

NUMERO 4 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

PAOLO GROSSI

Sulla odierna "incertezza" del diritto



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

Gli Autori di questo fascicolo p.918

PAOLO GROSSI

Sulla odierna "incertezza" del diritto p.921

GUIDO ALPA

I principi generali. Una lettura giusrealistica p.957

ANTONIO JANNARELLI

Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno p.991

CLAUDIO CONSOLO

È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva p.1061

RAFFAELE DI RAIMO

Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati p.1095

FRANCESCO FIMMANÒ

Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività p.1135

MASSIMO RUBINO DE RITIS

Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all'autonomia privata p.1191

Sulla odierna “incertezza” del diritto *

Punto di avvio è la premessa che la certezza del diritto è un principio affermato come verità dogmatica nella civiltà giuridica moderna. Infatti, si tratta di un principio essenziale per questa civiltà, che ha, alla sua base, uno stretto legame fra Stato e produzione giuridica e identifica il diritto nella manifestazione di volontà del potere politico, cioè nella legge. Si tratta, dunque, di certezza della legge, condizione perché si possa pretendere l'obbedienza ai comandi in essa contenuti.

Molto cambia nell'attuale momento storico pos-moderno, quando è venuto meno il protagonismo giuridico dello Stato e quando si è riscoperto il naturale vincolo fra diritto e società, con l'abbandono del monismo giuridico statale e con l'affermazione di un sempre più ampio pluralismo, pluralismo di soggetti produttori e pluralismo di fonti. L'odierno diritto è sempre meno legale ed è affidato in buona parte alla interpretazione giudiziale e dottrinale, mentre a livello globale prassi e consuetudini contano sempre di più.

È uno sviluppo pos-moderno, che si può constatare nel riferimento costante a dei principi, viziati forse di indefinitezza ma anche duttili, elasticamente disponibili a tener dietro al mutamento profondo e rapido di questi ultimi decenni. Se la legge deve essere solo obbedita,

* Il presente scritto costituisce quanto io, sulla scorta di un sommario appunto, espressi oralmente, il 3 ottobre 2014, nella Aula Pessina della Università Fridericiana di Napoli, quale Relazione introduttiva ai lavori del Convegno annuale della “Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo” avente a tema “L'incertezza delle regole”.

il principio deve – al contrario – essere interpretato. Come si accennava più sopra, interpretazione e interpreti trionfano oggi, riproponendo in modo sensibilmente diverso il problema della moderna certezza del diritto.

The starting point is the premise that legal certainty is a principle established as dogmatic truth in the modern legal culture. In fact, it is an essential principle for this civilization, which has, at its base, a close link between the State and legal activity and it identifies the law in the manifestation of the will of the political power; that is, in the laws. It is, therefore, the certainty of the law, the condition that permits us to expect obedience to the commands of it.

A lot is changing in the current historical post-modern moment, where the leadership of the State has lessened and where the natural restriction between law and society has been rediscovered, with the abandonment of the legal monistic State and with the affirmation of an increasingly broad pluralism, pluralism of creators and pluralism of sources. Today's law is increasingly less legal and has been entrusted in large part to judicial and doctrinal interpretation, while on a global level practices and customs matter more and more.

It is a post-modern development, which can be seen in the constant reference to principles, perhaps spoiled by indefiniteness but also ductile, elastically capable of keeping up with rapid and profound change in recent decades. If the law must be obeyed only, the principle should – on the contrary – be interpreted. As mentioned above, interpretation and interpreters triumph today, proposing anew in a different way the problem of modern legal uncertainty.

Sommario: 1. Certezza del diritto, modernità giuridica, assolutismo giuridico. – 2. La certezza del diritto come certezza della legge. L'assillo moderno per la legalità. – 3. Il Novecento giuridico e le sue novità dirompenti. – 4. Il costituzionalismo pos-moderno: principii *versus* legalità. – 5. Principio di ragionevolezza *versus* legalità. – 6. I principii nel laboratorio giuridico/Europa. – 7. Sull'odierno ripensamento delle fonti del diritto. – 8. Centralità dei principii e nuovo ruolo della interpretazione. – 9. Il principio di legalità nella attuale vicenda storica in Italia. – 10. Legalità e certezza nel diritto amministrativo. – 11. Legalità e certezza nel "Codice del processo amministrativo".

1. - Certeza del diritto, modernità giuridica, assolutismo giuridico.

Se dovessi dare un titolo a questa Relazione introduttiva, il più conveniente mi parrebbe essere: “Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto”, segnando bene il vocabolo incertezza tra due virgolette. Anche perché, come vedremo nel corso della Relazione, se c’è una forza caudina di carattere culturale e tecnico di cui dobbiamo sbarazzarci, è la netta antitesi certo/incerto, certezza/incertezza, inculcatici pressantemente e restata nel cuore – più che nell’intelletto razionale – di noi giuristi italiani ¹. Ma cerchiamo di spiegarci meglio.

Ciò che noi siamo soliti chiamare “certezza del diritto” è una “verità” che ci proviene dal seno profondo della modernità giuridica ², una “verità” in cui parecchie generazioni di giuristi – dagli adepti settecenteschi del credo illuministico ai sacerdoti otto/novecenteschi del culto della legge – hanno convintamente creduto, tanto da proporla come una acme di civiltà giuridica, ineguagliabile e, pertanto, insopprimibile.

Avvio le mie considerazioni con quella che può a taluno sembrare una blasfemia: per i giuristi italiani la mala sorte della “certezza del diritto” è stata di aver formato oggetto, nel 1942, anno ancora lacerato da un disastro mondiale, delle riflessioni di levatura altissima da parte di Flavio Lopez de Oñate, un filosofo che, ovviamente, l’ha osservata e sviscerata con l’unico occhiale che gli era proprio, quello filosofico ³. I giuristi, quelli intrisi della tradizione post-illuministica e pos-rivoluzionaria, se ne impossessarono

¹ Una eccellente introduzione al tema-problema della “certezza del diritto” può essere fornita dal saggio – pensatissimo – di Achille DE NITTO: *A proposito di certezza*, in *Il giurista e il diritto-Studi per Federico Spantigati*, Milano, 2010, e dal felice sguardo sintetico offerto da Guido ALPA: *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006.

² Per evitare possibili – e, forse, probabili – fraintendimenti, conviene precisare che, quando qui si parla di modernità giuridica, ci si vuol riferire ai secoli XVIII e XIX, allorché si definisce la realizzazione di una civiltà giuridica improntata a un pervicace statalismo, cui conseguono un rigido legalismo e un altrettanto rigido formalismo. È a cominciare dal secolo XX che tutta questa costruzione politico-giuridica si va sempre più incrinando, dando vita a una esperienza che può chiamarsi pos-moderna in quanto terreno storico dove i valori della modernità subiscono alterazioni profonde e anche accesi rifiuti; ed è l’esperienza che stiamo tuttora vivendo. Mi sia consentito, per maggiori chiarimenti, rinviare a considerazioni da me già svolte in proposito: P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

³ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942 [da leggersi, oggi, nella ristampa del 1968 (Milano), a cura dello storico del diritto Guido Astuti, legato a Lopez da vincoli di stretta amicizia; ristampa dove vengono assai opportunamente ripubblicati anche gli scritti recensori di Calamandrei, Carnelutti, Pio Fedele, dei quali si parla nel prosieguo].

immediatamente, né si rèsero conto (o non lo si volle fare, ma per i più si trattò di una pedissequità inconsapevole) che Lopez disegnava la certezza ben all'interno della sua visione filosofica dominata dall'idealismo attualistico di Gentile; una visione dove il diritto si stagliava automaticamente come volontà costante ⁴ e generale, la quale unicamente nella sua costanza e generalità (ossia anche nella sua certezza) trovava e affermava la propria eticità ⁵.

In questa visione la legge si proponeva in una sua dimensione soprattutto etica, perché considerata quale efficace salvaguardia dagli arbitrii del particolare. Un acuto filosofo del diritto, che ha – di recente – letto simpateticamente le pagine di Lopez ottanta anni dopo la loro pubblicazione (ma anche pacatamente, nella decantazione che il decorso del tempo conferiva loro), ha segnalato (e non lo poteva, certo, negare) l'orientamento attualistico, tentando però di identificarlo nella «aspirazione allo Stato di diritto» ⁶. Così facendo, tuttavia, non mancava di immergere l'enfasi lopeziana per la certezza in quello “Stato di diritto” di conio sette/ottocentesco contrassegnato dal culto della legge e da una visione volontaristica e, conseguentemente, assolutistica del diritto. Lopez, insomma, in grazia delle proprie adesioni all'attualismo gentiliano, dava una legittimazione filosofica al giuspositivismo moderno. Ecco perché parlavo più sopra di mala sorte, almeno dal punto di vista che viene espresso in questa Relazione e che è decisamente critico.

Infatti, furono proprio i tanti pervicaci apologeti del verbo legalistico a cantarne le lodi, primo fra tutti Piero Calamandrei, ancora avvinto (ma per poco ⁷) da un legalismo compattissimo, dimentico anche di quelle leggi

⁴ “*Il diritto come volontà costante*” è il titolo di un noto volume (Padova, 1930) di Alessandro Pekelis, un giovane brillante adepto dell'idealismo attualistico, costretto a lasciare l'Italia – come israelita – dalla barbarie delle leggi razziali del 1938.

⁵ Si legga questa convinzione nitidamente espressa “attualisticamente” da Lopez: «la giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida e astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell'esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specifica eticità del diritto» (F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 161).

⁶ G. ACOCELLA, *Paradigmi della legalità*, in G. ACOCELLA (a cura di), *La legalità ambigua*, Torino, 2013, 69.

