e si sostanzia in norme diverse da quelle di legge. Anche in questo caso, si tratta di principi generali, che vanno a costituire un corpo di *soft law*, proposto e non imposto, destinato a circolare nella prassi contrattuale e a presentarsi all’attenzione degli operatori.

5. *Globalizzazione*. In tutti i suoi interventi Paolo Grossi sottolinea l’incapacità del legislatore statale di far fronte ai mutamenti economici e sociali del presente. Al ritardo, all’insufficienza, all’imperfezione o all’assenza delle leggi, che non sono state in grado per vari motivi di offrire soluzioni appaganti o complete di fronte all’incalzante divenire dei fatti e al premere delle esigenze economiche e dei bisogni di tutela della persona, hanno provveduto altri soggetti. Tra questi nuovi “canali privati in cui scorre una giuridicità di nuovo stampo<sup>34</sup>”, canali che si pongono “accanto al grande canale navigabile e navigato del diritto dei vari stati o del diritto comunitario o del diritto internazionale... che corrono paralleli e che diventano sempre più navigati”, un posto di rilievo è occupato dal diritto globale, un diritto a frontiere mobili e transnazionali, frutto di prassi contrattuali e non di leggi, opera di avvocati, che hanno inventato e diffuso nuovi schemi e regole contrattuali, affidandosi, per la loro applicazione e interpretazione, a giudici privati, arbitri internazionali, a preferenza dei giudici togati: “un diritto privato prodotto da privati<sup>35</sup>”. Ha scritto puntualmente Enzo Roppo, a proposito di questo diritto nuovo creato dal “braccio giuridico” delle grandi imprese, da questa “nuova élite giuridica, a base professionale”, che si tratta di “norme create a colpi di contratto. Perché il contratto si fa prassi; la prassi genera l’uso; e l’uso crea la norma<sup>36</sup>”. C’è una osservazione illuminante, che risuona spesso nei discorsi e nelle pagine di Paolo Grossi, e che scolpisce i tratti di questa novità rispetto al passato:

<sup>33</sup> Esemplare M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l’universalità dei diritti umani*, in *La Costituzione italiana 60 anni dopo* (Roma, 28-29 febbraio 2008).

<sup>34</sup> GROSSI, *Un impegno* cit., p. 35.

<sup>35</sup> P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC, 2012, ora in *Paolo Grossi* cit., pp. 190-210, p. 199.

<sup>36</sup> E. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, 2001, pp. 529-54, p. 531.

“l’impetoso diritto statale moderno” aveva in buona sostanza bloccato lo sviluppo di consuetudini *contra legem*<sup>37</sup>, mentre lo spazio globale conferisce primato alla fattualità del diritto, alla “invadenza riottosa dei fatti<sup>38</sup>”, alla creazione spontanea di un diritto non imposto dall’alto ma forgiato dal basso, che supera i confini statuali e addirittura europei, spinto da esigenze economiche concrete. Esso è anche il risultato dell’incontro e del dialogo tra culture diverse. Vi è da rilevare, in questo ulteriore fenomeno, che spesso si tratta della rivincita del mondo di *common law* su quello di *civil law*, un mondo che ha sempre fatto grande affidamento sui giuristi; ma accade pure che si adotti un modello di diritto contrattuale europeo su ogni altro, con una scelta destinata a ripercuotersi in maniera più incisiva nei paesi che quel modello non adottano nei loro ordinamenti.

Di questo diritto nuovo a proiezione transnazionale, che ha contribuito a spezzare il monopolio statale e a far perdere centralità al codice civile (“il castello pietra forte del passato, dagli impenetrabili accessi, è in buona parte disabitato<sup>39</sup>”), Paolo Grossi non nasconde, peraltro, i lati oscuri, i pericoli di abuso, di degenerazione, di strumentalizzazione a danno delle persone. Se molti considerano questo fenomeno diverso da quello della *lex mercatoria* medievale e moderna, “perché, mentre la tradizionale *lex mercatoria* si veniva costruendo nella «lunga durata», con progressione lenta e costante, per sovrapposizioni e sedimentazioni successive, le regole create dai nuovi «mercanti del diritto» (per riprendere il felice epiteto di Yves Dezalay) seguono ritmi di formazione/trasformazione più accelerati e violenti<sup>40</sup>”, Paolo Grossi non dissimula altre possibili degenerazioni del fenomeno: “non si tratta qui di mercantelli medievali che creano il diritto commerciale e inventano la cambiale, le società commerciali, il fallimento ... ma di grandi imprese multinazionali; e il rischio qual è? E’ lo stritolamento della persona umana, la sua mercificazione in nome del maggior profitto. Questo allora è l’anti-diritto, il capovolgimento del diritto<sup>41</sup>”.

6. *Dialoghi tra i giudici e campi di tensione*. Nei suoi discorsi, come abbiamo visto, Paolo Grossi invita il giurista a prendere atto della straordinaria ricchezza del panorama attuale delle fonti del diritto, composto di forme o strati diversi di legalità, che non sono più appannaggio dei legislatori, ma anche di giudici, avvocati e professori. Il giudice, anzi i

<sup>37</sup> GROSSI, *Globalizzazione* cit., p. 201.

