

PAOLO GROSSI

LA *INVENZIONE* DEL DIRITTO: A PROPOSITO DELLA FUNZIONE DEI GIUDICI

1 – Premessa gratulatoria; 2 – L'*invenzione* del diritto tra moderno e pos-moderno; 3 – La Costituzione repubblicana quale modello di *invenzione*; 4 – La Corte Costituzionale e la sua funzione *inventiva*; 5 – Il pluralismo giuridico quale segno del nostro tempo pos-moderno; 6 – Pluralismo giuridico pos-moderno e nuovi canoni interpretativi: il ruolo dell'interprete; 7 – Sui caratteri della odierna interpretazione; 8 – Tre domande inquietanti sul giudice e sulle sue sentenze *creative*; 9 – Su alcune odierne germinazioni giurisprudenziali; 10 – Sulla 'rischiosa' discrezionalità del giudice contemporaneo; 11 – A mo'di conclusione: sulla interpretazione conforme a Costituzione.

1 – Il ringraziamento al Presidente della 'Scuola Superiore della Magistratura' per l'invito a tenere la lezione inaugurale dei corsi di formazione per l'anno 2017 è, questa volta, assolutamente doveroso, perché di autentico onore si tratta; è, infatti, assai onorevole per me poter offrire con questa lezione ai giovani magistrati un piccolo contributo a una maggior consapevolezza del ruolo rilevantissimo che, come si dirà tra breve, i giudici hanno oggi e vieppiù avranno domani.

2 – Posso immaginare che il titolo prescelto appaia – di primo acchito – decisamente bizzarro. E non si avrebbe torto, se gli si dà il significato che 'invenzione' ha nel linguaggio corrente: un artificio, o, addirittura, la falsazione di un fatto reale. Tutto cambia se la si coglie come un latinismo, dandole il contenuto che, appunto nella lingua latina, hanno il verbo 'invenire' e il sostantivo 'inventio', ossia un cercare per trovar qualcosa, un *reperire* come si afferma in una recentissima sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione (che menzioneremo alla fine)¹.

Aggiungendo prontamente che il diritto si propone come oggetto di 'invenzione' durante tutto il lungo periodo formativo dell'antico diritto romano, durante l'intera esperienza giuridica medievale, e ieri ed oggi nella visione del *common law*. Cioè in ordinamenti alieni dal concepire il 'giuridico' intrinsecamente vincolato al potere politico ed espressione di questo, alieni da una visione autoritaria (perché meramente potestativa) che lo collega a un comando piombante dall'alto sulla società chiamata unicamente all'obbedienza. In ordinamenti così contrassegnati è, invece, chiaro il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità e, quindi, il suo carattere di tessuto ordinante di quella, realizzandosi in una articolazione pluralistica che coglie, come protagonisti, accanto al legislatore, i giuristi, coloro che fanno di diritto, che sono esperti di un sapere specifico e anche tecnicissimo, soprattutto gli uomini di dottrina nel vecchio diritto romano e nello *ius commune* medievale, soprattutto i giudici nella esperienza del *common law*². Tutti, ovviamente, impegnati in una attività di *invenzione*.

Dove, invece, una siffatta concezione viene nettamente rifiutata è nella modernità giuridica così come si mostra appieno dopo l'inchiodamento voluto e definito nella fase giacobina della rivoluzione

¹ Cfr. a p.

² Per una visione sintetica di questo alternarsi di fasi storiche profondamente diversificate nella concezione e attuazione del diritto, mi sia consentito di rinviare al disegno che ho tentato di darne: P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma/Bari, 2007 (nuova edizione: Biblioteca Universale, 2016).

francese. La visione, qui meramente potestativa, autoritaria (sia pure formalmente legittimata), del diritto provoca un imperante statalismo, che genera un altrettanto imperante legalismo: il diritto, ritenuto strumento indispensabile per l'efficace esercizio del potere supremo, è e si propone come mera *creazione* dello Stato³.

Perché ci sia un ritorno al suo carattere *inventivo*, occorrerà attendere che la civiltà giuridica borghese e il suo apparato economicamente oligarchico cédano a un pluralismo sociale e politico pieno ed effettivo e che si incrinino quello Stato moderno – cosiddetto di diritto⁴ - che essa aveva costruito a suo presidio; il che avverrà nel corso di un secolo, il Novecento, che merita per ciò stesso la qualificazione di pos-moderno⁵: ci si allontana sempre di più dalle certezze, dalle mitologie, dalle dogmatiche abilmente elaborate e fissate nella scia di lontani catechismi illuministici e di più ravvicinate consolidazioni giacobine⁶.

