

OLTRE LA LEGALITA'. UN LIBRO DI PAOLO GROSSI.

Di Giuseppe Vettori

| 5

SOMMARIO: 1. La scienza giuridica nell'ordine del tempo. 2. Dal codice alla Costituzione. 3. La difesa dello Stato di diritto in Europa. 4. Scienza giuridica e responsabilità dell'interprete.

ABSTRACT. Il libro di Paolo Grossi riflette in modo esemplare sui cardini essenziali dello Stato liberale di diritto: i principi di separazione dei poteri e di legalità, come aspetti della forma democratica. Il primo pensato per arginare il ruolo del Principe ha finito per sottrarre ai giudici e ai sapienti ogni spazio nella produzione del diritto riservato solo al Potere politico. Il secondo ha realizzato il progetto dell'assolutismo: vanificare ogni lettura del reale e dei fatti per foggare concetti e categorie astratte, racchiuse in regole analitiche e rigide contro un'invenzione del diritto tipica dell'assetto medievale. Le pagine di questo lucidissimo libro spingono ad una riflessione su alcune questioni essenziali. In particolare il dovere civile di contribuire a difendere il pluralismo sociale e politico alla base dello Stato di diritto e la capacità di elaborare nuove tecniche della interpretazione e della decisione giudiziale, dopo l'ampliamento dei poteri che il nostro tempo ha assegnato a questo formante della giuridicità.

The book of Paolo Grossi brilliantly discusses the essential cornerstones of the liberal State: the principle of separation of powers and the rule of law, both expressions of the democratic form of the State. The first principle was originally conceived to curb the role of the "Prince" but has then resulted in depriving judges and scholars of any law-making power. The second principle has contributed to the main scope of absolutism regimes, namely a regulation based on abstract concepts and categories, rather than on concrete facts and reality: in one word, an approach that takes the distance from the "invention" of law, typical of Medieval tradition. The pages of this book provide the opportunity for a more in-deep reflection on some essential issues regarding the foundations of the State of Law. In particular, the civil duty to contribute defending the social and political pluralism, as well as the capacity to develop new techniques of interpretation and judicial decision-making, as brand-new sources of law.



1. La scienza civilistica nell'ordine del tempo.

Il tempo scorre in modo diverso dal passato.

Viviamo in un'attesa dominata dall'incertezza e il diritto deve orientare la comprensione della realtà¹ e indicarci le strade che possono aprirsi al tramonto delle nostre antiche certezze².

La riflessione di Paolo Grossi scruta e interpreta l'attuale passaggio d'epoca con una critica lucidissima all'assolutismo giuridico. Un'analisi attenta ai tratti del secolo lungo che stende la sua ombra sul presente, immerso in una pos-modernità che stenta a trovare un ordine condiviso. Due scritti recenti³ si propongono di ripensare i cardini essenziali dello Stato liberale di diritto: il principio di legalità e la separazione dei poteri. I due testi si completano a vicenda nel fissare i tratti dell'ordine giuridico esistente e il mio discorso intende iniziare da qui, seguendo la trama del volume.

Legalità e separazione dei poteri sono state due verità per molto tempo non sottoposte ad una profonda verifica stante la loro compenetrazione con la forma democratica, ma la storia ci indica come i due principi si siano manifestati in un *continuum* che deve essere oggi fissato sul presente.

La separazione dei poteri, si legge nel Libro, fu pensata per arginare il ruolo del Principe ma ha finito per sottrarre ai giudici e ai sapienti ogni spazio nella produzione del diritto riservato solo al Potere politico, secondo un'idea oggi smentita dal ruolo della Corte Costituzionale e dall'art. 117 della Costituzione che vincola il legislatore all'ordinamento comunitario e alle norme della CEDU attuati e garantiti da apposite Corti con ampi poteri. La stessa soggezione del giudice alla legge (art. 101), preso alla lettera, non è compatibile con il sistema della giustizia costituzionale che elimina norme non conformi, interviene in caso di lacune nella tutela dei diritti fondamentali, in ascolto della

¹ J.L. NANCY, *Un trop humain virus*, Paris, 2020.

² Un grande fisico racconta della perdita di unicità del tempo del suo scorrere in modo diverso, in montagna e in pianura, o a seconda della massa che incontra e della velocità. Sicché non si “può descrivere come il mondo evolve nel tempo: descriviamo le cose evolvere in tempi locali e i tempi locali evolvere *uno rispetto all'altro*”. Insomma “il mondo non è come un plotone che avanza al ritmo di un comandante. E' una rete di eventi che si influenzano l'un l'altro”. Come ci insegna “la teoria della relatività generale di Einstein” (C. ROVELLI, *L'ordine del tempo*, Milano, 2020, p. 25). Sull'incertezza sono fondamentali le riflessioni di G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 83 ss.

³ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, p. 3 e la bella intervista di F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti 10 giugno 2020)* in *Lo Stato*, 2020, 14, 261.

società e delle sue esigenze, anche contro il potere legislativo.

