

SUL VOLUME DI PAOLO GROSSI: *INTRODUZIONE AL NOVECENTO GIURIDICO*

Firenze, 4 ottobre 2013

di Ernesto Lupu

| 5

Occorre essere grati a Paolo Grossi e all'editore Laterza di avere raccolto sei riflessioni esposte, in diverse occasioni pubbliche, dall'Autore su temi collegati che attengono al concetto di diritto oggi e all'attuale ruolo del giurista. Viene così facilitata la comprensione globale del pensiero dell'eminente storico del diritto, che utilizza la sua esperienza di studioso per fornire una interpretazione approfondita ed organica dell'attuale realtà giuridica. Di guisa che i sei saggi offrono, nel loro complesso, una visione complessiva di filosofia del diritto, tanto originale quanto stimolante per uno che, come me, ha visto il diritto nella sua applicazione pratica e ne ha percepito, nei circa cinquanta anni di professione giudiziaria, le profonde trasformazioni.

Si tratta, invero, di sei lezioni magistrali (al di là delle diverse denominazioni utilizzate per gli interventi pubblici del Maestro), una delle quali – mi piace sottolineare – tenuta nella Aula Magna della Corte di Cassazione (quella che si interroga sulla *Crisi del diritto, oggi?*), quasi a segnalare, anche attraverso un segno esteriore, il collegamento tra le riflessioni teoriche sulla funzione del diritto e la vita pratica che lo stesso vive di fronte a situazioni conflittuali.

Le lezioni hanno una unitarietà estrinseca perché, come risulta dalla *Premessa* dell'Autore (di "Pasqua del 2011"), sono state redatte "nel giro di quest'ultimo anno". Ma, soprattutto, hanno, come ho già detto, una unitarietà intrinseca di pensiero,

sinteticamente, ma chiarissimamente espressa nella stessa *Premessa* (v. soprattutto il § 2).

L'Autore prende in esame il *Novecento giuridico*, che considera più ampio del secolo XX, perché esso inizia già alla fine del secolo XIX per poi continuare ancora all'inizio dell'attuale secolo, e quindi nel tempo che stiamo vivendo. Esso è visto come "tempo di transizione" e di "movimento/mutamento", e precisamente, per usare il linguaggio usuale del Grossi, come epoca in cui si ha la fine della "modernità giuridica" e delle sue "mitologie" ed irrompe il "pos-moderno", caratterizzato dalla crisi dello Stato, della legge, dell'assetto gerarchico delle fonti.

Queste crisi non sono considerate da Paolo Grossi con visione pessimistica. Si tratta, piuttosto, di fenomeni di passaggio e di modifica dell'ordine giuridico, che non devono spaventare ma possono essere compresi e dominati dai giuristi. E gli strumenti di analisi dello storico, che ha studiato le profonde modificazioni avvenute in passato nel mondo del diritto, sono particolarmente idonei ad una pacata visione del passaggio dalla modernità al pos-moderno.

Tra le modifiche indicate da Grossi evidente è la progressiva crisi della legge, ormai inidonea a conferire ordine alla materia su cui essa interviene.

Un significativo esempio di conferma traggo dalla mia materia professionale. L'art.108, co. 1, cost. dispone: "Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge".



Non entro nel problema, ampiamente discusso tra i costituzionalisti, della natura di siffatta riserva di legge e, correlativamente, della capacità normativa del CSM (per una rapida informazione v. H. Simonetti, *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (Torino 2006), III, 2066). Mi limito a rilevare che, recentemente, è stato pubblicato il *Codice dell'Ordinamento giudiziario* (Milano 2013), a cura di M. Vietti. L'opera, di dimensioni mastodontiche (3410 pagine), è divisa in due parti in cui sono contenute, rispettivamente, la normativa qualificata "primaria" e la normativa "secondaria" (così denominata quella elaborata dal CSM). La seconda parte è più ampia della prima! E le norme di legge (e fonti equiparate) si riducono ulteriormente se si tiene presente che nella prima parte sono incluse anche le norme statali di natura regolamentare.

Osserva, condivisibilmente, Vietti nella *Premessa*: "intervenire sul sistema normativo primario avviene sempre più difficile e meno efficace". Da qui l'ampio spazio occupato, di fatto, dalla normativa del CSM (e, in generale, non legislativa), ma con un sostanziale mutamento di senso del sopra trascritto dettato costituzionale. E con l'insorgenza di svariati problemi che non è questa la sede per indicare.

Altra modifica che sta caratterizzando tutti i settori dell'ordinamento è il crescente spazio del diritto europeo, inteso in senso ampio sia come diritto dell'Unione europea sia come normativa della Cedu (con le rispettive Corti di Lussemburgo e di Strasburgo). Di questo processo Paolo Grossi coglie l'aspetto, credo, più importante: l'avvicinarsi dei "due pianeti, un tempo separatissimi, del *civil law* e del *common law*". Le due più recenti *Relazioni annuali sull'amministrazione della giustizia* presentate dalla Corte di cassazione (nelle inaugurazioni degli anni giudiziari 2013 e 2012) sono imperniate sulle innovazioni che sulla giurisprudenza nazionale hanno prodotto le pronunzie dei giudici europei, in cui incidono spesso la diversa cultura e *forma mentis* dei giudici di *common law* (www.cortedicassazione.it: *Relazione* per l'anno 2012, 12-29; *Relazione* per l'anno 2011, 11-35).