In questo complesso itinerario – che è, nel quadro europeo, come dicevamo, sociale, economico, politico e poi anche giuridico – incide in modo rilevante e imprime una caratterizzazione forte il nuovo costituzionalismo democratico inaugurato a Weimar nel 1919 e di cui è espressione fedele la 'carta' italiana del 1948⁷. Limitandoci, per quel che serve alla presente lezione, alle vicende di casa nostra, occorre ribadire con decisione che, per la intiera storia del diritto in Italia, la Costituzione repubblicana segna un prima e un poi, scavando un fossato di profonda discontinuità. Vale, infatti, la pena di ribadire, soprattutto agli attuali cantori e laudatori del vecchio 'Stato di diritto' prefascista, che il nuovo Stato costituzionale inaugurato nel rinnovamento democratico del secondo dopoguerra si propone discontinuo rispetto all'assetto politico-sociale precedente, costruendo su fondazioni nuove una essenzialmente diversa struttura politica e un essenzialmente diverso ordinamento giuridico.

Il guaio è che la stragrande maggioranza di quei personaggi culturalmente pigri che sono nel pianeta di *civil law* i giuristi non si è accorta, o non si è voluta accorgere, del germinare di eventi nuovi, ha persistito a cogliere la linea tra passato e presente quasi fosse un *continuum*, paga soltanto di riallacciare l'oggi al passato prefascista; e la Costituzione assume, di fronte a quegli occhi, quasi la forma di una nuvola galleggiante ben alta, assai distante, sulla esperienza quotidiana. Ciò non solo nei civilisti, compiaciuti di

³ Qui è corretto l'uso del verbo *creare*, che sarebbe assolutamente indebito adottare come qualificazione del diritto nell'antico diritto romano, nello *ius commune* medievale e nel *common law* di ieri e di oggi. Per la caratterizzazione decisamente autoritaria del diritto moderno mi permetto di rinviare al volume citato alla nota precedente.

⁴ Usiamo questa qualificazione assai riduttiva, perché, nella sostanza, si tratta pur sempre di uno Stato che si auto-limita; il che attenua soltanto una visione che resta grevemente statalistica.

⁵ Può essere utile leggere una mia recente riflessione in proposito. Cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma/Bari, 2012, soprattutto il primo saggio: *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*.

⁶ Durante il Settecento si devono cogliere in rapporto di consequenzialità la possente riflessione illuministica sviluppata sul continente, particolarmente in Francia e in Germania (ma con ramificazioni ovunque nell'Europa occidentale), e la rivoluzione francese nelle sue varie fasi ma particolarmente in quella giacobina che ne raccoglie pienamente il messaggio in favore di un despotismo illuminato trasformantesi a livello giuridico in statalismo e legalismo. Sul Settecento come fucina di mitologie giuridiche e, quindi, di dogmatiche ho espressamente dedicato una riflessione parecchi anni or sono: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007 (IIIa ed, accresciuta).

⁷ Sulle novità profonde del costituzionalismo democratico del Novecento, si veda, da ultimo: P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma/Bari, 2017.

maneggiare un sapere astratto⁸, ma anche in cultori prestigiosi dello stesso diritto pubblico positivo: chi apre il 'Corso di diritto amministrativo' di Guido Zanobini, anche in edizioni assai posteriori al 1948, può leggere la sconcertante ammissione, che suona quasi come un ammonimento per il giovane discente: la carta costituzionale "nel diritto amministrativo ha una importanza soltanto remota"⁹. E dire che la scrive un maestro ammirato della scienza giuridica, tradito probabilmente dal suo atteggiamento fortemente sistematico, che gli faceva mettere a fuoco il diritto positivo in una sua corazza statica, immune dall'inquinamento di valori, interessi, fatti.

3 – Guardando da giuristi a quello straordinario tempo di novazioni molteplici che risanò alle radici, negli anni pos-bellici, il nostro assetto socio-politico, non si può non contemplare un paesaggio giuridico letteralmente stravolto.

La Costituzione, infatti, lungi dal galleggiare senza incidenze dirette, attua una penetrante rivoluzione culturale anche sul piano giuridico, esprimendo – rispetto al passato – una visione invertita della genesi del diritto e, conseguentemente, un mutamento di fondo nel puntualizzarne l'essenza.