D'altra parte la legalità ha realizzato il progetto dell'assolutismo: vanificare ogni lettura del reale e dei fatti per foggiare concetti e categorie astratte, racchiuse in regole analitiche e rigide contro un'invenzione del diritto tipica dell'assetto medievale, frutto in una società senza Stato, di grandi Maestri delle università europee e di operatori pratici nel loro lavoro quotidiano. Tutto ciò fu sostituito da un ordine superiore, ispirato dalla filosofia dei lumi e affidato ad un Principe a cui si affida, in esclusiva, la produzione del diritto proveniente da una sola fonte e così certo e coerente. Tutto ciò con una “grande rivoluzione e una grandissima riduzione” del diritto civile alle esigenze del potere politico e della classe dominante che ha il suo approdo nel *code Napoleon*. “Legalità è da allora in poi riduzione, semplificazione e monopolio giuridico dello Stato e assieme alla separazione dei poteri crea un inscindibile vincolo fra produzione del diritto e potere politico”⁴.

Il punto di svolta si ha con le Costituzioni che nascono per contrastare l'idea di un potere senza limiti. In Francia si parla di “una rivoluzione permanente”. In Germania si fa ricorso alla teoria della autolimitazione dello Stato⁵. In Italia si teorizza una trasformazione radicale dello Stato liberale.

In ognuna di queste esperienze la Carta è intesa, ancora oggi, come l'unica via possibile “per vincolare la legge al Diritto, dopo le illusioni giusnaturalistiche e la tragedia dei totalitarismi”. Ciò emerge chiaramente dall'art.117 ma è espresso benissimo anche nella sentenza n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale che istituisce una nuova categoria di principi supremi, i quali” non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”. Così il testo e la Corte con il consenso di gran parte della cultura giuridica del tempo “stabiliscono, nell'unico modo possibile il dualismo fra *ius et lex*”⁶, fra legge ordinaria e legge superiore ove diritti e principi proclamati solennemente, dirà Luigi Mengoni, appartengono al diritto e alla morale, ma devono essere attuati con le modalità e le procedure della dinamica giuridica⁷.

⁴ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit.

⁵ M. VOGLIOTTI, *Fragilità della costituzione e nihilismo giuridico*, in *Dialogues autor du nihilisme Juridiche*, Sous la direction de P.Alvezzi del Frate,G.Ferri, F.Cherfou-Baich, N.Hakim, Roma, 2020, p.163 ss.

⁶ M. VOGLIOTTI, op. cit.p.176.

⁷ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 7.



Il tratto più chiaro di tutto ciò si ha nella distinzione chiarissima fra lo Stato e la Repubblica che Paolo Grossi richiama in modo limpido. Al centro lo Stato legislatore essenziale e prezioso, e accanto la Repubblica con una dimensione pluri-ordinamentale scandita dalla presenza di una pluralità di attori dalla prassi consuetudinaria, il ceto giurisprudenziale (sapienziale e giudiziale), la Corte Costituzionale e il giudice ordinario soggetto ad una interpretazione conforme per rendere effettive le regole e le tutele ed affermare una legalità, diversa per storia e tradizione dalla *common law* di oltremarica, ma che esprime, al pari di quella, non la primazia della legge ma il primato del diritto⁸.

Una giuridicità, dunque, che ha subito un'evoluzione nettissima perché il tempo delle clausole generali che ha accompagnato per decenni la riflessione dei più acuti studiosi ha ceduto il passo alla primazia dei principi. Per alcuni motivi chiari: il pos-moderno “ha fatto affiorare, disagi esigenze, restrizioni, disuguaglianze intollerabili rispetto al mondo (o al tempo) dei codici” e determinato un'inversione di valori: “certezza, chiarezza, determinatezza erano i pregi della norma” ma “movimento e mutamento rapidissimi hanno eroso architetture ritenute robustissime spazzando via verità stabilite da una generale credenza”⁹ e da una carica assiologica già intravista ed evocata da Nicolò negli anni Sessanta e tale da pretendere nuove certezze e nuovi strumenti, frutto di un'invenzione che impone “di trovare il diritto” nel substrato valoriale che i Padri Costituenti seppero fissare. Da qui il ruolo nuovo dell'interprete per “consolidare qualcosa di effettivo” che “il potere politico non ha avuto la forza né la volontà di assecondare”. Senza timori per un soggettivismo demonizzato dai “fisiocrati illuministi e giacobini e oggi da un desolante richiamo alla nudità delle norme e a un nihilismo privo di qualsiasi valore”¹⁰.

2. Dal codice alla Costituzione.

Questa analisi riesce ad esprimere in modo limpido il nostro tempo in continuità con il pensiero dei più Grandi civilisti del novecento.

Filippo Vassalli già nel 1951¹¹ richiamava il giurista al diritto oltre la statualità del Potere con un monito fortissimo a lungo vanificato dal positivismo

imperante. Rosario Nicolò aveva già nei primi anni sessanta compreso le strade da percorrere in un tempo “ricco e mutevole e così poco suscettibile di essere cristallizzato in un sistema stabile di norme scritte”¹². Nicolò riconosce i meriti del codice¹³ e si pone domande ancora attualissime: se il testo avesse mortificato il pensiero giuridico e l'opera della giurisprudenza, non all'altezza della sua tradizione; se la sua struttura di “corpus di norme precise e analitiche” fosse ancora attuale o fosse più utile un tessuto di principi da integrare con norme speciali e “attraverso il lavoro di giuristi teorici e pratici”. Ma soprattutto sottolinea con forza come le idee fondamentali fossero deboli per un fatto evidente. Il codice nasce quando il regime muore e l'attenzione alla proprietà, all'impresa, al lavoro non erano certo un punto di arrivo, ma di partenza per “avviare nella giusta direzione il corso futuro della nostra esperienza giuridica”¹⁴.