⁷ Sull'itinerario intellettuale calamandreiano e sulla palingenesi interiore dell'ultimo Calamandrei, mi sono soffermato recentemente, dando atto al grande giurista di un suo sincero, sofferto, profondo ripensamento – negli ultimi anni di vita – delle vecchie convinzioni

fasciste del '38 formalmente perfette e, ohimè!, assolutamente certe nei loro contenuti aberranti e ripugnanti di indole razzistica.

Si trattava degli estremi riverberi di quella che, per due secoli, era parsa luce orientatrice per ogni giurista. Più sopra, abbiamo scritto “verità”, vocabolo ingombrante, evidenziandolo bene fra due virgolette per trasmettere al lettore la fragile consistenza di un dogma sostanzialmente immotivato e immotivabile; e avremmo potuto scrivere più efficacemente “mito”, ossia una proposizione da credere e rispetto alla quale è indebito un atteggiamento di conoscenza critica.

Sia, infatti, chiaro che la certezza quale principio sommo deve essere colto come strettamente collegato a una civiltà improntata a un fermo assolutismo giuridico, espressione prima e fondamentale di essa, di essa autentica *condicio existendi*; deve essere, insomma, vista come strumentale alla autorità investita del potere di produrre le norme. Essa è un bene, un pregio, una verità solo se la si osserva, come – ohimè! – generalmente si è fatto, dalla parte del titolare del potere, ma perde parecchio di senso se la si guarda sotto il profilo del *quisquis de populo*, del povero cristiano inteso non più come suddito ma come persona meritevole di tutela.

Incantati dai luoghi comuni che ci hanno accompagnato fino al nostro risveglio “costituzionale” dei tardi anni Quaranta, non ci si è resi conto che, per tutto il tempo della modernità, ivi compreso il momento in cui si modella e si realizza il cosiddetto Stato di diritto, il protagonista è costantemente il potere politico, restando al diritto come caratterizzante una dimensione potestativa; e tutta la sbandierata conquista si è ridotta in autolimitazioni dello Stato⁸. È ovvio che, se il diritto è espressione del potere, si ha inevitabilmente la sua *riduzione*⁹ a comando, a un insieme di

legalistiche [cfr. P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei* (2009), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Tomo II, Milano, 2014].

⁸ Implacabile è stata, in proposito, la continua polemica condotta, con ammirevole coerenza, da Giorgio Berti, oggi limpidamente coglibile nei saggi raccolti e pubblicati *post mortem* dagli allievi: *Diritto amministrativo-Memorie e argomenti*, Padova, 2008 [su questo volume offre una guida impareggiabile Enrico Mauro (*A margine dell'ultimo libro di Giorgio Berti*, in E. MAURO, *Studi su Giorgio Berti*, Padova, 2014)]. Severissima la valutazione storico-giuridica di Gustavo Zagrebelsky: «il principio di legalità non era che il compimento della tradizione assolutistica dello Stato» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 25).

⁹ Di vera riduzione si tratta e di un atteggiamento pesantemente riduzionistico, giacché il diritto viene depauperato della sua complessità e della sua vivacità sociale e culturale.

comandi; e se è comando, deve essere ubbidito, ma può esserlo solo se il comando è certo.

2. - La certezza del diritto come certezza della legge. L'assillo moderno per la legalità.

Con la moderna "certezza del diritto" siamo immersi, dunque, ben all'interno di una ampia serie di arnesi mitologici di cui la modernità giuridica è straordinariamente doviziosa ¹⁰.

Il primo è lo Stato quale unico produttore di diritto, al quale consegue, dapprima, il mito della legge quale unica fonte capace di esprimere la volontà generale e, quindi, quello della sua intrinseca giustizia e della indiscutibile infallibilità del legislatore.

Il secondo è che la produzione del diritto ha termine con la promulgazione del testo contenente la volontà del legislatore quale unico produttore, con la relevantissima conseguenza (relevantissima precisamente per costui) che l'attività intellettuale di ogni interprete (e soprattutto del giudice) si riduce (non può non ridursi) nella rigida scansione logica del sillogismo benedetto in tante pagine illuministiche ¹¹. Ecco, chiaramente, in che consiste, essenzialmente, la cosiddetta certezza del diritto.

Quando, nel 1942-43, si ebbe la corallità laudativa per il libro di Lopez fresco di stampa (alterando anche la sua idealistica fisionomia di nuvola filosofica galleggiante al di sopra della terrestrità dell'esperienza giuridica), una voce lucidamente stonata fu quella di Francesco Carnelutti, sonoramente critico verso i suoi maestri e colleghi (tra i quali inseriva espressamente Calamandrei) da lui identificati nei «candidi adoratori della legge, ossia della certezza del diritto» ¹². L'equiparazione carneluttiana può apparire, di primo acchito, indebita, ma coglie invece nel segno. Quel che unicamente importa è la certezza della legge; il diritto – realtà ben più

¹⁰ Convinzione da me espressa parecchi anni fa: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007 (terza edizione accresciuta), dove si raccolgono saggi risalenti agli anni tra il 1998 e il 2006.

¹¹ Esemplare quella di Cesare Beccaria [*Dei delitti e delle pene* (1764), cap. IV: *Interpretazione delle leggi*].

¹² F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto* (1943), ora in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 194.

ampia – non ha nulla a che fare, ed è completamente fuori della strategia mitizzatoria moderna.

Certezza della legge. Ora, si è finalmente usato un vocabolo appropriato. La “verità” – il “dogma”, il “bene supremo” – rivela il suo vero volto: fa parte (vale la pena di ripeterlo) della strategia portante di una civiltà – quella moderna, consolidata a fine Settecento nelle rigidità giacobine della rivoluzione francese – che ha la propria fondazione nel monopolio statale della produzione giuridica e che intende renderlo indiscutibile grazie a un processo mitizzatorio della legge e del legislatore. La certezza che preme è soltanto quella della legge quale manifestazione della volontà del supremo potere politico, perché unicamente di una legge certa, ossia certa nei comandi segnati nel suo testo cartaceo, si può pretendere l’obbedienza.

Il diritto, di cui si parla nel sintagma tralatizio, si riduce, dunque, qui inesorabilmente al contenuto di un comando, a un atto di volontà che deve essere obbedito. Nel cittadino la virtù massima che si pretende è una obbedienza semplice, senza perplessità o discussioni, cui corrisponde da parte del legislatore il dovere della certezza, unico presupposto perché possa scattare il meccanismo di una automatica obbedienza. È per ciò che il diritto moderno nell’Europa continentale non è solo scritto, ma è costretto in testi organici dalla intelaiatura rigorosamente sistematica, i Codici, dettagliati al punto da poter pretendere di esaurire ogni possibile fattispecie. Siamo qui di fronte alle nervature più riposte (ma anche più gelose) del positivismo giuridico moderno, sapientissimo nell’ammantarsi di pretese verità, anche se queste coprivano sostanzialmente la veste più grossolana di apparecchiature patentemente ideologiche. Il che è stato ammesso da positivisti come Bobbio¹³ e Scarpelli¹⁴, non dimentichi di

¹³ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, ora in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 110. Il che non scalfisce la sua positivista persuasione «che la certezza del diritto (...) sia un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto» [come si esprime con decisione nell’aspro commento alla sesta edizione di un fortunato volume di Jerome Frank: N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXVIII (1951), 150].

¹⁴ U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, 1966, 95 ss. e 145.

essere allievi del demitizzatore Solari¹⁵ e sempre ispirati a una esemplare probità intellettuale.

Riassumendo le considerazioni che precedono, emergono nitidi i principali contrassegni della cosiddetta certezza del diritto: fissità di un testo, sua conoscibilità, sua chiarezza. Scopo: la ineludibilità di un diritto identificato e ridotto in un insieme di comandi. La modernità, momento di conquista del potere politico da parte del ceto borghese, momento di pieno liberalismo economico, è però il terreno storico in cui si afferma e prospera un autentico assolutismo giuridico. Strumento principe di una visione assolutistica è il dogma della certezza. Poiché non è in discussione la giustizia dei contenuti della norma (secondo un ammaestramento risalente alla lucida, impietosa diagnosi di Montaigne¹⁶ e ai primordii della modernità), ci si deve arrestare all'inestimabile *bene* della certezza, inestimabile – s'intende – particolarmente per la saldezza del potere costituito. E si capisce facilmente perché l'antitesi certezza/incertezza sia stata presentata in una dialettica intrinsecamente manichea, intensamente manichea, quasi un contrapporre bene e male. Débita conseguenza rispetto a un principio colorito di una accesa valenza etica, come il buon Lopez attualisticamente teneva a precisare e come l'hanno ritenuta in cuor loro i giuristi del gregge positivisticò. Si tratta, però, per l'odierno giurista, di forche caudine delle quali deve al più presto sbarazzarsi (ripetendo ora l'immagine usata all'inizio della Relazione).

Nella assai consapevole recensione carneluttiana a Lopez è segnato, però, *albo lapillo* un problema; anzi, il problema di fondo, e cioè lo «irreducibile

¹⁵ Si deve a Gioele Solari – che, come docente di “Filosofia del diritto” a Torino, ebbe scolari Bobbio e Scarpelli – un forte, consapevole tentativo demitizzatorio delle codificazioni individualistiche sette/ottocentesche [si veda, soprattutto: *Filosofia del diritto privato – I – Individualismo e diritto privato* (1911), rist. Torino, 1959].