Essa, per la prima volta nella storia dell'Italia moderna, dà volto a una società plurale, autenticamente plurale. Tutta la complessità del 'sociale' è registrata fedelmente, cui alfine corrisponde una coerente complessità giuridica¹⁰. Se questo è potuto avvenire, è perché cambia il quadro di osservazione grazie al quale disegnare la configurazione del diritto. I Padri Costituenti, infatti, nei due anni fertili del'46 e del'47, guardano dal basso, dal substrato radicale della civiltà italiana laddove non era penetrato il veleno inquinante della barbarie fascista, e lì, soltanto lì, leggono e decifrano valori diffusamente condivisi¹¹. La nostra Costituzione diventa così quasi un modello di quella *invenzione* che è nel titolo della lezione, incarnando la concretizzazione di un *reperimento*.

Con questa necessaria precisazione: i centotrentanove articoli, dei quali si compone il testo della 'carta', sono senza alcun dubbio una cospicua manifestazione della dimensione costituzionale della Repubblica, senza dubbio quella che premeva ai *Patres* per fissare alcuni pilastri basilari della convivenza.

⁸ Occorrerà attendere gli anni Sessanta, perché civilisti dallo sguardo aguzzo comincino a proporci una rilettura del Codice Civile del 1942 alla luce delle novità di cui era portatore il testo costituzionale. Penso ad alcune 'voci' redatte da Rosario Nicolò per la 'Enciclopedia del diritto' (*Codice Civile*, 1960; *Diritto Civile*, 1964); penso ad un esemplare saggio di Pietro Rescigno del 1968 (*Per una rilettura del Codice Civile*) e penso, in quello stesso 1968, alla coraggiosa prolusione maceratese di Stefano Rodotà (*Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*).

⁹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, *Principi generali*, Giuffrè, Milano, 1954.

¹⁰ E' stato questo l'oggetto della lezione inaugurale per l'anno accademico 2016/2017 della Università 'Sapienza' di Roma. Cfr. P. G., *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in *Nuova Antologia*, CLII (2017), fasc. gennaio/marzo, p. 18 ss..

¹¹ Cfr. P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), ora in P. G., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma/Bari, 2017.

Chi ama ridurre il diritto a una geometria avrà sicuramente un moto di rigetto e, forse, addirittura di ripugnanza per una conclusione che geometrica non è e non può essere, che sembra soffrire, insomma, di elasticità e di vaghezza; di elasticità certamente, ma non di vaghezza.

Si elasticità, che rispecchia il carattere dinamico di ogni Costituzione, perché i valori, che pure rifuggono dall'episodico e dal labile, nascono e si affermano per gli uomini, e gli uomini vivono nella storia (la plasmano e ne sono plasmati), e la storia *diviene*, si muove, anche se spesso il movimento (pur ineliminabile) si percepisce solo nella lunga durata, lentissimamente, assomigliando al cammino dei ghiacciai della natura fisica, impercettibile ma oh quanto incisivo sulla realtà da essi attraversata.

Vaghezza no, perché è netto e nitidamente precisato il nucleo valoriale, irradiante ed espansivo (punto su cui insisteva il rimpianto amico Paolo Barile) ma serrato nel suo messaggio essenziale: garantire a ogni persona – anche a quella socialmente ed economicamente ultima – la salvaguardia della sua dignità.

Questo è il nucleo valoriale che sorregge la dimensione costituzionale della Repubblica e di cui la 'carta' è soltanto una manifestazione facilmente accostabile, leggibilissima com'è nel suo linguaggio piano e semplice¹². Ecco i suoi punti fermi agevolmente individuabili: primato storico e logico della persona umana rispetto allo Stato e, come affermavamo più sopra, esigenza insopprimibile di garantire il rispetto assoluto della sua dignità nonché delle libertà che – sole – possono salvaguardarla appieno; concezione della persona come creatura relazionale immersa in rapporti sociali orientati e ordinati da un saldo principio di solidarietà.

Dunque, una dimensione costituzionale complessa. Se mi è permessa l'immagine, a due strati; e mi sentirei anch'io di parlare di un testo quale superficie affiorante di una sorta di continente sommerso, che si presenta alla nostra percezione quale latente ma viva e determinante *costituzione materiale*. Se non lo faccio è per evitare rischiosi equivoci, avendo quest'ultimo sintagma ricevuto da un prestigioso costituzionalista, Costantino Mortati, un contenuto (tutto sommato) anchilosante nella sua riduzione alle forze politiche dominanti. Sono, infatti, convintissimo che si tratta di un ampio anche se non indefinito strato valoriale dove, al di là di un aspetto politico, conta quello etico e sociale.

4 – E' una sorta di scrigno prezioso fatto anche di principii inespressi, che hanno solo bisogno di un interprete che li tragga dallo strato latente, trasformandoli in strumenti corroborativi della vita delle persone nelle vicende della loro esistenza quotidiana. Nella Repubblica, fortunatamente per il cittadino italiano, questo interprete c'è, ed è la Corte Costituzionale prevista nella sua funzione di supremo organo di garanzia.