Tali interrogativi avevano una premessa di fondo nel confronto fra l'opera legislativa e la funzione del diritto civile che coincide con la storia della convivenza umana sin da quando si è “preso di coscienza della necessità di attuare gli interessi “ nel segno della giustizia anziché della forza e di coordinare l'attività individuale con le esigenze di collaborazione e solidarietà che esige ogni relazione umana. In un continuo processo di creazione del quale gli uomini sono ineliminabili protagonisti”. Una scienza, dunque, che non è una *species* del diritto privato, ma ha la sua essenza nella struttura degli istituti fondamentali della vita associata e nei principi che li animano da trarre con un'osservazione spregiudicata della realtà, attuando la Costituzione repubblicana, ove si trovano i principi e le direttive fondamentali per l'elaborazione e attuazione degli istituti civilistici in una società che andava precisando il suo nuovo assetto, tramite “l'erosione intrinseca dei principi attivi del diritto civile segnati dal riferimento alla funzione sociale e all'utilità sociale che impongono di rivedere dall'interno la proprietà, la responsabilità civile e il contratto sotto la pressione di interessi della

⁸ V. così testualmente G.VETTORI, *Contratto e Costituzione*, in *Enc. Dir., Contratto*, 2020.

⁹ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 67 ss.

¹⁰ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 17.

¹¹ F.VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Scritti in onore di Antonio Cicu*, Miano, 1951, p. 481 ss.

¹² R. NICCOLÒ, *Codice civile*, in questa *Enc. dir.*, VII, 1960, 240 ss.; ID., *Diritto civile*, in *ivi*, XII, 1964, p. 904 ss.

¹³ L'aver mantenuto il testo, eludendo l'ideologia del tempo, nel solco della tradizione, l'unificazione riuscita dei due codici, civile e di commercio, l'elaborazione di alcuni istituti esemplari come il possesso, la trascrizione e alcune regole delle obbligazioni, l'attenzione al contraente debole (1341 e 1342) e soprattutto al ruolo delle clausole generali di correttezza e buona fede “ aperte ad esigenze morali e suscettibili di contribuire alla educazione civile anche nei rapporti giuridici” nonostante che la giurisprudenza non avesse saputo servirsi di tali preziosi strumenti. Osservando in modo spregiudicato la realtà.

¹⁴ R. NICCOLÒ, *Codice civile*, cit., p. 247.

Comunità” oramai lontanissima dalle ideologie e strutture dello Stato liberale di diritto. E’ noto come tale programma sia stato realizzato con successo negli anni sessanta e settanta da Stefano Rodotà¹⁵.

Luigi Mengoni chiude il secolo rifiutando il primato della Tecnica e della Politica ed esaltando il ruolo dei principi costituzionali che appartengono al diritto e alla morale ma debbono essere attuati con gli strumenti positivi del civilista chiamato a padroneggiare ermeneutica e dogmatica per attuare il nuovo ordine e la nuova legalità¹⁶.

Paolo Grossi fissa gli elementi del presente.

In primo luogo la storicità, ossia “un continuo intridersi del diritto con valori, interessi, fatti di cui è intessuta la società” in modo diverso da una prevedibilità che appartiene all’ordine giuridico della modernità dove spetta allo Stato trasformare ogni esigenza sociale in legge con categorie geometriche e una tessitura astratta, tipica dei Codici scossi oggi da una complessità descritta bene da Santi Romano, ma racchiusa anche in poche chiarissime parole da Rodolfo Sacco¹⁷.

¹⁵ Si veda in particolare, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; ID. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970; ID., *Il terribile diritto*, Bologna, 1981.

¹⁶ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 5 ss. “la tesi della separazione tra diritto e morale era riferita non tanto ai procedimenti di formazione della volontà legislativa.. quanto ai procedimenti di interpretazione e applicazione della legge, che doveva essere guidati esclusivamente dalle regole formali della deduzione logico-sistematica con esclusione rigorosa di argomenti extrasistemati religiosi, morali, politici o economici. Siffatta concezione presuppone una società omogenea, quale la società borghese dell’Ottocento, concorde su un blocco di valori incontestati e incontestabili.. Essa non è più possibile nella società complessa che è venuta evolvendosi nel secondo dopoguerra, pluralistica e fortemente dinamica a causa dell’accelerazione del progresso tecnologico.” “Negando la possibilità della fondazione conoscitiva dei valori il nominalismo normativista lascia solo l’uomo in un mondo che si suppone vuoto di senso e gli addossa la responsabilità di creare dal nulla una norma che fissi il discrimine tra bene e male, tra lecito e illecito.. Ma è una responsabilità che l’uomo non è in grado di sopportare: il diritto è un prodotto della storia, ma non è giustificato dalla storia” (p. 6) Ancora :“La costituzione repubblicana è ispirata a una concezione opposta, oggi correttamente denominata post-positivistica” e i diritti fondamentali appartengono “in pari tempo al diritto e alla morale” sicché da un lato “ è restituita al diritto positivo la fondazione di un ordine oggettivo di valori sostanziali e non semplicemente nella legalità procedurale” dall’altro “è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione.. ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell’argomentazione giuridica” (p.7). Su tutto ciò si veda ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

¹⁷ R. SACCO, (voce) *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *Digesto*, Torino, 2010, 319.