¹⁶ È Michel de Montaigne, lucidissimo osservatore di quel tempo nuovo che è la Francia del Cinquecento, a insegnare che sbaglierebbe parecchio chi obbedisse alla legge del Principe per i suoi contenuti di giustizia e non semplicemente perché è legge. Sottolineavo, in una mia lontana lezione pisana, questo spregiudicato approccio del grande *gentilhomme campagnard*, francese (Montaigne era del Perigord, e lì stava il famoso castello avito donde egli, con occhio molto presbite, osservava la società circostante). La mia lezione pisana, intitolata: *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, tenuta il 23 settembre 1998, apparve in una pubblicazione riservata agli studenti, nel 2000, a cura del Servizio Editoriale dell'Università di Pisa. Oggi, è leggibile in: P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 13 ss.

contrasto tra la giustizia e la certezza»¹⁷, eluso – o, peggio ancora, rimosso – dalla vulgata positivista secondo cui (è sempre Carnelutti ad urlarlo) «le leggi sono un modello e non hanno un modello»¹⁸, non possono cioè avere dei parametri esterni cui rapportarsi, provenienti – come sono – da una volontà infallibile¹⁹.

Accanto a Carnelutti e in stretta consonanza con il suo puntare lo sguardo sulla giustizia del comando, un dissenso forte venne, d'altra parte, anche da un canonista partecipe alla discussione sul libro di Lopez, Pio Fedele, il quale non esitò a concludere che «non esiste il principio della certezza del diritto in un ordinamento, come quello canonico», che ha per scopo non la saldezza dell'edificio giuridico della Chiesa Romana, bensì la salvezza dell'uomo quale creatura portatrice di una sua carnalissima vicenda terrena²⁰.

Non v'è, infatti, dubbio che parlar di certezza e arrestarsi qui come se si fosse raggiunto l'appagamento di un bene esaustivo, è come bendarsi gli occhi con il fine preciso di non vedere. Sì, perché significa arrestarsi all'involucro esterno del comando quasi che si trattasse di un vaso vuoto, rifiutandosi di guardar dentro e lasciando così intatte le possibili immondezze in esso racchiuse. Siamo – come si è già detto, ma che conviene ora ripetere – al cuore di un forziere mitologico della modernità giuridica: v'è un sacrario costituito dalla legge, la cui soglia non può essere varcata che dai sacerdoti investiti del potere politico, unico potere deputato – nello Stato cosiddetto liberal/democratico – a maneggiare le cose “sacre”.

3. - Il Novecento giuridico e le sue novità dirompenti.

La certezza del diritto, di cui si è finora discusso, appartiene a quella modernità progressivamente declinante già con l'avvio del Novecento, secolo pos-moderno perché teso a distanziarsi sempre più dai valori (o pretesi tali) individuati, definiti, cementati nella civiltà giuridica sette/

¹⁷ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., 193.

¹⁸ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., 203.

¹⁹ Afferma Carnelutti: «infallibilità dell'atto, che vuol dire, nel nostro campo, infallibilità del legislatore» (*La certezza del diritto*, cit., 204).

²⁰ P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* (1943), in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 222.

ottocentesca ²¹. È, infatti, in esso che procede l'eclisse sempre più penetrante del vecchio Stato di diritto, particolarmente sotto un profilo: si era costruito una muraglia cinese fra società e Stato, fra società e diritto; il "sociale" e il "collettivo", dimensioni rischiose per la loro incontrollabilità, dovevano subire filtrazioni minuziose (in sostanza, condizionamenti e snaturamenti pesanti) per giocare un qualche ruolo nell'universo giuridico, il quale si era ridotto a mera proiezione della volontà di un soggetto totale, lo Stato.

Legalismo e formalismo erano gli unici canali entro cui il diritto poteva scorrere. Società e storia, realtà magmatiche, grazie ad artificiosi ma efficaci meccanismi istituzionali, scorrevano al di fuori senza poter contaminare con il loro contatto inquinante la purezza del diritto ufficiale voluto in alto e dall'alto proposto all'obbedienza di destinatari passivi. Si pretendeva di poterlo scrivere sulla pietra nella presunzione che un Codice fosse valevole per quanto è eterno il mondo. E i giuristi, soprattutto i civilisti, si inebriarono di astrattezze e purezze, orgogliosi di dar mano a una scienza pura, meta/storica, e, in quanto tale, liberata da ogni pesantezza carnale. Per tutta questa costruzione, artificiosa e ingegnosa insieme, fu sventura l'incontro con le turbolenze di cui era portatore il nuovo secolo.

La società rivendicava, ormai, il suo protagonismo, e il paesaggio socio-politico – da semplicissimo che era ²² – si faceva sempre più complesso; alla egemone classe borghese si contrapponeva un inquieto "quarto stato" con le sue rivendicazioni e soprattutto con la coscienza tutta nuova che unicamente attraverso formazioni collettive quelle rivendicazioni sarebbero state in grado di avere risposte.

Sul piano politico, la prima guerra mondiale, con il colossale impegno bellico a cui l'apparato potestativo dello Stato si trovò sottoposto, fu l'evento provocatore di una legislazione eccezionale che, per la prima

²¹ Ho tentato qualche chiarimento in: *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (2011), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, cit.

²² Non dimentichiamo che la modernità giuridica è la rappresentazione fedele di una società rigidamente elitaria, rigidamente mono-classe, tutelatrice degli interessi del ceto borghese arrivato finalmente a gestire il potere politico grazie al rivolgimento rivoluzionario di fine Settecento. Dòmina un liberalismo economico, che si traduce in un acceso individualismo giuridico. E il paesaggio giuridico è semplicizzato, perché ha due soli protagonisti, ossia il macro-soggetto Stato e il micro-soggetto individuo, ovviamente abbiente.

volta, smentiva a livello ufficiale le astrattezze dei Codici borghesi, costretta com'era a prendere di petto i fatti sociali ed economici in tutta la loro fangosità²³.

Sul piano della scienza giuridica lo specifico compito di una revisione dell'imperante e indiscusso normativismo formalistico se lo assunse un lungimirante cultore italiano del diritto pubblico, quando con voce sonora insegnò che la sostanza prima del diritto consisteva nell'essere ordinamento della società; e poiché parlare di ordinamento e non più di comando significava capovolgere l'angolo di osservazione, cogliere il diritto dal basso, dal punto di vista della società chiamata a ordinarsi e non solo nei palazzi alti del potere da cui promanavano i comandi, si trattava di un recupero formidabile della dimensione complessa della giuridicità, immersa nel divenire socio-economico e di esso specchio fedele²⁴.

Cominciava a prender forza – e forza dirompente – una revisione fondamentale: si stava, lentamente ma progressivamente e sempre più incisivamente, provvedendo a mettere da parte la concezione stantia del diritto come realtà statica, perfettamente definita nella sua astrattezza formale e, quindi, nella sua immobilità, per fare posto a una visione dinamica, coerente al movimento e mutamento così vivaci nel secolo nuovo. L'obbiettivo era quello di evitare gli scollamenti tra forma e sostanza, tra ufficialità e prassi, che erano chiaramente visibili nella società italiana in piena trasformazione, scollamenti rischiosissimi e, comunque, sempre perniciosi.

L'ossequio alla norma come involucro vuoto risultava palesemente inappagante, tanto più che, senza intaccare la indiscutibilità del principio della sovranità popolare di cui all'articolo 1, comma secondo, della Costituzione, si venivano profilando in misura sempre più erosiva dubbi demitizzanti sulla stessa natura della rappresentanza politica, togliendo al legislatore parecchio di quello smalto accuratamente confezionato per lui

²³ Toccando, per esempio, temi come proprietà privata e contratto, che la strategia borghese aveva disciplinato in quella astrattezza assoluta che garantiva proprietari e contraenti economicamente forti, ma ormai colti per la prima volta nella loro fattualità.

²⁴ È ovvio il riferimento a Santi Romano, uno *speculator* tutt'oggi di intensa attualità e che non sarebbe male rivisitare nella fecondità del suo messaggio affrancatorio per il diritto e per il giurista. Questo ho creduto di sottolineare in una mia lezione bolognese di qualche anno fa: P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2006), ora in *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Tomo I, Milano, 2008.

nelle officine dell'illuminismo e della grande rivoluzione ²⁵. Si doveva ormai guardare più a fondo, ossia sulla "giustizialità" della regola normativa. Il rifiuto del mito della purezza, o, se si vuole, l'identificare in esso lo strumento nefasto per de-storicizzare la norma e renderla inattaccabile dalle usure del divenire, fu la vera rivoluzione culturale maturatasi nel corso del Novecento in Italia, soprattutto dopo che un altro immane evento bellico – negli anni Quaranta – liberava la civiltà giuridica non solo dal tallone pesante della dittatura fascista ma anche da uno Stato di diritto di impronta liberale divenuto inadatto a svolgere un ruolo autenticamente ordinante.

La dimensione più sovversiva e, pertanto, anche più incisiva – e che è incisiva perché va de-strutturando l'universo di certezze (innanzi tutto, metodologiche) del vecchio sistema legalistico e del vecchio giurista – consiste nel prevalere di un orientamento di tipo storicistico, prima ignoto o assolutamente marginale. Il giurista italiano (non la maggioranza silenziosa, ma un numero crescente di personaggi con gli occhi ben aperti sul mondo) prende ormai atto, senza stracciarsi le vesti, che i secondi anni Cinquanta del Novecento sono un lungo, continuo (e, anzi, progrediente, anche se incompiuto) transito verso approdi sempre più distanti e diversi dai rassicuranti rifugii allestiti dalla modernità; e capisce che non è più il tempo delle visioni statiche, destinate dal movimento/mutamento ad essere tosto condannate alla sterilità.

Chi capisce si adegua. Ieri, tutto preso da costruzioni dogmatiche purificatissime da scorie fattuali e perfettamente finalizzate a strutturarsi in sistema, ora comincia a relativizzare ²⁶ le sue conclusioni, sapendole provvisorie o, comunque, elastiche e immergendole sempre ben al di dentro del flusso storico, nella ricerca della sperata verifica che solo il contatto coi fatti può realizzare. Il nuovo storicismo del giurista opera un capovolgimento, conseguendo in tal modo anche il salvataggio per lui e per il diritto.