L'anno passato, 2016, la Corte ha festeggiato il suo sessantennio di ininterrotta attività, e ha voluto solennizzarlo senza celebrazioni apologetiche ma operando una concreta verifica: come, in questo lungo trascorrere di tempo, essa abbia corrisposto al proprio compito. A questo scopo sono stati chiamati prestigiosi giuristi italiani peritissimi nelle più disparate branche dell'ordine giuridico, i quali hanno fornito

¹² Qui intendo esprimere il mio frontale dissenso con quanti, in tempi ormai lontani, sostenevano che il linguaggio adottato dai costituenti fosse troppo culto e anche sofisticato.

su un piano rigorosamente scientifico documentate risposte all'interno di un Convegno svoltosi a Roma il 19 e il 20 maggio del 2016. Oggi, il tutto è ben raccolto in un ampio volume fresco di stampa¹³.

Il risultato è nitido: la Corte, avendo piena coscienza della storicità e dinamicità della dimensione costituzionale, affondando lo sguardo nel sostrato valoriale inespresso, ha reso più efficace la salvaguardia del cittadino, identificando nuovi diritti fondamentali e fornendo ad essi adeguata tutela. Cospicuo è stato questo arricchimento, né vale la pena di enumerare partitamente i suoi interventi. Mi limito a un solo esempio, sicuramente uno dei più rilevanti: il diritto alla tutela dell'ambiente. Ambiente: una armonia fra azione umana (civilizzatrice o distruttrice che sia) e realtà fenomenica, ma termine di cui non è traccia nel testo originario della nostra 'carta'. Sarà esso il frutto – dapprima – di provvide intuizioni del legislatore ordinario e, successivamente, di un martellare decisorio della Corte, fino a una cittadinanza piena nella riforma costituzionale del 2001. Se questo diritto fondamentale – oggi, forse, il più avvertito nel disastro ecologico al quale stiamo assistendo – appartiene in modo indiscusso al presidio della persona, lo si deve al disseppellimento dalla dimensione costituzionale sommersa effettuato congiuntamente dalle forze sopra menzionate.

Quello che preme affermare qui risolutamente è che questi principi costituzionali espressi e inespressi non sono delle vaghe decorazioni o, tutt'al più, delle proposizioni nobilissime di indole filosofico-politica. Al contrario, ci troviamo di fronte a principii che sono *ab origine* intrinsecamente giuridici e, pertanto, direttamente applicabili da parte del giudice¹⁴. E' un insegnamento che la Corte ha ribadito anche recentemente in due ordinanze del 2013. Si trattava di una fattispecie in cui si discorreva di una caparra tanto eccessiva da apparire fortemente iniqua e perciò lesiva del principio di solidarietà previsto nell'articolo 2 della Costituzione. Il relatore, il giudice Mario Morelli, con una adesione larga del collegio (cui convintamente apparteneva anche la mia), insisté (e risulta dalla decisione) sulla "rilevabilità *ex officio* della nullità... per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost"¹⁵. Questo articolo, portatore di una cornice amplissima, è colto nella sua forza, tanto straordinariamente dinamica, quanto intrinsecamente giuridica.

5 – Penso che le riflessioni precedenti sulla dimensione costituzionale nel costituzionalismo democratico del Novecento europeo siano valse a convincere che il trapasso fra lo Stato di diritto coniato dalla rivoluzione francese e fatto proprio dalla civiltà borghese (diciamo, pure, con tranquillità, dall'elitarismo economico borghese) e lo Stato costituzionale novecentesco sia sostanziosissimo, proprio perché una vera rivoluzione culturale è intercorsa, come si accennava più sopra, a creare un profondo solco di discontinuità: "il primo era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della

¹³ *Per i sessanta anni della Corte Costituzionale* – Convegno scientifico, 19-20 maggio 2016, Giuffrè, Milano, 2017.

¹⁴ Sul punto sono tornato ultimamente. Cfr. P. GROSSI, *Presentazione* al volume: *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Giuffrè, Milano, 2017, p. XIII.

¹⁵ Nelle due ordinanze (la n. 248 del 2013 e la n. 77 del 2014) la Corte non aveva mancato di rilevare che il Tribunale rimettente "non aveva tenuto conto dei possibili margini d'intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevabilità *ex officio* della nullità...della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*".

legge...;saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione amministrativa o giurisdizionale...Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l'avvento dello Stato costituzionale di diritto. Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più limitata delle antinomie. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (postulata dallo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (postulata dal legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale"¹⁶.