Poi la fattualità¹⁸ che si oppone ai vecchi criteri della validità e conformità e ad un modello astratto e generale specialmente se potenziata dall’effettività che altro non è che la “*carica intrinseca a taluni fatti*” che esprime la necessità di registrare la peculiarità dell’esperienza giuridica. Una linea “di tendenza presente in una comunità vivente in un determinato momento storico”, la quale si oppone al legalismo astratto attraverso una giuridicità inarrestabile e un ruolo maggiore degli interpreti, delle clausole generali e dei principi, protagonisti nel nuovo sistema delle fonti che rompe la gerarchia del Codice. Insomma la fattualità reagisce alla “*copertura delle diseguaglianze*” voluta dallo statalismo moderno capace di garantire “la libertà di dormire sotto i ponti”, mentre l’effettività esige di far coincidere la sostanza con la forma dell’eguaglianza e dei diritti secondo l’ordine del nuovo Stato sociale di diritto. Tutto ciò determinato dall’avvento della Costituzione italiana ove si opera una scoperta del collettivo “che rende più forte il socialmente ed economicamente debole” attraverso un’inversione netta: sempre più società e sempre meno Stato¹⁹.

Infine il fattore democratico essenziale per l’affermazione di un diritto pos-moderno. Basta pensare che solo nel 1913 si ha il suffragio universale e nel 1946 l’accesso al voto per le donne. Solo allora si realizza davvero un pluralismo sociale che la guerra e il regime fascista avevano impedito. E la svolta si ha con la Costituzione che rifiuta lo statalismo, esalta il ruolo della Repubblica nella produzione del diritto senza nostalgie di un tempo remoto ma riconoscendo il ruolo della politica e dello Stato in un assetto ordinamentale in profonda evoluzione, che richiede all’interprete e ai giudici di “colmare i vuoti e di rivestire il carattere di autentica fonte del diritto”²⁰.

Ma che cosa c’è oltre la legalità costituzionale dei primi settanta anni della Repubblica²¹?

Le pagine di questo lucidissimo libro ci interrogano e spingono ad una riflessione su alcune

¹⁸ F. PEDRINI, *Colloquio*, cit. p. 250: ove si osserva che la fattualità è una linea di tendenza della società in un determinato momento storico come è stato, in modo diverso, per lo *ius commune* e la *common law* . Determina oggi “uno spostamento deciso del perno del nostro ordine giuridico dalla legge all’interpretazione” espresso da due elementi: il pluralismo delle fonti e la loro de-tipicizzazione dovuti chiaramente al tramonto di una rigida gerarchia.

¹⁹ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 67 ss.

²⁰ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit. p. 63 ss.

²¹ F. PEDRINI, *Colloquio*, cit., p.220 ove si parla di un “esperienza giuridica distinta dovunque alle grandi domande della comunità che si susseguono nella storia si darà una risposta specifica ed autonoma sul piano del diritto” esperienza da “intendere quale schema interpretativo ordinante e unificante il divenire storico giuridico”.

questioni essenziali: il dovere civile di contribuire a difendere il pluralismo sociale e politico alla base dello Stato di diritto; la elaborazione di nuove tecniche della interpretazione e della decisione giudiziale, dopo l'ampliamento dei poteri che il nostro tempo ha assegnato a questo formante della giuridicità. Vediamole da vicino.

3. La difesa dello Stato di diritto in Europa.

Lo Stato sociale di diritto, in Italia e in Europa è in una fase molto delicata.

Come ricorda Paolo Grossi, il nuovo sistema delle fonti e il complementare ruolo di Stato e Repubblica²² è stato possibile solo con il consolidarsi della forma democratica e del funzionamento degli organi di garanzia, prima fra tutte la Corte Costituzionale e poi i giudici ordinari, ma è evidente l'indebolimento della democrazia che richiama tutti ad un nuovo compito civile e tecnico di fronte a questa stagione inedita del nostro tempo.

Ciò che accade è connesso alla stessa idea di Occidente²³. Un'area geopolitica accerchiata e corteggiata da opposte tensioni che esaltano il tramonto delle democrazie liberali e la tensione populista²⁴. Ma qualcosa è accaduto di positivo nell'Unione Europea ed è, in qualche modo, rassicurante.

La Corte di Giustizia Europea aveva per la prima volta già applicato l'art. 7 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea sulla violazione di regole dello Stato di diritto da parte di alcuni Stati membri, mentre sono state a lungo allo studio una serie di interventi comunitari per applicare sanzioni di carattere economico dissuasive per gli Stati colpevoli di tali violazioni. L'esito è stato un compromesso oggetto di diversi commenti. Questa la vicenda.