<sup>38</sup> ID., *Introduzione* cit., p. 114 (Ordine).

<sup>39</sup> ID., *Un impegno* cit., p. 35.

<sup>40</sup> ROPPO, *Il contratto* cit., 531.

<sup>41</sup> *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni e E. Ripepe, Pisa 2007, p. 37.



giudici: ad essi, come veri protagonisti del nostro complesso presente, Paolo Grossi attribuisce più volte un ruolo centrale. Nel corso del Novecento, i poteri del giudice si sono trasformati, sono risultati sempre più in espansione e hanno condotto all'instaurarsi di nuovi rapporti, tra le corti, nazionali e sovranazionali, e tra queste e il potere legislativo o esecutivo.

Il compito del giudice, già nella ricerca delle norme prima ancora che nella loro interpretazione, è divenuto infatti nel tempo sempre più complesso e più discrezionale rispetto al passato a causa del sovrapporsi degli ulteriori livelli di legalità di cui si è parlato, e dei rispettivi livelli di giurisdizione concorrenti. Oggi l'interpretazione opera in un contesto normativo e giurisdizionale allargato. Il giudice deve tenere conto di più sistemi di diritto ed è chiamato a integrarli e armonizzarli. Lo Stato non è più il produttore esclusivo di diritto. La compresenza di questi piani è il dato che si offre all'attenzione: i piani nazionali della legalità costituzionale e legale; i piani sovranazionali e internazionali. Ma il primato tipicamente post-moderno della giurisdizione apre anche una serie di problemi. La moltiplicazione delle sfere di legalità si è tradotta anche nella moltiplicazione di tutela giudiziaria dei diritti, affidate a corti diverse e concorrenti. Da qui anche l'insorgere di tensioni e conflitti non solo con il potere legislativo, ma anche tra le corti stesse, chiamate a soddisfare una domanda sempre più crescente di tutela da parte dei cittadini, in modi e forme diverse a seconda della tipologia di ogni corte. La lettura delle pagine di Paolo Grossi sollecita, a questo proposito, almeno due ordini di considerazioni.

La prima è questa: l'aumento di discrezionalità interpretativa dei giudici comuni ha incontrato il favore delle stesse corti costituzionali e supreme, che hanno offerto il loro supporto alle varie forme di 'interpretazione conforme' a Costituzione, al diritto europeo, alla Cedu.

La Corte costituzionale, ad esempio, ha dapprima incoraggiato e in seguito obbligato i giudici ordinari a scegliere, tra più interpretazioni, quella conforme a Costituzione, prima di rivolgersi, come *extrema ratio*, alla Corte. I giudici ordinari e la Corte di cassazione hanno risposto positivamente, modificando di conseguenza le proprie tecniche interpretative.

Un itinerario per certi aspetti simile, ma per altri dotato di una sua cifra peculiare – per il diverso rapporto con la giurisprudenza della Corte di giustizia e per il fatto che i giudici possono arrivare fino a disapplicare la legge nazionale contraria a norme europee direttamente applicabili – può essere tracciato per l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. L'attuazione del diritto euro-

peo è affidata infatti, tra gli altri organi, anche ai giudici nazionali, i quali applicano sia il diritto nazionale sia il diritto europeo, e per questo è stato detto, con una felice metafora, che essi "indossano due cappelli"<sup>42</sup>.

A questo compito impegnativo è chiamata anche la Cassazione, che è anche obbligata, in caso di dubbio interpretativo, a rivolgersi ai giudici di Lussemburgo. Questa circostanza, tra l'altro, lungi dall'intaccarne il ruolo di corte suprema, in realtà lo ha rafforzato, perché l'affermarsi del principio dell'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto europeo ha aperto nuovi spazi e offerto nuovi argomenti all'attività interpretativa del diritto nazionale.

Anche il dialogo tra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo ha contribuito ad ampliare i poteri del giudice nazionale: pensiamo al caso Drasich, nel quale la Cassazione penale non si è sottratta al compito di colmare le lacune della legge processuale, individuando nel sistema i rimedi e gli strumenti adatti a dare attuazione al giudicato europeo<sup>43</sup>.

Dovendo il giudice tenere conto di una pluralità di fonti del diritto e muoversi in una prospettiva europea e sovranazionale, è quindi aumentata la discrezionalità ermeneutica. Una prima naturale conseguenza è quella della pluralità di opzioni ermeneutiche della regola, che si offre all'interprete odierno nel gioco complesso delle norme, dei sistemi e delle corti. L'interpretazione dei Codici e delle leggi si è fatta quindi più flessibile (altro aggettivo caro a Paolo Grossi), ma anche più suscettibile di mutamenti e ripensamenti, di contrasti giurisprudenziali, di attriti tra dottrina e giurisprudenza. Ritorna quindi a farsi attuale, sotto un altro punto di vista, il problema dei limiti dell'interpretazione e del rispetto del confine, non sempre facile da stabilire, tra interpretazione e disapplicazione di una legge, problema rilevante perché da una parte l'eccessiva creatività del giudice rischia di rompere l'equilibrio con il potere legislativo e dall'altra perché una prassi ermeneutica troppo disinvolta da parte dei giudici comuni rischia di erodere i poteri della Corte costituzionale, alla quale soltanto, in un modello accentrato di controllo di costituzionalità, spetta di dichiarare illegittima una legge.