²⁵ Di una de-mitizzante analisi storiografica siamo debitori, soprattutto, ad Hasso Hoffmann (in Germania) e a Giuseppe Duso (in Italia).

²⁶ Puntuali le notazioni di M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto – Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 232 ss. Il volume di Vogliotti è un eccellente strumento per fornire al giurista le chiavi filosofico-giuridiche per una corretta comprensione del rinnovamento giuridico post-moderno nell'Europa continentale.

Ovviamente, nulla di espresso, nulla di programmatico. Non si pensi, infatti, di individuare questo o quell'alfiere del nuovo verbo. È, piuttosto, una coscienza diffusa, una sorta di inespressa autocritica, che emerge spontanea di fronte ai due eventi strutturali che segnano il secolo post-moderno, la profondità del mutamento socio/economico/politico e tecnico, la rapidità di esso, messi a confronto con una visione e sistemazione delle fonti smaccatamente sempre più distante dal mondo storico circostante.

Il nostro paziente uditore si domanderà, a questo punto, se, per avventura, io non abbia perso il filo di una Relazione che ha un suo oggetto preciso: la cosiddetta certezza del diritto. Lo tranquillizzo immediatamente: il discorso or ora svolto ha il proposito di delineare il trapasso da un'età di certezze, la modernità, a un'età, la nostra, la pos-modernità, percorsa da una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici.

Insomma, dopo aver fissato alcuni strumenti storiografici di comprensione ci sarà più agevole una messa a fuoco delle novità incisive che, dagli anni Cinquanta ad oggi, hanno svigorito la verità dogmatica, rimosso il mito, gettato alle ortiche la dialettica manichea certezza/incertezza. E anticipo, pure, una delle nostre future conclusioni: la cosiddetta incertezza del diritto, che non si può non cogliere quale fattore negativo se si assume un angolo di osservazione prettamente legalistico, merita un capovolgimento valutativo, se la si vede come il prezzo naturale da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale ²⁷.

²⁷ Un approdo estremo, un completo capovolgimento rispetto all'approccio tradizionale è rappresentato, nel 1988, dalla riflessione di Feliciano Benvenuti, che può cogliersi come un invito a risvegliarsi da un torpore isterilente. Partendo dalla dignità epistemologica che «il diritto è storia della società e al tempo stesso è società-storia», «l'incertezza è, allora, la caratteristica naturale del diritto in quanto vivo ordinamento», «essenziale incertezza del diritto», giacché «il diritto, derivando dalla società, deriva anche da quell'insieme di fatti, di accadimenti, di casi, di cui la società, come storia è fatta». Con la conclusione che sarebbe «norma certa quella il cui valore coincide con i valori della società», ma anche che «proprio perché questa coincidenza è soltanto una tendenza e non giunge mai all'assoluta identità, la norma si presenta con inevitabili caratteri di incertezza» [F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. V (le citazioni sono, rispettivamente, alle pp. 4031, 4033, 4025, 4024)].

4. - Il costituzionalismo pos-moderno: principi versus legalità.

Legalità legale! Se si valuta questo sintagma muniti di una consapevolezza “moderna”, il pleonasma è vistoso. La modernità ammette una sola legalità, ed è quella corrispondente alla volontà del detentore del supremo potere politico, sia esso il monarca assoluto settecentesco o un Parlamento dell’Otto/Novecento. È che il secolo pos-moderno ha sconvolto questa monocrazia incrinando in modo penetrante la solidità della vecchia legalità mediante – in sintesi – la sovrapposizione alla ordinaria legalità (esercitata, oggi, in via normale, dal Parlamento) di quella corrispondente alle Costituzioni del momento costituzionalistico novecentesco (che, per intenderci, potremo chiamare pos-weimariano).

Queste ultime hanno assai poco a che spartire con le “carte dei diritti” del primo costituzionalismo europeo e nord-americano, proposizioni filosofico-politiche culminanti nella enunciazione di alcune libertà misurate su figurazioni individuali astratte. Assumiamo a oggetto la nostra del 1948: non v’è nulla di elitario, di potestativo, e la dimensione volitiva cede a una dimensione squisitamente cognitiva. Se una cosa si volle, è leggere nel gran libro della storia, *conoscere* e tradurre in principi. Questo fecero i Padri Costituenti: lessero con attenzione nel tessuto della società italiana rigenerata dopo le tragedie della dittatura e della guerra, individuando i valori radicali largamente condivisi e traducendoli in principi. Il principio era lo strumento idoneo per trasformare un valore in criterio ordinatore della realtà sociale e conferirgli una sua rilevanza giuridica, farlo diventare nervatura stessa (e nervatura portante) dell’ordine giuridico.

Al contrario di quanto era avvenuto nell’elitarissimo Stato di diritto immedesimato nel neo-nato regno unitario d’Italia (dove tutto era voluto in alto e serbava una dimensione schiettamente potestativa rispetto a una società civile amorfa e passiva), il progetto costituente italiano punta sul protagonismo della società, intende dare voce ad essa.

L’immanenza profonda della nostra Costituzione nell’ordinamento giuridico italiano – riscontrabile con sempre maggiore evidenza via via che il tempo passa e ci si allontana dal momento “eroico” dell’immediato dopoguerra – sta tutta nell’essere lettura della società italiana, ma non lettura stilizzante e astrattizzante, bensì lettura obbiettiva di una realtà storicamente concreta, la quale appare fedelmente registrata nei principi espres-

si formalmente nella “carta”²⁸. È un popolo concreto di “persone”, cioè di creature relazionali immerse nella propria vita quotidiana, che trova in essa un formidabile breviario giuridico nelle fatiche dell’esistenza. I Costituenti si sono messi, per dirla con Capograssi, «dal punto di vista della coscienza comune» assumendo a figura/guida «l’uomo comune con i suoi interessi e l’asprezza dei suoi interessi»²⁹. Il fulcro da sottolineare, ai fini di questa Relazione, è una Costituzione che nasce dal basso, è un breviario di valori/principii non pensati nel chiuso di un istituto scientifico o di un gabinetto politico ma constatati e rilevati quali voce viva di un’esperienza viva.

Con la Costituzione nostra si voltava davvero pagina e se ne inaugurava una sostanziosamente nuova; forse – addirittura – poteva trattarsi di una stagione nuova, se i giuristi italiani non fossero stati, taluni pigri, talaltri troppo distratti, talaltri ancora così esitanti dallo scendere dai propri inveterati piedistalli.

Si sarebbe, allora, potuto realizzare quel «Ritorno al diritto», che, nel 2004, un fantasioso geniale amico, Federico Spantigati, volle quale divisa di un «manifesto di giuristi» (però, da lui ideato e promosso) dalla valenza altamente progettuale; ritorno a un diritto dove hanno un ruolo non esiguo legislatore e legge, però accanto a consuetudini, riflessioni dottrinali, sentenze di giudici, prassi, tutto nel segno di un arricchente pluralismo giuridico. In quel testo Spantigati incalzava contro il «pervertimento dell’uso del diritto in subordine agli obiettivi di chi ha potere», mentre «la cultura giuridica dovrebbe, invece, promuovere nella società un ordine compatibile con la sua attuale complessità (...) corrispondente a una società pluralista», constatando con soddisfazione «lo spostamento del criterio di valutazione dalla prescrittività legale all’apprezzamento del valore degli interessi», e ammonendo infine: «non la mera legalità, ma il diritto conformato a giustizia»³⁰.

²⁸ Insiste su questo Giorgio Berti in un suo “corso” universitario, significativo a cominciare dal titolo prescelto dall’autore, “corso” tutto da meditare con sicuro profitto. Cfr. G. BERTI, *Interpretazione costituzionale Lezioni di diritto pubblico*, Padova, 2001 (4^a ed.), *passim*, ma soprattutto 34 ss.

²⁹ G. CAPOGRASSI, *Studi sull’esperienza giuridica* (1932), ora in *Opere*, Milano, 1959, vol. II, 221 s.

³⁰ F. SPANTIGATI, *Ritorno al diritto: i valori della convivenza-Manifesto di giuristi*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 1, gennaio 2005, 15-16. Della esigenza di un “ritorno al diritto”

Non avrei dubbii che il compianto amico pensasse proprio alla Costituzione del '48 e alla sua – in buona parte – mancata realizzazione, al tradimento di un messaggio giuridico teso indubbiamente a ordinare il presente di quel lontano dopoguerra ma proiettato anche con occhio lungimirante in un futuro assai disteso.

Quando, appena un anno fa, in una lezione maceratese, io volli qualificare quel messaggio «quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno»³¹, intendevo valorizzare un merito – storicamente inestimabile – di quel testo: la sottesa intuizione che il biennio 1946/48 aveva alle spalle una civiltà giuridica borghese per troppi aspetti decrepita e che stava iniziando un divenire proiettato nei tempi lunghi; che, nella previsione di una lunga durata, sarebbe stato miope irrigidire la “carta” in una sequela dettagliata di prescrizioni imitando l’atteggiamento dei moderni codificatori; che era, pertanto, opportuno disegnare una cornice di principii. Certamente, non quelli del vecchio giusnaturalismo sei-settecentesco inchiodati in uno stato di natura meta-storico mai esistito sulla faccia della terra e peccanti di una artificiosa astrattezza. Al contrario, principii e metodi ben radicati nei valori generalmente condivisi da una comunità storicamente viva, capaci di offrire, in grazia dei loro contenuti, fondazioni durevoli, ma anche disponibili a riflettere i segni dei tempi che mutano.