Il Regolamento europeo sul Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 prevede che si possano sospendere con un voto a maggioranza qualificata i fondi europei per violazioni dello Stato di diritto e per qualsiasi atto individuale, sistematico o ricorrente che minacci i valori fondamentali dell'Unione come la libertà, democrazia e il rispetto dei diritti umani²⁵. Polonia e Ungheria hanno opposto il loro veto e il Consiglio europeo ha proposto una mediazione con una dichiarazione interpretativa approvata da tutti i suoi membri. Secondo questi tratti essenziali: il Regolamento dovrà essere applicato “nel rispetto delle identità nazionali degli Stati relativamente alle loro strutture politiche e costituzionali” (dell'art. 4, par. 2 TUE). La Commissione dovrà adottare delle linee guida per l'applicazione e sino alla loro pubblicazione non si potrà iniziare alcuna procedura sanzionatoria. Se un Paese membro impugna il testo si attiverà un procedimento davanti alla Corte di Giustizia e si dovrà tener conto di tale pronuncia. Dunque il Regolamento entrerà in vigore il primo gennaio 2021 ma non avrà una applicazione immediata.

Per alcuni tutto ciò ha posto in luce la “forza e la debolezza dell'Unione”. La forza sta nell'aver raggiunto (l'11 e il 12 dicembre 2020) un accordo fondamentale per fronteggiare la crisi economica determinata dalla pandemia superando il veto di Polonia e Ungheria. La debolezza sta nei contenuti di quell'accordo. Di fronte a paesi “impegnati a trasformare il loro paese in democrazie illiberali” il Consiglio europeo si è espresso con una “dichiarazione interpretativa della proposta di Regolamento sullo Stato di diritto” che ha soddisfatto i paesi ribelli. Per una ragione chiara. Il Consiglio europeo ha stabilito due principi: da un lato si precisa che “il Regolamento sullo Stato di diritto “deve essere applicato ..nel pieno rispetto.. delle identità nazionali degli Stati membri inerenti alle loro fondamentali strutture politiche e costituzionali”, riconoscendo così la legittimità di aspetti autoritari nelle istituzioni di uno Stato membro. Dall'altro si rinvia l'operatività del Regolamento “fino a quando non sarà stato emesso un giudizio da parte della Corte di Giustizia europea”. In tal modo il Consiglio europeo si sarebbe attribuito un potere interpretativo che non è nelle sue attribuzioni ma soprattutto, come si è osservato ha eluso la domanda essenziale “se è possibile avere regimi illiberali all'interno di un

²² Nella intervista al Prof. Grossi si osserva che “ la nostra Carta costituzionale dà un rilievo centrale allo Stato legislatore, dedicandogli quasi interamente la seconda parte, ma si propone come “Costituzione plurale” giacché configura la Repubblica italiana quale comunità che accoglie e raccoglie una pluralità di ordinamenti giuridici primari” (F. PEDRINI, *Colloquio, cit.*, p. 228).

²³ Si veda sul punto il classico volume di E. DE MARTINO, *La fine del mondo. Contributo all'analisi delle apocalissi culturali*, (nuova ed.), Torino, 2019 p. 347 ss, F. Rampini, *Oriente Occidente*, Torino, 2020.

²⁴ V. la lucida analisi di S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, p.47 ss, e 75 ss. ma anche il bell'editoriale di E. MAURO, *Se il potere degli autocrati avvelena le democrazie*, in *Repubblica*, del 7 settembre 2020. Da un lato la Russia, che dichiara il tramonto delle democrazie liberali e rafforza il potere del “sovrano”. Dall'altra parte l'America, ancora scossa da una tensione populista.

²⁵ Il testo della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2020 sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027, l'accordo interistituzionale, lo strumento dell'Unione europea per la ripresa e il regolamento sullo Stato di diritto (2020/2923(RSP)) è disponibile in www.europarl.europa.eu.

Unione che vuole essere liberale”²⁶. D’altra parte il Parlamento Europeo con una risoluzione del 17 dicembre 2020 ha respinto l’interpretazione del Regolamento europeo sulla base di alcuni argomenti: la Commissione è indipendente, il Regolamento sullo Stato di diritto e l’approvazione a maggioranza che esso consente hanno un’importanza storica, le dichiarazioni del Consiglio europeo non sono vincolanti per la Commissione perché tale organo non ha funzioni legislative, e le sue dichiarazioni politiche non possono essere considerate una interpretazione di atti giuridici.

Il giudizio positivo²⁷ sulla dichiarazione interpretativa si basa, invece, su diversi e convincenti argomenti: l’equilibrio raggiunto, si dice, “ha del miracoloso” sulla base di una “sottigliezza giuridica” che ha superato, per il futuro, il bisogno di un voto all’unanimità di cui si sono giovati, anche in questo caso, Polonia e Ungheria rivendicando un giudizio esclusivo degli Stati sul rispetto dei principi. Non solo.

Si precisa che il “legame diritto-soldi” come altre condizionalità sono strumenti utili ed efficaci per risolvere il problema del controllo delle regole dello Stato di diritto perché “solo così la democrazia e il diritto delle singole nazioni si arricchiscono” e le dichiarazioni universali o sovranazionali dei diritti dell’uomo non rimangono lettera morta”. Come si trae nell’assetto di molte organizzazioni globali “ove si cercano *linkage* (collegamenti) che unendo benefici e limiti possono rendere effettivi principi stabiliti universalmente per le comunità internazionali”. Il compromesso addirittura, secondo questa visione, migliora il testo del Regolamento perché le linee guida e l’istruttoria “aprono la via ad una giurisdizionalizzazione del conflitto” con il ricorso alla Corte di Giustizia. Insomma l’Unione europea “aumenta la sua capacità di pressione sugli Stati, attraverso la finanza” e si afferma una “nuova e più ricca declinazione della democrazia. Chi esercita il potere politico non deve solo rispondere al proprio elettorato ma deve anche rispettare i principi comuni del diritto, fissati nei Trattati insieme con gli altri Paesi”²⁸.