Ho trascritto parole non mie, ma che avrei potuto scrivere io. Le ha scritte egregiamente Massimo Luciani, uno studioso cui mi lega un rapporto amichevole e un vincolo di sincera stima, anche se il nostro approccio alla dimensione costituzionale e, prima ancora, alla dimensione giuridica è segnato da diversità di non poco momento. Una riguarda proprio la conclusione da trarre dalla opposizione tra Stato di diritto liberal-borghese e Stato costituzionale democratico, che è recisa anche nelle parole di Luciani. Anzi, debbo ammettere che sono grato all'amico legalista per avere generosamente fornito alcune frecce appuntite per il mio arco pluralistico.

La mia conclusione, dopo tutto quello che si è prima detto, è scontata. Oggi, secondo me, abbiamo il dovere di constatare che lo Stato non esaurisce la giuridicità e che siamo di fronte a una – fino a ieri inimmaginabile – pluralizzazione delle fonti di diritto; di più: a una loro de-tipicizzazione. Basterebbe, a questo scopo, dare uno sguardo a quanto avviene nel laboratorio giuridico dell'Unione europea e, in modo ancora più vistoso, nella officina giuridica globale - o nella cosiddetta *lex mercatoria* – dove operatori economici si danno alla frenetica *invenzione* di strutture nuove e novissime più adeguate a ordinare e disciplinare il magma ribollente dei nuovi fatti economici di questa fase del capitalismo.

Purtroppo, la maggioranza dei giuristi di *civil law* non ha ancora preso coscienza di questa svolta massiccia, o, peggio, è tuttora dominata da un insensato meccanismo psicologico di *rimozione*. Eppure, sono evidenti le mutazioni rapidissime e intense a livello sociale, economico, tecnico. Eppure, è evidente l'incapacità del legislatore e il crescere di vuoti normativi, che non possono essere dei vuoti giuridici perché se il nomoteta tace, sarà l'ordine giuridico a provvedervi in qualche modo spontaneamente.

In Italia si è verificato questo evento straordinario ed eloquente: lo stesso legislatore - a partire dagli anni Novanta, ossia dalla prima legge sul procedimento amministrativo – ha preso coscienza della inanità di una normazione volta a disciplinare dettagliatissimamente una certa materia (come un tempo, presuntuosamente, il legislatore e il codificatore erano soliti fare), inanità provocata dalla estrema mutevolezza socio-economica e tecnica; con la conseguenza di una scelta innovativa, un legiferar per principii, un offrire autorevolmente una cornice di principii, lasciando agli 'interpreti-applicatori' ulteriori precisazioni. Rilevante esempio di queste scelte è lo stesso 'Codice del processo amministrativo' varato nel 2010, assai distante dall'idea tradizionale di un Codice composto di una miriade di articoli e più simile a una semplice consolidazione.

¹⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 462.

6 – L’atteggiamento dello stesso legislatore in Italia può apparire come la presa d’atto d’una svolta non più dilazionabile, una svolta che è nell’aria e che investe l’ordine giuridico in tutte le sue nervature: il ruolo crescente dell’interprete, lo spostamento dell’asse portante dell’ordinamento dal legislatore all’interprete, il coinvolgimento di questo nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto, processo che manifesta sempre più un carattere *inventivo*.

Tutto ciò, che è frutto di un groppo di concause che si congiungono nel nostro tempo storico e che abbiamo cercato di puntualizzare poco sopra, trova un avallo e una poderosa agevolazione in acquisizioni epistemologicamente più raffinate, che, dapprima sul terreno filosofico, indi su quello della teorizzazione giuridica, si affacciano nell’immediato ieri sul controverso tema-problema della funzione dell’interprete e sul rapporto interpretazione/testo.

Problema soffocato durante la modernità, che lo aveva riportato a un tema certo e indiscusso: la riduzione della interpretazione a esegesi, ossia a un dipanamento meramente logico-deduttivo (e, quindi, passivo) della volontà racchiusa nel testo. Problema che, invece, la pos-modernità risolve sulla scia delle innovazioni metodologiche della riflessione ermeneutica e, soprattutto, di un filosofo, Hans Georg Gadamer, che aveva raggiunto le proprie conclusioni assumendo a stimolo e modello l’interpretazione giuridica¹⁷.