I mutamenti che caratterizzano il "secolo post-moderno" comportano un accresciuto ruolo della giurisprudenza, e in generale del giurista. I manuali di diritto privato e civile del periodo della mia formazione giovanile (ricordo, in particolare, quello del Messineo) non avevano riferimenti giurisprudenziali (o, comunque, essi erano rari) perché l'oggetto di studio era esclusivamente il dato legislativo. Oggi la conoscenza delle disposizioni del codice civile deve necessariamente essere integrata da quella delle interpretazioni-applicazioni giurisprudenziali. Paolo Grossi indica quale "esempio

emblematico di istituto profondamente plasmato dalle analisi e intuizioni giudiziali" quello della responsabilità civile. Ed in effetti qui si è in presenza di disposizioni del codice civile (per esempio, l'art.2059, sui danni non patrimoniali) che sono rimaste identiche nel tenore letterale, ma sono radicalmente mutate le norme che se ne traggono, onde il diritto risulta profondamente innovato pur nella permanenza degli enunciati normativi.

Ormai non può negarsi che anche i giudici di *civil law*, come quelli di *common law*, concorrono alla creazione del diritto. Per quanto riguarda, in particolare, l'Italia, sono significative, in tal senso, alcune recenti pronunzie delle Sezioni unite della Cassazione. Cass. pen. 21-1-2010 n.18288, Foro it. 2010, II, 566, ha affermato che il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite, integra "un nuovo elemento di diritto", che rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. Nella diffusa argomentazione del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite si richiama, tra l'altro, l'orientamento pacifico della Corte di Strasburgo che, nel concetto di legalità, include sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale. Anche le Sezioni unite civili, nella famosa sentenza sul c.d. *overruling* (11-7-2011 n.15144, Foro it. 2011, I, 2254), pur nel ribadire, in linea di principio, la funzione meramente dichiarativa della giurisprudenza, hanno attribuito al mutamento della propria interpretazione di una norma processuale un effetto (a certe condizioni) non diverso da quello derivante da una nuova fonte del diritto. E la teoria del "diritto vivente", posta a fondamento di tante decisioni della Corte costituzionale per interpretare il significato di disposizioni oggetto della valutazione di legittimità costituzionale, conferma che la giurisprudenza concorre a creare il diritto vigente.

Non può negarsi che i movimenti/mutamenti acutamente analizzati da Paolo Grossi comportano incertezze e producono - come si rileva già nelle prime parole della *Premessa* - una "instabilità, che appare così corrosiva della tranquilla sicurezza del giurista italiano".

L'incertezza del diritto va superata attraverso una maggiore stabilità e prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali. La Costituzione repubblicana è riuscita ad avere una funzione "ordinante" della vita sociale italiana di oltre un sessantennio (come condivisibilmente ritiene Paolo Grossi) grazie all'opera della Corte costituzionale, la quale, con la sua giurisprudenza stabile, ma non immobile, ha dato concretezza a valori costituzionali necessariamente astratti, rendendoli operanti in tutti i settori dell'ordinamento, ed ha costituito un punto di rife-





rimento essenziale per la vita civile e politica. Ruolo ugualmente essenziale, rispetto al diritto dell'Unione europea, ha svolto la Corte di giustizia di Lussemburgo con una giurisprudenza attenta al suo sviluppo anche nei momenti di crisi del processo di unificazione. La tutela dei diritti umani fondamentali nella più ampia comunità del Consiglio d'Europa non sarebbe stata operante senza la giurisprudenza ferma ed incisiva (pur se, in qualche aspetto, criticabile) della Corte di Strasburgo.

Rispetto al diritto interno sub-costituzionale la Corte di cassazione non è, invece, riuscita a svolgere compiutamente la funzione ad essa affidata dall'art.65 dell'ordinamento giudiziario e sostanzialmente confermata dalla Costituzione repubblicana, che l'ha voluta giudice su ogni doglianza di violazione di legge. L'istituzione è stata sommersa da un numero enorme di ricorsi, che ha comportato la necessità di un numero troppo elevato di giudicanti, inadeguato, di per sé solo (anche a prescindere dalla qualità professionale dei magistrati), a realizzare appieno la funzione di nomofilachia. Di recente, nella giustizia civile, il legislatore ha posto in risalto tale funzione (legge delega 14-5-2005 n.80 e d.lgs. 2-2-2006 n.40), ma senza operare alcuna modifica nella struttura e composizione della Istituzione, le quali appaiono ormai incompatibili o, almeno, incoerenti rispetto alla nomofilachia. L'origine del problema sta, però, nella mole dei ricorsi per cassazione, enormemente accresciuta rispetto a quella degli anni in cui fu scritta la Costituzione: all'epoca n. 3.000-4.000 ricorsi civili (nel 1947 n.2.989), oggi circa n. 30.000 ricorsi civili all'anno.