²⁶ Sul ruolo attuale dell’Unione, il bel libro di S. FABBRINI, *Prima l’Europa*, Milano, 2020, p. 247 ss e ID., *Polonia, Ungheria e la fragilità dell’Europa*, in *Il Sole 24 ore* del 13 dicembre 2020 da cui sono tratte le osservazioni precedenti e le citazioni con un rinvio, per l’ultima domanda, al pensiero di Habermas.

²⁷ S. CASSESE, *L’Europa dei diritti cammina*, in *Corriere della sera* del 17 dicembre 2020, ove si sottolinea che per alcuni il compromesso è astuto ma poco coraggioso, per altri è una resa e per altri ancora è una scelta fondamentale.

²⁸ IBID.

4. Scienza giuridica e responsabilità dell’interprete.

Da qui un compito urgente per la Scienza giuridica civilistica sollecitato anche dal maggiore peso affidato alla giurisprudenza e ai giudici. Provo ad indicare alcuni aspetti.

Il rapporto annuale del Censis parla di una società incerta e spaurita di fronte ad una crisi sanitaria ed economica inedita, scossa da una diseguaglianza enorme e in crescita esponenziale, destinataria di provvedimenti assistenziali giusti ma provvisori che possono avere effetti gravissimi sui comportamenti collettivi di reazione. Non solo perché la pandemia ha indotto a rinunciare “alle libertà personali in nome della tutela della salute collettiva”. La paura e l’incertezza, secondo questa indagine, stanno inducendo una percentuale alta dei cittadini ad accettare una possibile rinuncia ad alcuni diritti sociali fondamentali per una maggiore sicurezza economica, mentre una quota ancora più alta di giovani è pronta a reclamare una priorità di cura nei confronti degli anziani e quasi la metà degli italiani ad essere favorevoli ad un forte inasprimento delle sanzioni penali compresa la pena di morte²⁹. Tale analisi spietata richiede risposte immediate.

Di fronte a tutto ciò il conflitto e la lotta politica sono insostituibili per il mantenimento di una forma democratica che non può reggere senza una *auctoritas* liberamente scelta che sappia garantire e assicurare la effettività dei diritti e dei doveri. D’altra parte c’è un altro aspetto da considerare. E’ certo che la carica rivoluzionaria del nostro tempo sta nella capacità di *trovare* il diritto nell’alveo di una società “libera e in grado di costruire il suo futuro”, ma ciò esige di interrogarsi sulle forme di rappresentanza politica e sul ruolo della giurisprudenza e della scienza giuridica. Si dovrà studiare a fondo come ripensare la forma della delega e della democrazia parlamentare³⁰ mediante tecniche che nel corso del Novecento hanno aumentato la quantità dei ruoli di rappresentanza e non hanno affatto migliorato la qualità del rapporto fra eletti ed elettori. Questo aspetto essenziale non potrà essere trascurato da una riforma organica della Costituzione. Il tempo è sicuramente maturo e spetta alla politica affrontare questo problema in dialogo con la scienza giuridica e la volontà popolare. In altre parole, il ruolo di movimenti di

²⁹ Il *Rapporto annuale* del Censis 2020 pubblicato il 4 dicembre 2020 e in particolare il 54° Rapporto sulla situazione sociale del Paese (in www.censis.it).

³⁰ Così P. GROSSI, op. ult.cit.

contrasto contro abusi e repressioni all'interno di una forma democratica sono essenziali³¹ quanto il ruolo di una stampa libera e coraggiosa³².

La Corte Costituzionale ha intrapreso un iter condivisibile da potenziare e arricchire. Il dialogo con il legislatore e l'invito a provvedere quando non sia tutelato in modo effettivo un diritto o un dovere ha dato buoni frutti e innova il rapporto tra potere politico e controllo di legittimità. Il Giudice delle leggi interviene così non solo in presenza di una norma illegittima ma anche in presenza di una lacuna o di una insufficiente tutela di una posizione soggettiva. Il suicidio assistito è un precedente di grande rilievo che incrina la assoluta discrezionalità del legislatore su temi sensibili e apre ad un intervento della Corte, che può emanare una regola adatta al caso e suscettibile di essere estesa a ipotesi simili³³. Non solo. Con la recente delibera dell'8 febbraio 2018, la Corte Costituzionale apre, in sintonia con molti ordinamenti a noi vicini, alla presenza nel procedimento di *amici curiae* e alla scienza che può essere consultata in casi specifici durante il processo³⁴.

Ed è sempre più urgente una voce forte della dottrina giuridica, che è libera, dice la nostra costituzione (art. 33) e deve certo contribuire a garantire il pluralismo giuridico sociale, ma deve anche affinare tecniche e strumenti che comportano una responsabilità diversa e più ampia della giurisprudenza. Ciò che occorre, insomma, è un totale cambio di mentalità che non ampli un Potere a discapito di un altro ma che muti il ruolo di tutte le Istituzioni chiamate ad un compito arduo

all'altezza delle esigenze dei tempi. Solo qualche notazione.