Per quel che serve alla presente lezione, ci basta mettere a fuoco alcuni enunciati, che la revisione ermeneutica, proposta da Gadamer e accolta in alcuni filoni coraggiosi della scienza giuridica italiana e tedesca, ritiene di dover acquisire per fondare più solidamente il proprio approccio metodologico. Ne elenco qui quattro: il testo non è una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo con l’interpretazione; l’interpretazione togliendo generalità e astrattezza alla norma, la immerge nel concreto, la rende diritto vivo in immediata comunicazione con la attualità (quella attualità a cui appartiene l’interprete); l’interpretazione è intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (necessariamente estraniato dal divenire) e la attualità dell’interprete; consequenziale protagonismo dell’interprete quale attore primario grazie alla sua operosità intermediativa.

All’interno del novero degli interpreti – fra i quali (l’interpretazione autentica a parte) non esito a dare un posto di rilievo allo stesso legislatore, accanto a scienziati notai avvocati – un posto primario spetta oggi, senza alcun dubbio, al giudice. Precisando, però, chiaramente: giudice ordinario, e aggiungendo anche: giudice civile; mentre una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale, essendo la materia ‘penale’ in stretta connessione con la sicurezza pubblica e conservando qui una peculiare rilevanza la riserva di legge (sulla quale, peraltro, si innestano le attuali riflessioni critiche di penalisti osservatori vigili della realtà presente, come Fiandaca, Palazzo, Donini).

7 – E’, a questo punto, necessario inoltrarsi di più sui caratteri di questa interpretazione nelle mani del giudice civile. E diciamo subito: l’esegesi non si addice più oggi a questo giudice, o, meglio, non può costituire il cuore del suo procedimento interpretativo; perché a lui non si addice più il sillogismo. Questo procedimento rigidamente deduttivo, che sembra fatto apposta per vanificare la volontà personale di chi lo usa, si addiceva perfettamente al giudice del vecchio Stato di diritto di marca liberal-borghese. Si addiceva,

¹⁷ Rinvio a quanto – più distesamente – ho precisato in un saggio recentissimo, di cui le presenti pagine devono essere considerate lo sviluppo (cfr. *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXX (2016), p. 1150 ss..

sì, per poter concludere come in una morsa un ordinamento giuridico da *ridurre* (oh, il drastico *riduzionismo* moderno!) a diritto esclusivamente statale e, quindi, esclusivamente legale. Chi è quel giurista che non ricorda le pagine memorabili, pur se piene di sarcasmo e di forzature ridicolizzanti, scritte sul giudice-interprete da tanti illuministi settecenteschi?

Entro il progetto moderno (e la sua conseguente visione del diritto) il giudice doveva adattare il fatto alla norma (una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, cioè – ripetiàmolò – squisitamente logico-deduttivo). Oggi, in questo nostro tempo giuridico pos-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve *comprendere* il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una *invenzione*, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico.

8 – Si impongono almeno tre domande inquietanti. La prima: se così è, allora il giudice *crea* il diritto? Cui segue una seconda: se le sue sentenze sono *creative*, e la divisione dei poteri? E una terza: E l'articolo 101, secondo comma, della Costituzione?

Rispondo dapprima alla seconda domanda. Oggi, se non ci sentiamo di fare nostro il titolo spicciativamente liquidatorio di un brillante saggio del notevole filosofo, politologo, giurista statunitense Bruce Ackerman, “Good-bye, Montesquieu”¹⁸, è certo che quell'assillo separativo, segnato a tinte indelebili e ritenuto qualcosa di sacro e intoccabile, deve essere riletto criticamente alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza; oggi, come – del resto – lo stesso Ackerman suggerisce, bisogna “to rethink Montesquieu’s holy trinity” alla luce di una “reflection on the evolving lessons of experience”¹⁹. Tanto più che quella separazione, da squisitamente garantistica com'era nell'enunciato montesquieviano, si era pian piano risolta durante il corso della modernità in una smodata preminenza del potere legislativo, se non in un monopolio di questo nella produzione del diritto.

Vengo alla terza domanda, concernente il secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”. Io lo leggerei così: la soggezione del giudice *soltanto* alla legge intende salvaguardare la sua autonomia e indipendenza, non esprimere una relazione di tipo gerarchico. E farei una ulteriore considerazione a conferma di una siffatta lettura: se la formula fosse presa alla lettera, essa non sarebbe compatibile con il sistema della giustizia costituzionale incidentale.

Rimane il primo dubbio sul giudice *creatore* di diritto, su sentenze *creative*. Uso, di mala voglia, un sostantivo e un aggettivo che suona spesso sulla bocca di giuristi imperterriti nelle proprie credenze legolatriche. Di mala voglia sì, perché, nella mia visione, il diritto non lo crea, a rigore, nemmeno il legislatore; ovviamente, tanto meno il giudice. Ripetiàmolò a costo di esser monotono: l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la *inventio*, il *reperimento*. E non si creda che io voglia risolvere tutto in un gioco di parole. Si deve semplicemente dare una lettura adeguatrice all'articolo 113 del vigente ‘Codice di procedura civile’, dove, sotto la rubrica ‘Pronuncia secondo diritto’, si dà cittadinanza al vecchio brocardo *iura novit curia*, insegnando: “Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto”.