I principii avevano, a stento, fatto capolino, sparutamente, in Codici e leggi speciali, respinti o almeno rintuzzati per quella loro carica di indefinitezza che arrivava a incrinare la solidità del sistema legale, sistema che era, doveva essere certo³². Quanto era parso vizio deprecabile per il vecchio legalismo appare quale virtù prima in una civiltà giuridica in rapidissima transizione. L’indefinitezza assume, infatti, nel tempo pos-

parla anche Umberto Breccia in un suo saggio del 2006, che è la densa e consapevole meditazione di un civilista dagli occhi aguzzi sulla attuale situazione delle fonti del diritto in Italia: *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, XXXVII (2006), 361 ss. Il testo di Breccia fa espresso riferimento alla iniziativa di Spantigati, ed è dedicato alla sua memoria.

³¹ P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Laurea honoris causa in studi politici e internazionali a Paolo Grossi*, Macerata, 2013, e in *Riv. trim. dir. pubbl.*, LXIV, 2013, 607 ss.

³² Si veda, da ultimo, la lucida sintesi e la documentatissima analisi offerta da: A. IANNARELLI, *I principii nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2013, 115 ss.

moderno, l'aspetto prezioso di rifiuto a rinchiudersi in una rigidità certa, certissima ma immobile perché pietrificata nella testualità del comando, invece di apertura a future, probabili acquisizioni che mutamenti e conflitti rendevano presenti ed urgenti.

In altre parole, il principio ha una potenzialità e, pertanto, anche una ricchezza, che è ignota a ogni proposizione legale. Il principio serba in sé una natura efficacemente espansiva. Si pensi, per esempio, alla fruttuosità di questa carica espansiva puntualizzata e valorizzata da una vigile dottrina costituzionalistica nel campo vitale e impegnativo della individuazione (e conseguente tutela) di nuovi diritti fondamentali; e si pensi alla operosità preziosa della stessa Corte Costituzionale agente – con ferma risolutezza – nella medesima direzione.

Molti, giuristi e non-giuristi, ritengono di dare il dovuto apprezzamento alla Costituzione qualificandola come norma suprema, legge fondamentale. Al di là delle ottime intenzioni, si tratta di qualificazione culturalmente non persuasiva. L'idea/guida, che ci può – al contrario – ben orientare, è che la dimensione costituzionale di una società storica novecentesca non si esaurisce nella sua manifestazione formale di testo scritto (composto, per esempio, di 139 articoli). V'è, al fondo, una costituzione materiale, certamente non scritta, e, pertanto, difficilmente percepibile ma tale, in quanto materia plasticamente viva, da imprimersi incisivamente a livello superficiale e, soprattutto, tale da garantire alla affiorante forma scritta la forza espansiva idonea a realizzare la coerenza col divenire perenne di una civiltà.

Ho parlato di costituzione materiale adoperando il sintagma coniato da Mortati in un saggio celebre redatto alla fine degli anni Trenta. Non condividerei, tuttavia, l'intero itinerario del grande giuspubblicista calabrese. Mentre mi sembra da tesaurizzare la felice intuizione sulla esigenza «che la società (...) si presenti non già come entità del tutto amorfa (...) bensì già in sé strutturata sulla base di certi fondamentali orientamenti sufficienti ad ispirare il sistema dei rapporti economici, religiosi, culturali, ecc., che in essi si svolgono»³³, mi appare riduttivo (e anche pesantemente

³³ Utilizziamo la sintesi che, del proprio pensiero, offre C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 162.

falsante) identificarla unicamente nei gruppi prevalenti perché detentori del potere (che Mortati non ha esitazione nel qualificare “classe dirigente”). Io mi appagherei nel riferirmi a «l'ordine fondamentale intrinseco di una società»³⁴, che è ordine e che è fondamentale perché è lo strato di valori che sorregge tutto l'edificio costituzionale; diciamo meglio: che riesce a *costituirlo*. Strato non estraneo all'edificio, che lo fonda e ne garantisce l'autosufficienza.

5. - Principio di ragionevolezza versus legalità.

«La teorizzazione della Costituzione come ordine materiale di valori impedisce di ricostruire il giudizio sulle leggi secondo gli schemi di un (...) ragionamento nomologico-deduttivo»³⁵. Non si può che essere d'accordo su questa conclusione, la quale ci fa perfettamente comprendere come una logica puramente razionalistica non sia sufficiente alla Corte Costituzionale tutelatrice di una Costituzione immersa nella fattualità della vita quotidiana dell'uomo qualsiasi, e ci fa comprendere perché il giudice delle leggi, fin dagli esordii, tra i vari principii individuati nei profondi strati sociali e assunti a nervature della propria attività giurisdizionale, abbia dato rilievo al principio di ragionevolezza fino a renderlo una delle sue chiavi di lettura più utilizzate e anche più proficue.

Evitiamo di annegare nel mare accidentatissimo delle tante opinioni che si sono spese in proposito da parte della scienza giuridica (non solo) italiana e cerchiamo di afferrare la cifra che lo caratterizza (e che è quanto serve ai fini della nostra Relazione): attiene ai «criteri di correttezza del ragionamento pratico»³⁶ e ad una «argomentazione condotta essenzialmente in funzione attuativo-applicativa»³⁷, misurandosi sempre con «l'esperienza pratica, il buon senso comune (...) sì che ragionevole diventa sinonimo di

³⁴ Parole dello stesso C. MORTATI: *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 165.

³⁵ G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 14-15.

³⁶ M. LA TORRE, *Introduzione*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 3.

³⁷ A. MORRONE, *Principio di ragionevolezza e definizione di “diritto”*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 286.

ponderatezza, equilibrio, ma anche giustizia»³⁸. Appartiene, però, a questa stessa cifra «il carattere sfuggente e lo statuto flessibile ampiamente indefinito»³⁹.

Non sorprende se un notevole costituzionalista nostro, Livio Paladin, però ben fermo nelle sue convinzioni gius-positivistiche, abbia liquidato il principio come mera «formula verbale»⁴⁰, quasi una esercitazione all'insegna della insulsità. Qui siamo, infatti, esattamente all'opposto di una ferrea, inchiodante logica di indole puramente razionale, dato che il principio di ragionevolezza assume a sua fondazione criteri estranei al circuito chiuso volontà legislativa/testo, e si presenta proprio come violazione di una legalità formalisticamente intesa quale quella diventata perno della modernità borghese⁴¹. Ed è consequenziale che gli affioramenti del nuovo canone ermeneutico si facciano numerosi quando l'assolutismo legalitario dei “moderni” entra clamorosamente in crisi, ossia dall'immediato secondo dopoguerra, crisi di cui la Consulta è stata promotrice e puntuale registratrice.

Insomma, tutto questo per ribadire e concludere che l'avventura costituzionale italiana, sia sotto il profilo del lavoro dei Padri Costituenti, sia sotto il profilo della operosità della Corte Costituzionale, ha rappresentato la salutare messa in discussione di una legalità unicamente legislativa e di una certezza unicamente formale. Lo esige il pluralismo giuridico vivacemente presente nella “carta” e vigorante (termine ascarelliano) nella effettività socio-economica.

6. - I principii nel laboratorio giuridico/Europa.

Ma v'è, nel nostro tempo pos-moderno, un'altra fucina dove si viene forgiando un diritto che si innerva soprattutto in principii; ed è il fertile laboratorio giuridico rappresentato dall'Europa nel suo ormai lungo iti-

³⁸ G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., 14-15.

³⁹ L. D'ANDREA, *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 231.

⁴⁰ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, I, Milano, 1997, 902.

⁴¹ Direbbe efficacemente Gustavo Zagrebelsky che, mediante il principio di ragionevolezza, «l'altro lato del diritto, il lato materiale, fa la sua trionfale ricomparsa» [G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, 48 (Università Suor Orsola Benincasa - Facoltà di Giurisprudenza - Lezioni magistrali, n. 19)].

nerario da mercato comune a Unione politica. È una fucina giuridica caratterizzata da peculiarità strutturali che favoriscono un simile risultato. Eccole qui sommariissimamente indicate. L'idea di comunità economica è tuttora intrisa nelle sue riposte ossature, provocando un naturale rifiuto per le logicità geometrizzanti e, più generalmente, per astrattezze galleggianti troppo al di sopra della realtà materiale; provocando, nel contempo, la percezione sentita della fattualità del diritto. È una realtà nuova, nata nel momento fertile e costruttivo del secondo dopoguerra, e non subisce il contagio delle mitologie giuridiche del credo illuministico/giacobino; subisce, invece, i benefici influssi dell'empirismo proprio al *common law*, intensificati ovviamente con l'ingresso europeo del Regno Unito nei primi anni Settanta. Con una aggiunta da sottolineare: il principio della divisione dei poteri non ha quella categoricità spasmodica, ossessiva, circolante negli Stati dell'Europa continentale, tant'è vero che il suo supremo organo giurisdizionale, la Corte di Giustizia sedente in Luxembourg, è sì una istituzione giudiziaria ma alla quale è sostanzialmente affidato un ruolo rilevante di promozione e determinazione del progrediente diritto dell'Unione, particolarmente sul tema vitalissimo della individuazione dei diritti fondamentali del cittadino europeo. Chiamato, un anno fa, a tenere presso il Max-Planck-Institut di Frankfurt un discorso inaugurale della seconda fase di quel prestigioso ente culturale e avendo scelto quale tema le peculiarità del messaggio giuridico europeo, io lo incentrai precisamente sulla sua giudizialità e sul suo articolarsi in principii (frutto di congiunte elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali)⁴².

Una siffatta straordinaria funzione giudiziale, che emerge vistosa già nella sentenza Stauder del 1969, cresce e si consolida fino alla prima presa di coscienza che l'Unione è una *comunità di diritto*, e lo è non solo e non tanto perché fondata su un Trattato, ma perché trova il suo cardine portante nei «principii generali del diritto, di cui fanno parte i diritti fondamentali», come si esprime una basilare sentenza della Corte del 2002⁴³. Tali principii (si pensi, ad esempio, alla proporzionalità o alla adeguatezza) – ser-

⁴² P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contr. impr. EU*, XVIII, 2013, n. 2, nonché, in lingua tedesca, in *Rechtsgeschichte*, a. 2014.