La maggiore complessità che Paolo Grossi ravvisa nella pos-modernità rende ancora più necessaria la funzione di nomofilachia per fornire punti di orientamento che possano facilitare il lavoro dei giudici di merito. Si pensi, per fare un esempio, alla complessità derivante dalla coesistenza, nell'esame di una determinata problematica, di fonti interne e di fonti europee, i cui rapporti non si pongono in chiave gerarchica, ma esigono spesso una non facile ed opinabile opera di interpretazione delle diverse fonti. Nella citata *Relazione della Corte di cassazione* del gennaio 2012 (23-24) si è indicato il caso del trattamento economico del personale scolastico A.T.A. (amministrativo, tecnico ed ausiliario) trasferito dagli enti locali allo Stato, in cui sono intervenute la Corte costituzionale, la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo; a seguito di questo apporto triangolare è spettato alla Cassazione (Sez. lavoro, 12-10-2011 n. 20980) indicare al giudice di rinvio la strada da seguire nel risolvere le diverse cause. Una recente monografia, dedicata da Vittorio Manes ai *Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sopranazionali*, è stata significativamente in-

titolata *Il giudice nel labirinto* (Roma 2012): lo studio riguarda la materia penale, ma pone problemi, per diversi aspetti, comuni a tutti i settori dell'ordinamento interno, nel loro rapporto con le fonti europee.

L'art.65 ord. giud., lungi dall'essere espressione del periodo in cui entrò in vigore, conserva attualità nel secolo pos-moderno, prevedendo una funzione essenziale per il dominio della complessità che lo caratterizza. Occorre, però, che la Corte di cassazione, preposta a tale funzione, sia chiamata a risolvere un contenzioso limitato numericamente perché riservato alla soluzione dei contrasti interpretativi di interesse generale, mentre il controllo sulla motivazione degli accertamenti di fatto va effettuato nel giudizio di appello, avente per oggetto la revisione del giudizio di primo grado, a sua volta ristrutturato in modo da essere idoneo all'accertamento completo dei fatti (v., *amplius*, la *Relazione* in ultimo citata, 67-68). Il conseguimento di siffatto risultato consentirebbe di limitare e qualificare il numero dei magistrati addetti al giudizio di legittimità (il che è compatibile con una loro non breve temporaneità) e può essere facilitato dalla previsione di un albo di avvocati con legittimazione esclusiva alla difesa in cassazione (analogamente al sistema francese ed a quello tedesco).

Più in generale, al di là del tema relativo al ruolo che dovrebbe essere assolto dalla Corte di legittimità, va osservato che l'interpretazione giuridica è caratterizzata da limiti connaturali ed essenziali e che l'attività decisoria del giudice, se non può essere ridotta ad una mera operazione sillogistica, non può neanche essere considerata così libera da avvicinarsi ad una scelta politica, legittimata soltanto dall'essere argomentata e dal fondarsi su un discorso giuridico. Va mantenuto fermo, nella teoria e nella pratica del diritto, il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge, che – occorre aggiungere – sia conforme alla Costituzione ed alle fonti sopranazionali (e quindi, si potrebbe più propriamente dire: soggezione al diritto). Questo principio è stato, di recente, richiamato anche dalla Corte costituzionale, la quale, nella sentenza 12-10-2012 n.230, ha sottolineato che non può essere consegnato al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, una funzione legislativa, “in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale”.

Una diversa concezione del diritto, dimentica totalmente del principio della divisione dei poteri, produrrebbe effetti di caos normativo e di nichilismo giuridico. Ma queste prospettive sono ben lontane dalle opinioni di Paolo Grossi. Si leggano le pagine del saggio conclusivo della raccolta su *L'identità del giurista, oggi*: “Di fronte a un coacer-

vo confuso di leggi che si ammucciano sui Codici con il carattere sempre più marcato e immiserente di meri provvedimenti, di fronte a leggi vecchie o lacunose e a un legislatore che si dimostra incapace di reggere il confronto con i tempi e i bisogni novissimi, il giurista – teorico e pratico – non può non corrispondere a una chiamata che si trasforma per lui in un impegno etico prima ancora che professionale e che lo fa giganteschiare nel processo formativo del diritto” (p.135).

8 Mi piace, in conclusione, raccogliere il “messaggio di speranza” che Paolo Grossi ha formulato proprio alla fine della già citata lezione tenuta in Cassazione (78-79). Se faccio un confronto tra le sentenze che ho scritto circa cinquanta anni fa e quelle dell’ultimo periodo della mia attività, mi rendo conto della differenza di sensibilità e cultura che sussiste tra i due periodi, nel senso del superamento di iniziali atteggiamenti legalistici e formalistici verso una maggiore attenzione ai valori della Costituzione, e quindi dell’avvenuto passaggio dalla applicazione, alcune volte astratta, della legge allo sforzo di interpretarla per adeguarne il disposto a tutte le caratteristiche concrete del fatto da giudicare.