¹⁸ In *Comparative Administrative Law*, ed. S. Rose-Ackerman/P. L. Lindseth, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2010.

¹⁹ ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, cit., pp. 128 e 129.

Credo che si possa tutti convenire su una prima conclusione: che il diritto cui pensava il legislatore italiano del 1940 si identificava sicuramente nel Codice e nelle leggi speciali, in altre parole nella legge dello Stato, così come fanno le coeve 'Disposizioni preliminari' al Codice Civile. Credo, però, che si dovrebbe tutti convenire anche su una seconda conclusione: che non possiamo trasferire all'oggi quello statalismo asfittico, congeniale all'allora dominante regime autoritario. E questo, perché oggi, nell'odierno Stato costituzionale autenticamente democratico, il diritto ha un contenuto plurale, riacquistando tutta la sua complessità. Ha perduto i riduttivismi anchilosanti della modernità e ha recuperato il suo volto plurimo. Alla frase del Codice "seguire le norme del diritto" non si può assegnare che questo significato: avere – da parte del giudice – la capacità di trovare la disciplina più efficace nel contesto della questione controversa.

9 – Nella giurisprudenza più recente delle Corti supreme ci sono tracce evidenti di questa lettura adeguatrice. Se, anni fa, il Consiglio di Stato ebbe ad offrirci una eloquente constatazione ("il principio *iura novit curia*, che eleva a dovere d'ufficio la ricerca del diritto"²⁰), percezioni nella stessa direzione è dato riscontrare anche nella giurisprudenza della Cassazione.

Significativa ci appare la decisione recentissima, cui si è accennato in esordio di questa lezione, delle Sezioni Unite Civili. Dovendo decidere su una questione concernente un parto anonimo e il diritto del figlio alla conoscenza delle origini - dopo che la Corte costituzionale aveva dichiarato (sentenza 278/2013) la illegittimità costituzionale di una legge mediante una pronuncia additiva di principio, rinviando al legislatore per la necessaria disciplina di dettaglio – le Sezioni Unite sanciscono che questo stallo di attesa "non esonera gli organi costituzionali...dall'applicazione diretta di quel principio, né implica un divieto di *reperimento* [il corsivo è mio] dal sistema delle regole più idonee per la decisione di casi loro sottoposti"²¹.

La stessa Cassazione, sezione Lavoro, materia fra le più magmatiche dell'ordinamento giuridico, sostiene a voce piena che "l'applicazione del principio 'iura novit curia' di cui all'art. 113 CPC, primo comma, fa salva la possibilità per il giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, *ricercando* [corsivo mio] le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame e ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti"²². Sentenza questa, che è soltanto l'ultima di parecchie altre della stessa Sezione Lavoro orientate in modo identico. A queste si potrebbero aggiungere significative sentenze della Sezione Tributaria²³

10 – Conviene, però, affrontare una preoccupazione, latente o espressa, ma certamente assai diffusa tra la maggioranza dei giuristi. Il carattere *inventivo* del giudice/interprete disturba i *laudatores*

²⁰ Consiglio di Stato, sez. II, 2007, n. 818/05.

²¹ Cassazione – Sezioni Unite Civili, 1946/17, rel. Alberto Giusti.

²² Cassazione – Sezione lavoro, 6042/14, rel. Irene Tricomi.

²³ Assai significativa la n. 4685 del 23 marzo 2012, nella quale si insegna che "per 'incertezza normativa tributaria'...deve intendersi la situazione giuridica oggettiva che si crea nella normazione per effetto dell'azione di *tutti i formanti del diritto* [corsivo mio], tra i quali, in primo luogo, ma non esclusivamente, la produzione normativa". Da segnalare anche la n. 22242 del 30 ottobre 2015.

temporis acti e la sua pericolosa discrezionalità riaffiora come uno spettro sovvertitore di legittimi sonni con la stessa virulenza che aveva duecento anni fa nelle pagine dei già menzionati illuministi settecenteschi (il pensiero va soprattutto a Muratori e ai suoi 'Difetti della giurisprudenza').