Il rapporto fra Regole e Principi esige molto rigore per evitare semplificazioni e rotture. Non è sufficiente un richiamo alla ragione o allo spirito dei tempi³⁵. La ricerca del diritto nel caso concreto esige un percorso *dal fatto, alla norma, ai principi, per fissare la rilevanza giuridica del fatto e per formulare, entro quel contesto, la regola di decisione effettiva perché espressione concreta e adeguata della risposta del diritto al problema di vita sottoposto all'interprete*.

Dal testo e dal linguaggio³⁶, delle norme e dei principi, occorre trascorrere alla loro *ratio* come ordine oggettivo che li sorregge. Questo passaggio è fondamentale e su di esso vi è il consenso delle teorie analitiche e della teoria ermeneutica³⁷. *L'intenzione del legislatore* espressa nell'art. 12 non può che essere riferita *“ad un ordine oggettivo vigente”*³⁸ composto da regole e principi. Non solo nazionali. Perché la Costituzione vanifica, negli

³¹ V. ora sul punto N. URBINATI, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, 2020, p.8 ss.

³² Solo due esempi. Una analisi molto documentata comparsa sulla stampa italiana nel febbraio del 2020 ha posto in luce, sulla base di una documentazione oggettiva, come la democrazia sia in forte crisi di fronte ad un autoritarismo che avanza nel mondo e in Italia. Il responso sul grado di democraticità è misurato in base ad una serie di parametri (indipendenza della magistratura, funzionamento della giustizia ecc.) ed è un efficace monito sullo stato del problema nel mondo.

³³ V. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207 (in *Giur. cost.*, 2018, c. 2445) e ord. 22 novembre 2019, n. 242 (in *Foro. it.*, 2020, I, c. 829. Sul punto, G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 58 ss.

³⁴ V. Corte costituzionale, Delibera 8 gennaio 2020 Modificazioni alle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”, in *Gazz. Uf.* 22 gennaio 2020 e sul tema T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla Giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta online*, 2019, fasc. 1 ed ivi P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull' Amicus Curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*; 20S.Cassese, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Acc.Sc.Torino, Atti Sc.Mor.*, 149 (2015), 15ss

³⁵ In un saggio di Carl Schmitt del 1944 ripubblicato di recente (*La situazione della scienza giuridica europea*, a cura di A. SALVATORE, Macerata, 2020) si analizza il ruolo del positivismo dell'Ottocento capace di riconoscere nello Stato il titolare esclusivo della produzione normativa con “una letale riduzione del diritto alla legge”. Lo stesso Schmitt rifiuta questa impostazione e richiama Savigny (cantore della scienza giuridica europea), e capace di legare il diritto alla tradizione del razionalismo occidentale di riconoscere nella scienza giuridica l'autentica fonte del diritto “così come la lingua è formata dai parlanti”. Dunque una inversione netta, da parte di Schmitt, rispetto al decisionismo degli anni Venti e del nazionalismo statalistico degli anni Trenta. Un ragionamento, come si è osservato da molti (S. CASSESE, *L'attualità della teoria giuridica di Schmitt*, in *Sole24ore*, del 13 settembre 2020), pieno di contorcimenti ma è certo che il richiamo alla funzione della scienza giuridica è essenziale oggi più di sempre superando le tensioni a trovare dentro se stessa la propria legittimazione e aprendosi invece alle discipline confinanti e alle intersezioni che vadano oltre in Europa le tradizioni costituzionali comuni e il dialogo tra le Corti.

³⁶ V. G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. 171 “ *il linguaggio è al centro dell'ermeneutica, e più in generale del pensiero novecentesco*” ed ivi le citazioni di Schleiermacher “*Nell'ermeneutica c'è un solo presupposto: il linguaggio*”, di Heidegger “*il linguaggio è la casa dell'essere*”, di Gadamer “*Non c'è cosa, dove viene meno il linguaggio*” di Fuchs “*Se c'è significato c'è anche il linguaggio*” sino all'eccesso di Vattimo “*Le cose sono quelle che sono davvero soltanto nell'interpretazione e nel linguaggio*”.

³⁷ V. F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica: Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, pp.63-104; Id., *L'interpretazione dell'interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini*, in P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI, G.B. RATTI, (a cura di), *L'arte della distizione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol.i.p.40; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

³⁸ Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*. Cit. p.

articoli 11 e 117, la limitazione dei principi all'ordinamento positivo dello Stato contenuta nell'art.12, comma 2.

Dunque dalla Costituzione si deve alzare lo sguardo all'ordinamento comunitario e alla CEDU per individuare una regola contestuale, tratta dal confronto fra la fattispecie legale, i principi e la normatività del fatto. In tutto ciò il caso ha un'intrinseca normatività perché indirizza alla ricerca di quegli indici normativi di risposta alla peculiarità ed evoluzione delle circostanze che debbono essere valutate. Insomma il declino della fattispecie legale astratta evoca un discorso del giurista basato "su un'argomentazione attendibile e convincente"³⁹ che vada oltre l'analisi letterale del testo con un procedere rigoroso che *positivizzi i principi* e si ponga il problema di convincere e persuadere⁴⁰. Per un motivo chiaro

La "giustificazione" di una decisione o di un'opinione non può che essere tratta "dal sistema del diritto positivo". I principi vanno dogmatizzati ossia "messi fuori discussione, stabilizzandoli dopo che su di essi si è formata, attraverso la prassi un accordo intersoggettivo che ne assicuri la razionalità mediante una corretta concettualizzazione che ne assicuri la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico"⁴¹.