⁴³ È la sentenza in data 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50-00.

bando in virtù della loro flessibilità e indefinitezza una forza espansiva che, grazie alla interpretazione di giudici scienziati legislatori, feconda e arricchisce l’ordinamento giuridico – sono i protagonisti del diritto europeo sempre così attento alla dinamica presente/futuro⁴⁴.

Tra questi principii campeggia quello di ragionevolezza, termine e nozione che sono al centro della “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione” e hanno una folta presenza in testi normativi europei, nei progetti di Codice Civile europeo, nel “Draft Common Frame of Reference”, nei “Principii Unidroit”, in quelli elaborati dalla Commissione Lando⁴⁵. Questo non sorprende, giacché la “ragionevolezza”, così aliena dal freddo formalismo legalistico e così calata nella materialità dei fatti di vita (circostanze, tempi, luoghi), è congeniale allo stile giuridico europeo⁴⁶.

7. - Sull’odierno ripensamento delle fonti del diritto.

Il paesaggio giuridico, al quale – in Italia – cominciamo ad essere avvezzi (o, per molti misonzeisti, siamo costretti ad essere avvezzi) è profondamente diversificato rispetto a quello cui io, studente di Giurisprudenza nei primi anni Cinquanta, fui iniziato dalla maggioranza di docenti e assistenti⁴⁷. L’esempio più eloquente è che si menzionavano con rispetto le riflessioni di Santi Romano, ma si trattava di citazioni a carattere esornativo e il messaggio palinogenetico di una visione ordinamentale del diritto, dai più, o non era capito, o era deliberatamente rimosso con la stessa disinvoltura

⁴⁴ Ottimi il documentatissimo ampio saggio di A. MASSERA, *I principii generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, XIII, 2005, e il chiarificatore intervento di A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione), Milano, 2008. Ma si veda anche A. IANNARELLI, *I principii nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, cit., *passim*.

⁴⁵ Cfr. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012 (Università Suor Orsola Benincasa – Facoltà di Giurisprudenza – Lezioni magistrali, n. 48).

⁴⁶ Identico discorso deve essere fatto sul piano della globalizzazione giuridica (cfr. A. IANNARELLI, *I principii nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, cit., §7, nonché S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2008 e E. CHITI-B.G. MATTARELLA, *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Legal Issues and Comparison*, Berlin, 2011). Sempre leggibili con gran profitto le considerazioni sintetiche contenute nel pensatissimo volume di V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della “regola giuridica” nell’epoca della post-modernità*, Milano, 2012.

⁴⁷ Fra i quali erano, però, le felici eccezioni dei civilisti Enrico Finzi e Salvatore Romano e del canonista Pietro Agostino D’Avack.

con cui si rimuove il fastidio di un turbamento per una quiete normativa appagantissima per il giurista. Del resto, per quanto atteneva alla neo-nata Costituzione, il massimo che si poteva sperare era la sua considerazione quale norma suprema (ma certamente norma). Imperava incontrastata una visione normativistica, e imperava quale fidato consigliere il grande corruttore Kelsen, che solo Capograssi, dal cantuccio protettivo della *sua* “esperienza giuridica”, si era provato temerariamente a contraddire⁴⁸. Il positivismo giuridico la faceva da padrone.

È, per ciò, circostanza di grosso rilievo storico che la seconda metà del Novecento, con un massiccio crescendo negli ultimi decenni, sia sempre più percorsa – come abbiamo già segnalato – dalla sentita esigenza di cogliere nella fissazione di principi e metodi il più efficace – se non l’unico – strumento di individuazione di un diritto congeniale al momento post-moderno.

Sì, di grosso rilievo storico, perché ci avverte in modo nitidissimo che si è finalmente, anche se tardivamente, capito che era (e tanto più oggi è) giunta l’ora di deporre dal suo trono intangibile il legislatore, sovrano ormai sterile, e di desistere dal conclamare un assolutismo giuridico decisamente fuori tempo. Sì, di grosso rilievo storico, perché si constata una trasformazione nel sistema delle fonti, che era già avvenuta o in via di assestamento, ci si riflette sopra e si ha il coraggio di ripensarci senza prevenzioni. Le fonti, nella loro compatta scansione gerarchica, vengono tratte dal sacrario intoccabile in cui illuministi e giacobini le avevano collocate, mentre la legge, deposto il suo manto regale di fonte esclusiva, cede un ruolo promozionale a strumenti euristici nuovi: i principi. Già nel 1999 una acuta costituzionalista, Lorenza Carlassare, esprimeva bene il disagio di un giurista operante sul piano di un ordinamento positivo insieme alla consapevolezza della inarrestabilità di un enorme mutamento in atto: «Parlare delle fonti del diritto oggi è estremamente difficile. I nostri concetti consueti sembrano ormai inadeguati, la sistemazione tradizionale insufficiente»⁴⁹.

⁴⁸ Il riferimento è, palesemente, al suo saggio: *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952), (ora in *Opere*, V, Milano, 1959), che suscitò una ferma replica di Bobbio.

⁴⁹ L. CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminario 1999, Quaderno 10, Torino, 2000, 75.

È, questa, una presa di coscienza che assomiglia a una sorta di rivoluzione copernicana per il diritto italiano, per il giurista italiano. E parlo di diritto e di giuristi, perché il riferimento ai principii non è solo una scelta di dottori o di giudici lungimiranti, ma della stessa legislazione ordinaria dove, negli ultimi anni, si registra un frequente ricorso a principii espressi⁵⁰: eloquente atto di abdicazione, da parte del legislatore, alla propria – fino a ieri orgogliosa – autosufficienza, atto di umiltà del vecchio sovrano esautorato – in parte – dalla stessa dinamica storica.

Dietro l’impellenza dei fatti, i vecchi culti in tema di fonti rivelano, in modo sempre più smaccato, il loro carattere mitologico, mentre c’è – visibile – l’urgenza di colmare il vuoto che separa i cristalli del formalismo legale dal magma della pratica giuridica vivente. È il recupero di quella complessità dell’ordine giuridico, che la modernità aveva invece sottoposto alla strategia dei suoi snaturanti riduzionismi. Ormai, non si può fare a meno di misurarsi con tutte le articolazioni dell’ordinamento, ciascuna delle quali è chiamata ad esprimere dimensioni vitali dell’esperienza giuridica.

Finalmente, il diritto ritrova nella effettività la propria misura avvicinando norme e forme alla dinamica dei mutamenti strutturali. Le fonti si moltiplicano e anche si de-tipicizzano. Diventa difficile una loro classificazione, anche perché servono a poco i vecchi schemi categoriali; è da gettare in soffitta la decrepita scansione gerarchica, mentre si parla – non a torto – di rete, offrendoci un modello nuovo di diritto quale insieme di modalità relazionali e organizzative⁵¹. Non si può che aderire a quanto scrive un valente filosofo del diritto: «il diritto positivo appare come un’impresa

⁵⁰ Da ultimo, si veda A. IANNARELLI, *I principii nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, cit., soprattutto p. 162. Esempio, nella sua singolarità, è l’attribuzione, da parte del legislatore, di competenze generali alle c.d. Autorità indipendenti, enunciando obiettivi generici e rinviando alla rete dei principii generali. Sull’intenso dibattito dottrinale di alcuni anni fa una guida eccellente è offerta dalla Relazione di Giuseppe Morbidelli al 53° Convegno di Varenna del 2007 [cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, XV (2007), nonché negli Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione (*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit.)].

⁵¹ B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare-Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 266. Ma si veda, ora, anche il saggio: *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, in B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014.

solidale di soggetti istituzionali e non-istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono»⁵².

8. - Centralità dei principii e nuovo ruolo della interpretazione.

La legge esige di essere obbedita senza essere interpretata; da qui, la necessità della certezza e la concatenata strategia della certezza in ogni ordinamento strettamente legalistico. I principii pretendono, al contrario, di essere interpretati, in ragione della loro indeterminatezza ed elasticità. Qualità queste (pregi per chi vi guardi con occhio storicistico, difetti per chi si rifà volentieri alle geometrie immobili rese possibili da leggi generali ed astratte) che hanno bisogno dell'interprete, sia esso dottrinario o giudice o semplice pratico; un interprete che non è chiamato tanto a spiegare e chiarire, bensì investito di una funzione valutativa che gli permetta di individuare il principio nel concreto dell'esperienza e convertirlo in strumento efficacemente disciplinatore del magma sociale. L'asse portante della nostra civiltà pos-moderna è necessariamente spostata da un nomoteta (troppo spesso impotente o sordo) all'interprete, soprattutto al giudice, che per sua vocazione professionale (e non burocratica) ha di fronte la questione ed è chiamato a dirimere la controversia⁵³. Con un risultato dirompente: l'interpretazione, ieri concepita come un'appendice esterna ed estranea al procedimento di formazione della norma, si trasforma non solo in un momento interno ma addirittura nel momento più rilevante, giacché è quello che determina il disciplinamento della fattispecie.

Paolo Caretti, tenendo a Firenze – a metà maggio di quest'anno – una culturalmente vigilante lezione finale dei suoi corsi ufficiali nell'Ateneo fiorentino, mentre puntualizzava la svolta e ne registrava l'intensità, si domandava anche se la si fosse dovuta valutare come un qualcosa di patologico; ma dava prontamente una risposta negativa, cogliendovi nul-

⁵² B. PASTORE, *Le fonti e la rete*, cit., 271.