E' un impulso, questo, non sufficientemente meditato e motivato. La pretesa *libertà* del giudice appare assai vincolata. Intanto, come ama segnalare il grande giurista israeliano Aharon Barak, che abbiamo avuto il privilegio di ascrivere recentemente alla Accademia Nazionale dei Lincei, i primi limiti gli derivano da due caratteri intrinseci alla sua professionalità e incidenti a fondo sulla sua azione intellettuale, e cioè la imparzialità e la ragionevolezza²⁴. Si possono aggiungere alcune considerazioni elementari: la sua attività si svolge dietro uno stimolo di parte e nel rispetto del contraddittorio; i suoi provvedimenti debbono essere motivati e, quindi, sottoposti al controllo degli organi di impugnazione e anche dell'opinione pubblica²⁵.

Aggiungerei una constatazione altrettanto elementare, ma decisiva: si ha timore dei principii inespressi (verso i quali non nutriva alcuna apprensione un grande penalista come Giuliano Vassalli²⁶), ma non si riflette abbastanza che non si tratta di una realtà magmatica confusa e indecifrabile. Come si è notato più sopra, si ragiona, al contrario, di un complesso assiologico ben definito, ossia di quella piattaforma valoriale che rappresenta la fondazione concreta, ossia etica e storica, della dimensione costituzionale manifestata testualmente dalla 'carta' del 1948.

11 – Voglio chiudere accennando a un ispessirsi del ruolo del giudice comune (ossia senza restringere ciò al solo giudice civile), che si è verificato dagli anni Novanta ad oggi. Mi riferisco al diffondersi di un nuovo canone interpretativo che suole puntualizzarsi nel sintagma: interpretazione conforme a Costituzione.

E' un canone che trova la sua elaborazione nella fertile officina della stessa Corte Costituzionale, traendo origine – se non vado errato – in quel 1994 quando lo individuò per primo un lungimirante giudice costituzionale, Renato Granata²⁷. Si tratta di un sostanziale allargamento del novero dei protagonisti del giudizio di costituzionalità, perché consiste in una investitura per il giudice comune: quella di valutare sulla conformità di una fonte ai valori costituzionali, operando una scelta tra una pluralità di significati e ricercando e privilegiando le possibili ipotesi interpretative che permettano di adeguare la disposizione a una lettura costituzionalmente conforme. In tal modo, è chiaro che si attua il coinvolgimento di lui nell'ingranaggio della giustizia costituzionale, estesa ben al di là dei ristretti confini della Corte.

²⁴ Citazione in N. PICARDI, *La natura del potere del giudice*, in *Ritorno al diritto-I valori della convivenza*, 2 (2005), p. 67.

²⁵ F. ROSELLI, *Sentenze creative?*, in *Ritorno al diritto-I valori della convivenza*, cit., p. 16.

²⁶ E' eloquente il contributo di Vassalli, in quanto penalista, al Convegno organizzato dalla Accademia dei Lincei nel 1991 sul tema dei principii generali del diritto (cfr. G. V., *I principii generali del diritto nell'esperienza penale*, in *I principii generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, 1992 (Atti dei Congressi Lincei, 96), p. 495. Mi ci sono attardato in: P. GROSSI, *Giuliano Vassalli: il giurista*, in *Giuliano Vassalli nel centenario della nascita – Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale - Palazzo della Consulta, 10 dicembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 22/23.

²⁷ Sentenza 443, 12-23 dicembre 1994.

Sono arcinote le discussioni, i dubbii e anche i rifiuti che questa estensione ha suscitato. Io non nutro perplessità in proposito: si deve guardare ad essa come a un fattore positivo per la crescita dell'intero ordinamento giuridico. E ciò per diversi e forti motivi. Innanzi tutto, per quel che ne dice Luciani nella già citata riflessione dedicata al tema (anche se l'egregio studioso non sembra trarne le debite conseguenze), e cioè che "l'interpretar conformemente offre alla Costituzione la possibilità di vivere nella quotidianità dell'ordinamento"²⁸, un motivo che, da solo, varrebbe a conferire una piena giustificazione, giacché mette a fuoco un aspetto fondamentale: pone in azione un formidabile strumento di circolazione dei valori costituzionali. In secondo luogo, perché è un modo di sottolineare la preminenza della Costituzione e l'esigenza che la sua custodia sia estesa direttamente alla vigilanza di ogni giudice. E' altamente apprezzabile e proficuo che ogni giudice sia coinvolto in una crescita valoriale, che è crescita di una intiera civiltà giuridica.

Affermazione questa che mi consente di innestare qui un messaggio finale per i giovani magistrati, destinatarii primi di questa lezione. Oggi, il compito di un giudice è più complesso e, quindi, più difficile di quello del vecchio *iudex sub lege* della modernità. Si tratta, però, di un ruolo rilevantissimo, giacché egli è diventato il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale.

²⁸ LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 461.