Le riflessioni che a proposito di questo importante snodo della post-modernità possono fornire le stimolanti pagine di Paolo Grossi lasciano aperte

<sup>42</sup> E' un epiteto coniato da Rodríguez Iglesias, ex presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea, ricordato da R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in *Il ruolo del giudice* cit., p. 50.

<sup>43</sup> G. LATTANZI, *La cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, *ibidem*, pp. 79-94.





soluzioni diverse, che vanno però tutte nella direzione dell'impegno per la costruzione di un nuovo ordine di relazioni. Il rapporto da instaurare tra le Corti dovrebbe essere di collaborazione, dialogo e cooperazione reciproca. L'ordine delle giurisdizioni dovrebbe essere un ordine di relazioni, di reti (capovolgendo perciò la vecchia immagine della rete che imbriglia<sup>44</sup>), di soggetti concorrenti, piuttosto che di gerarchie. Il vocabolo gerarchia evoca un'idea, quella del monopolio e del soggetto unico chiamato a produrre diritto, che richiama il vecchio riduzionismo. La tentazione da sfuggire è quella dell'instaurarsi di nuovi monopoli, nuovi assolutismi, nuovi primati che facciano perno su un potere piuttosto che su un altro. L'attivismo del giudice contemporaneo, che ha così profondamente trasformato la legalità anche nel campo penale, deve essere scrupolosamente bilanciato; il legislatore stesso, secondo i più recenti orientamenti della Corte costituzionale<sup>45</sup>, deve tenere maggiormente conto della discrezionalità giudiziale. Ciò significa anche ripensare gli spazi di autonomia decisionale delle varie corti, soprattutto quelle costituzionali, in confronto a quelle sovranazionali, diventate anch'esse protagoniste nella tutela dei diritti.

Una sfida, certamente, per il giurista di oggi e di domani. Sono molte, infatti, le vicende che dimostrano l'esistenza di una tensione tra diversi soggetti-attori dell'interpretazione.

La Cassazione, ad esempio, ha avanzato un primato della propria giurisprudenza consolidata non solo sugli orientamenti dottrinali, ma anche sulle contrarie opzioni interpretative del legislatore.

Nella tutela dei diritti fondamentali, la dialettica tra potere giudiziario e potere legislativo e il rapporto tra universalismo e particolarismo, temi che sono oggetto anche delle considerazioni di Paolo Grossi, sono al centro dell'interesse dei giuristi più sensibili ai mutamenti e sollevano quesiti pressanti. Quale spazio residua alla dimensione legislativa e politica nella tutela dei diritti fondamentali? Può l'innegabile crisi della politica giustificare lo spostamento dell'asse sulla dimensione giurisdizionale oppure è opportuno trovare dei bilanciamenti tra i due piani, tra decisione e giudizio? Quale rispetto è garantito alle diverse tradizioni costituzionali nazionali nel nuovo spazio giuridico europeo? Come conciliare la c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali, che si basa sull'universalità dei diritti fondamentali, con le tradizioni costituzionali nazionali, la cui tutela è affidata alle corti costituzionali? Come affrontare il rapporto tra centralismo e diffu-

sione nella tutela dei diritti, come coordinare, in dialogo armonico, la giurisprudenza delle corti di Lussemburgo e Strasburgo con quelle costituzionali?

Nel tempo presente giuristi, giudici e corti, riconquistato il ruolo di protagonisti - non a caso nel costituzionalismo di ultima generazione (Ran Hirschl) si parla anzi di *juristocracy* - devono convivere instaurando sinergie e raccordi. Le tensioni ci sono, ma vanno affrontate e richiedono soluzioni aperte e non chiusure e sordità. La complessità del nostro presente va governata, invita a stabilire confini e limiti, a sollevare interrogativi, ma non ad alzare dei muri. Il diritto che è immerso intrinsecamente nel tempo e nella società non può vivere costretto in una sola dimensione. Il pluralismo è una fonte di arricchimento, ma reclama coscienza e consapevolezza da parte dei giuristi nel dare ordine alla complessità, tra unità e rispetto delle diversità: "armonia di diversità" è la bella espressione adoperata da Paolo Grossi<sup>46</sup>. Nei discorsi inclusi in questa silloge queste parole tornano di continuo, come un messaggio di fiducia e di sprone che egli rivolge ai giuristi attuali e futuri. È il richiamo a una funzione attiva dei giuristi, a una "etica della responsabilità<sup>47</sup>".

<sup>44</sup> GROSSI, *Introduzione* cit., p. 105 (Ordine).

<sup>45</sup> S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 (2012), pp. 603-624p. 614.

<sup>46</sup> GROSSI, *Introduzione* cit., p. 115 (Ordine).

<sup>47</sup> ID., *Un impegno* cit., p. 40.