⁵³ È la linfa peculiarizzante del "corso" già citato di Giorgio Berti (G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., soprattutto 204 ss.).

l’«altro che lo sviluppo fisiologico delle novità insite nella struttura dello Stato sociale costituzionale»⁵⁴.

È ovvio. In un ordinamento segnato da una estrema mobilità, ogni comando stabile e perentorio è destinato a relativizzarsi, con il conseguente squagliarsi della sua terribilità potestativa. Tutto si sposta sulla interpretazione che, finalmente liberata dalle strategie opprimenti del riduzionismo della modernità borghese, «si conferma come dimensione strutturale e profonda della giuridicità»⁵⁵, così come l’avevano percepita civiltà quali la romana e la medievale, ambedue fondate sulla convinzione del diritto come solido salvataggio di una intera società.

È, però, anche ovvio che, tra i vari canali in cui può realizzarsi la dimensione ermeneutica, un ruolo di spicco faccia capo alla interpretazione giudiziale. Ed è ormai evidente l’espansione – anzi, l’espansionismo⁵⁶ –, cui ci troviamo oggi di fronte, del canale giudiziale. La giudizialità sembra essere una caratterizzazione forte del paesaggio giuridico pos-moderno. Ed è proprio entro questo paesaggio che si riconosce al lavoro ermeneutico dei giudici l’espressione più genuina di un “diritto vivente”.

È un merito della nostra Corte Costituzionale di avere, soprattutto a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, riconosciuto questa fisionomia peculiare in un «consolidato e conforme orientamento giurisprudenziale che determina il modo in cui concretamente la disposizione legislativa vive nell’ordinamento»⁵⁷, assumendo quell’orientamento anche quale limite della stessa propria libertà interpretativa. Era il riconoscimento della vitalità della fonte giurisprudenziale nell’attuale momento storico,

⁵⁴ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio* (in corso di pubblicazione a cura del Dipartimento di scienze giuridiche dell’Università di Firenze).

⁵⁵ G. ZACCARIA, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, MMXI, t. 4, 3650.

⁵⁶ Di “espansionismo giurisprudenziale” parla un coltissimo penalista, che è attento osservatore dei mutamenti in atto nell’ordinamento positivo italiano [F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, Nuova Serie, 4, 2013, 145].

⁵⁷ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente” – Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, 3; «tessuto giurisprudenziale già formatosi, sul punto specifico, in maniera sufficientemente rappresentativa» lo definisce V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008, 174.

quella fonte che la Corte chiamava anche all'altissimo compito di provvedere a una interpretazione della legge conforme a Costituzione ⁵⁸.

Il sintagma "diritto vivente", respinto senza esitazioni dai sacerdoti del vecchio culto legislativo ⁵⁹, segnala con efficacia il fenomeno della espansione giudiziale e il nuovo ruolo che il giudice italiano si è dovuto accollare, ruolo spesso onerosissimo.

È una espansione che, significativamente, arriva a penetrare entro quelle zone dell'ordine giuridico che, dominate da una rigorosissima riserva di legge, apparivano le più impermeabili alla svolta pos-moderna, *in primis* la zona del diritto penale. Pure qui «la legalità, anche quella sua specie più irrigidita e assolutizzata che è la legalità "penale", ha subito nello scorcio dell'ultimo secolo lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico» ⁶⁰, registrando anche le speciali tensioni che non mancano di realizzarsi ⁶¹.

Taluno, ispirato ad un pervicace conservatorismo, si pone la domanda – invero, assai grossolana – se la giurisprudenza pratica (ma il discorso investe anche quella sapienziale) *crea* diritto. Nessuna potestà al mondo è in grado di *creare diritto*; lo può unicamente il tiranno, ma la creatura del tiranno avrà del diritto soltanto la sembianza esteriore, perché, quale prodotto di una volontà illimitata e incontrollata, dunque arbitraria, si propone a noi unicamente quale *extremes Unrecht*, come affermerebbe il compianto maestro ed amico Giuliano Vassalli ⁶², ossia il preciso opposto del diritto, il suo snaturamento tragico.

⁵⁸ Una sintesi egregia in: M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 399.

⁵⁹ È drastico Francesco Santoro Passarelli: «non esiste un diritto vivente» (*A proposito del "diritto vivente"*, ora in F. SANTORO PASSARELLI, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 43).

⁶⁰ La frase è del penalista Francesco Palazzo, uno studioso che, da tempo, esercita con grande provvedutezza il suo bulino scientifico per analizzare l'impatto della legalità penale con quello che lui chiama il terremoto degli ultimi decenni in Italia (F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, 1279-80). Nello stesso saggio, Palazzo segnala «l'estrema urgenza (...) di squarciare (...) quel velo pesante che ancora oggi impedisce di rendersi conto che le formulazioni illuministiche della legalità penale non reggono più il confronto con la prepotente realtà dei fatti» (*ibidem*, 1280).

⁶¹ F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, cit., 145.

⁶² Il riferimento è a un volume assai denso, che Vassalli ha dedicato a studiare i dispotismi giuridici nella Germania nazista e nella DDR, l'uno e l'altro costituenti esattamente l'opposto di quella realtà ordinante che è il diritto (cfr. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*:

Il diritto va – questo sì – *inventato*, nel senso del latino *invenire*, ossia trovare; va cercato e trovato nelle trame dell’esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola troppo vecchia o troppo generica non si presta a ordinare i fatti (i quali vanno letti alla luce della loro specifica storicità). *Rechtsfindung* insegnava una risalente dottrina tedesca, ed è termine che si attaglia in pieno al compito dello odierno *Juristenrecht* nei paesi di *civil law*.

Taluno, tuttora segnato nella sua statua interiore dalla invasiva propaganda post-illuministica, si straccia, invece, le vesti per la carenza di legittimazione democratica che il maestro di diritto e il giudice non hanno (mentre ce l’ha il Parlamento). A tacere di quella circostanza ineludibile che è la crisi attuale della rappresentanza politica – crisi triplice: nei fatti, perché il legislatore soffre di una anchilosante incapacità; nella coscienza collettiva, perché domina una generale erosiva sfiducia; nella riflessione scientifica, dove si è incrinato la mitologia giacobina in proposito –, a tacere di tutto ciò, resta quella legittimazione, che ha sorretto il ruolo del giurista nell’antica Roma, nel diritto comune medievale, nel *common law* e che gli proviene dal sapere specifico di cui è portatore, dal dominio di categorie scientifiche e di elaborati tecnici – collaudati da duemilacinquecento anni di sperimentazioni e di verifiche – che gli consentono – sulla base della sua *prudencia* – terzietà e imparzialità. Ed è precisamente questo che la comunità pretende da lui, cogliendovi un bene comune assai apprezzabile.

9. - Il principio di legalità nella attuale vicenda storica in Italia.

Resta una domanda, a conclusione di tutte queste considerazioni: e il principio di legalità? Si dice da taluno, grossolanamente, che si tratta, oggi, di “allargare” la nozione di legalità. Lasciamo da parte quella che è la maggiore o minore quantità della nozione. Il problema, culturale e tecnico, è ben altro: e cioè operare il recupero di quella essenza del diritto ridotta (ma anche alterata e tradita) durante la modernità, una essenza che

note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, Milano, 2001).

lo connette non solo alle manifestazioni di volontà del titolare del potere politico, ma soprattutto, come abbiamo cercato di sottolineare nel corso della Relazione, ai principii informatori dell'ordinamento giuridico scaturenti direttamente dallo strato di valori che funge da supporto a una civiltà storica.

Forse, la risposta più appagante ce la dà lo storico del diritto, che ha nel suo forziere sapienziale la ricchezza di una vita interamente vissuta: «quel principio [di legalità], proprio perché scavato nel solco illuministico-rivoluzionario per il quale “la liberté (...) a pour sauvegarde la loi” [Décl. 24-6-1793] ha sempre parlato il linguaggio del potere»⁶³, prefabbricandosi un sicuro declino per quel momento venturo in cui la visione potestativa del diritto non sarebbe bastata più. Ma c'è chi non si è posto troppi problemi in proposito «senza entrare nel merito di stabilire in che cosa consiste la legalità»⁶⁴, operazione euristica sicuramente oggi assai ardua. Ma c'è anche chi invita gli studiosi – e non ha sicuramente torto – a darsi da fare «cercando che cosa c'è dietro questa nozione *passe-partout* che continuiamo per stanchezza a chiamare principio di legalità»⁶⁵.

948

È che il pluralismo giuridico, conquista indubbia del momento post-moderno, conquista già chiaramente affermata nella nostra Costituzione, de-tronizzando la legge ha eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità di conio moderno, frantumandolo e togliendogli pregnanza; a tal punto da rendere la sua intestazione lessicale unicamente una reliquia storica. Ed è per questo che parlare imperterriti di legalità significa imboccare una strada malsicura perché non uni-direzionale. Se le fonti si sono pluralizzate, addirittura de-tipicizzate, è consequenziale che il nostro principio si sia necessariamente trasformato in una sorta di principio di giuridicità, riferendosi ormai al variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica.

⁶³ B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, XVI, 2008, fasc. 1, 26 (vedi anche nel volume degli Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione: *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 58).

⁶⁴ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità – La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, 30.

⁶⁵ S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della Rivista “Diritto pubblico”*, in *Riv. trim. dir. pub.*, XLVI, 1995, 3, 796.

10. - Legalità e certezza nel diritto amministrativo.

Non è senza significato che i tre studiosi ora citati – Bernardo Sordi, Fabio Merusi, Sabino Cassese – siano cultori del diritto amministrativo, sia pure sotto diverse angolature. Tutti e tre interpreti delle peculiarità con cui il problema della legalità è stato vissuto e anche sofferto in una zona dell'ordinamento, che a un osservatore frettoloso o facilone può sembrare quietissimo in quanto protetta da una visione potestativa del diritto. Che così non sia lo predicano gli studiosi menzionati, e questo rende meritevole che la Relazione si chiuda con uno sguardo specificamente mirato. Ciò è vantaggioso al tessuto della stessa Relazione e gradito a chi Vi parla che intende, in tal modo, rendere omaggio ai protagonisti qui raccolti della scienza amministrativistica italiana.