L'esempio di alcune decisioni simbolo aiuta a comprendere tutto ciò.

Il caso *Englaro*⁴², il caso *Cir Fininvest*⁴³ e il caso del suicidio assistito⁴⁴ sono esempi di una coerente capacità di argomentare in modo rigoroso con il richiamo di tutti gli indici della giuridicità da applicare al caso da regolare e la capacità di trarre da quei segni semantici una decisione motivata e

³⁹ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, op. cit. p. 94, e S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in Riv.trim.dir.proc.civ.,2011,pp.1033 ss.

⁴⁰ È questa l'ultima grande lezione di G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., p. 160 ss.

⁴¹ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, p. VII e il richiamo in G. VETTORI, *Effettività fra Legge e Diritto*, cit. p. 291 ss.

⁴² Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, rel. A. Giusti, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025. Sulla decisione si veda, *inter alia*, il dialogo tra G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 371 e F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *ivi*, 2011, I, p. 153.

⁴³ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, rel. G. Travaglini, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121 e su cui D. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *questa rivista*, 2013, e, *ivi*, G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, p. 279.

⁴⁴ Corte cost., 242/ 2019, cit. In argomento, A. GORGONI, *L'aiuto al suicidio tra vita, autodeterminazione, integrità e dignità del malato*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1053.

corretta capace di esercitare compiutamente il compito della giurisdizione nella difesa di prerogative essenziali della vita personale e patrimoniale dei cittadini.

Questa *responsabilità ermeneutica*⁴⁵ è espressione di un preciso dovere per chi giudica o interpreta: evitare la semplificazione e usare in modo corretto i principi. Chi si sottrae a questo compito aiuta solo chi vuole sminuire il loro ruolo e la loro essenziale funzione.

Credo che ciò si chiami *ricerca della verità* che nasce dal basso e si impone in ogni problema di vita per tutelare libertà ed eguaglianza ma anche per contrastare la superficialità e talvolta la negligenza dell'interprete, giudiziale o sapienziale. La storia da millenni ci insegna questo nel bene e nel male.

Il civilista ha un compito fondamentale nella tutela di questi valori senza privilegiare assoluti o indulgere in reciproche condanne, ma alla ricerca di una *verità polifonica*⁴⁶ agevolata da una teoria degli opposti come "sintesi di una tensione feconda", di una "prospettiva dialogante" capace di superare la dinamica del conflitto amico-nemico e la "crisi della uniformità totalizzante dell'era della globalizzazione e dei particolarismi"⁴⁷. Ciò che occorre è un modello di pensiero antinomico che tenga uniti gli opposti impedendo la reciproca delegittimazione. Non solo.

Si deve rifiutare anche il più pericoloso estremismo, ossia l'estremismo di centro che vanifica qualsiasi messaggio. Perché fra Legge e Diritto "non c'è nessun terzo ordine, ma solo la sintesi dei primi due"⁴⁸, difficile da realizzare perché occorre una sapienza incarnata "da una contemplazione che si fa attraverso la storia e in base al tempo"⁴⁹.

⁴⁵ F. PEDRINI, *Colloquio*, cit. p. 265: "Su quali ali il giurista di oggi può contare? Non è *creatore* del diritto (nemmeno il legislatore lo è); è più semplicemente interprete/inventore. La sua virtù maggiore sarà, come sempre, la *prudenzia*."

⁴⁶ R. GUARDINI, *L'opposizione polare. Tentativi per una filosofia del concreto -vivente*, in *Scritti di metodologia filosofica*, in *Opera omnia*, vol. I, Brescia, 2007 e in particolare M. BORGHESI, *Romano Guardini. Antinomia della vita e conoscenza affettiva*, Milano, 2018, p.10.

⁴⁷ M. BORGHESI, *Romano Guardini. Antinomia della vita e conoscenza affettiva*, cit.p.16.

⁴⁸ R. GUARDINI, *Lettere a Josef Weiger 1908-1962*, in *Opera omnia*, cit. p. 236, citato da M. BORGHESI, *Romano Guardini*, cit. p. 43 ove si osserva che Guardini allude agli opposti "trascendentali". "La polarità in questione è quella che caratterizza l'unità nella differenza cioè la forma logico-psicologica che regola l'associazione polare". Nel testo si utilizza questa intuizione per il legame fra Legge e Diritto.

⁴⁹ J.M. BERGOGLIO, *Evangelizzazione della cultura e inculturazione del vangelo*, Relazione ad un convegno del settembre, 2015, pubblicata in *Civiltà cattolica*, nel novembre 2015, ove si teorizza l'incontro tra fede e cultura in un processo sapienziale che non teme il conflitto e implica parresia creativa

Il Libro di Paolo Grossi coniuga sapere e sapore ed è una preziosa testimonianza di tutto ciò.

che “non resta avviluppata da alcun estremismo”, ma è capace di mediare come momento dell’atto conoscitivo.