Io non saprei come meglio cominciare queste ultime considerazioni se non affidandomi a chi fu non solo un ammirevole dominatore delle tecniche giuridiche ma soprattutto, anche in grazia dei suoi studi filosofici, un uomo di pensiero. Intendo riferirmi a Mario Nigro, cui mi legò una proficua colleganza fiorentina e – fino alla sua morte – un intenso rapporto di amicizia.

Nella Prefazione alla prima edizione – che è del 1973 – al suo agile e penetrante “corso” sulla “Giustizia amministrativa”, premesso l'avvertimento metodologico che la sua è una «impostazione storico-problematica» e che la giustizia amministrativa «è non una costruzione razionale ma un prodotto storico», sottolinea con forte rilievo «che l'opera creativa della giurisprudenza nella fissazione dei lineamenti della giustizia amministrativa vada attribuita non tanto e non solo alla insufficienza del diritto scritto quanto proprio alla storicità e problematicità di tale giustizia. Laddove un settore della vita quotidiana è dominato dall'incertezza e dalla instabilità è, per forza di cose, del tutto predominante». Aggiungendo, però, anche: «sollecitata in varie direzioni dalla problematicità o difformità dei temi, la giurisprudenza non offre sistemi o punti di certezza, ma molto spesso, anch'essa dubbi, contrasti o difformità di orientamenti»⁶⁶. Esattamente dieci anni dopo, nel 1983, prefando la terza edizione e contemplando

⁶⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 6^a ed., *Prefazione alla 1^a ed.* (1973), 10/11.

serenamente le molte variazioni da lui apportate al testo, confessa: «l'instabilità del libro è strettamente correlata alla instabilità della materia»⁶⁷. Abbiamo già alcuni punti fermi che lo storicista Nigro pone in evidenza: una estrema mobilità del sottofondo e una estrema problematicità della materia (ossia insofferenza a immobilizzazioni e a dogmatizzazioni); un ruolo della giurisprudenza, che egli, senza fare proprie le cautele da me poco sopra avanzate, non èsita a qualificare disinvoltamente *creativo*.

Sotto questo profilo egli è in ottima e numerosa compagnia. Dieci anni prima della apparizione del “manuale” di Nigro, in quella luminosa sintesi che è il “Discorso generale sulla giustizia amministrativa” di Massimo Severo Giannini si parla espressamente «delle vere e proprie scelte creative, delle costruzioni del sistema» da parte della operosità giurisprudenziale⁶⁸. Ma si va ben oltre nella ferma conclusione gianniniana che «la costruzione imposta dalla giurisprudenza è ormai una costruzione normativa» e che, pertanto, «dobbiamo accettare come diritto positivo vigente quello posto dalla giurisprudenza»⁶⁹.

A costo di mettere alla prova la pazienza dei miei uditori, ritengo necessaria una ulteriore ampia citazione che rafforza le conclusioni con delle motivazioni culturalmente e tecnicamente appaganti: «quando si parla di funzione pretoria della giurisprudenza nella materia del diritto amministrativo, non si usa una figura retorica, non si vuol dire solo – con un significato di genere – che è essa a elaborare quei costrutti che rendono possibile l'applicazione degli istituti. Si vuol dire invece *qualche cosa di più e di significato specifico* [corsivo mio]: che è essa a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi, poiché il legislatore non si è mai occupato di fissarle»⁷⁰.

Giannini, constatando la parzialità degli scarni interventi del legislatore

⁶⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., *Prefazione alla 3^a ed.* (1983), 11.

⁶⁸ Pubblicato originariamente in: *Riv. dir. proc.*, 1963, 525 (oggi reperibile anche nella giuffreana raccolta di *Scritti*).

⁶⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., 535-536.

⁷⁰ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., 536. Soggiungendo, con un raffronto nitidamente comparativo: «Nel campo del diritto privato invece la funzione pretoria della giurisprudenza è spesso un modo di dire, perché qui esistono norme sostanziali numerose e massicciamente presenti».

nazionale limitati a norme solo processuali, prende atto del ruolo costitutivo svolto da parte della giurisprudenza amministrativa, la quale si è – per così dire – rimboccata le maniche e si è data a disegnare quei principi generali che furono (e continuano ad essere fino ad oggi) le linee/guida di una disciplina giuridica della azione amministrativa. Principii generali che assumono un sostanzioso protagonismo in un diritto amministrativo che indubbiamente cresce e si ispessisce anche culturalmente ma che resta – comunque – segnato da una intrinseca mobilità e, come insisteva Nigro, problematicità; un diritto amministrativo che non punta più sulla soggezione del cittadino ma sulla sua partecipazione alla gestione della cosa pubblica e dove si ha un capovolgimento rispetto al tradizionale ruolo autoritario della amministrazione.

Quando, a metà degli anni Novanta, si opera la attenta e perspicua ricognizione di un complesso itinerario giurisprudenziale, verificata la «scarsità delle pronunce di giudici amministrativi che prendono espressamente in considerazione il principio di legalità»⁷¹, ma anche che, in ogni caso, «il principio di legalità viene ricondotto nei suoi contenuti minimi»⁷² e che si «utilizza frequentemente l’espressione “principio di legalità” in modo del tutto improprio, e con ben altri significati»⁷³, conclusione assai verisimile appare «un decadimento della cultura del principio di legalità in un certo particolare ambiente, nell’ambiente giudiziario amministrativo contemporaneo»⁷⁴. Conseguenza naturale di un processo che sta prendendo sempre più consistenza, giacché «la giurisprudenza amministrativa, attraverso una elaborazione pretoria, ha identificato un elemento fondamentale di confronto per il principio di legalità, rappresentato dai cosiddetti principi generali»⁷⁵. E aumentano gli esempi di una giurisprudenza che trova il fondamento di proprie scelte direttamente nei principii⁷⁶, e si

⁷¹ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubb.*, 1995, 95.

⁷² A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 93.

⁷³ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 93.

⁷⁴ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 96.

⁷⁵ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 94.

⁷⁶ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 103 ss.

ingigantisce la prevalenza dei principii di origine giurisprudenziale sulle stesse regole legislative⁷⁷.

I principii generali non si limitano a dialogare con la legge⁷⁸, ma tendono a imporsi sulla legge in grazia della loro duttilità, della loro forza espansiva, della loro capacità orientativa. Si è di fronte al diffuso «fenomeno di integrazione e “manipolazione” della legittimità amministrativa»⁷⁹, che arriva a imprimere – oggi, più intensamente che nel passato – un marchio di giudizialità al diritto amministrativo⁸⁰. Infatti, sulla scorta delle più coraggiose esperienze straniere, dottrina e giurisprudenza – ossia le due officine in cui, naturalmente, i principii vengono conati – hanno fatto propria quella nuova visione del processo amministrativo secondo la quale il cittadino ricorrente agisce in giudizio non per il ripristino della legalità, ma per l’eliminazione del pregiudizio arrecatogli dalla amministrazione, valorizzando tutti i presidii che possono essergli assicurati non dalla sola legge ma dall’intero ordinamento giuridico in tutta la complessità dei suoi valori fondanti e in tutta la pluralità delle sue espressioni⁸¹.

Senza alcun dubbio aveva ragione il Presidente Schinaia, che, presiedendo nel 2007 un importante Convegno scientifico, parlava schiettamente, per il principio di legalità oggetto delle riflessioni congressuali, di un «significato originario ormai vetusto, della conformità alla sola legge dello Stato»⁸².

⁷⁷ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 4^a ed., 2005, 577; A. MASSERA, *I principii generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit., soprattutto pp. 716-717.

⁷⁸ Secondo un’espressione di Fabio Merusi in: *Commento a titolo I, capo I, articoli 1, 2, 3*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 71.

⁷⁹ F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubb.*, 2007, 430.

⁸⁰ Si veda, da ultimo, una affermazione chiara in un recentissimo “manuale” del nuovo processo amministrativo “codificato”: M.A. SANDULLI, *Premesse al Codice: Fonti e principii costituzionali e comunitari*, I, *Fonti e principii della giustizia amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, vol. I, Milano, 2013, *passim* ma soprattutto p. 9.

⁸¹ Si vedano le puntuali considerazioni di Alessandro Pajno (*Introduzione*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 53), aderendo alle osservazioni di S.R. MASERA, in E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milano, 2010, pp. XXX/XXXII.

⁸² M. SCHINAIA, *Intervento*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione), cit., 2008, 14.

I principii, segno eloquente di ogni tempo di transizione, non risparmiano il campo del diritto amministrativo, trovando – anzi – qui un terreno fertile in ragione della giustizialità che lo ha percorso e ristorato a far data dalle prime sperimentazioni liberali tardo-ottocentesche. Questa consapevole dominanza dei principii perseguita da dottrina e giurisprudenza ha avuto un singolare sbocco a livello legislativo. Probabilmente anche grazie all’opera di scienziati e magistrati all’interno delle Commissioni preparatorie, si hanno esempi numerosi e confortanti di atti legislativi che hanno un primo scopo, quello di fornire principii generali, a cominciare dalla rilevantissima legge 7 agosto 1990 «in materia di procedimento amministrativo», testimonianza di fattiva collaborazione tra potere politico, mondo accademico e giudiziario⁸³. Ultima notazione, ma di grosso rilievo storico: al fondo di questo straordinario arricchente itinerario si situa la consolidazione legislativa del 2010, che raccoglie motivi intuizioni moniti sperimentazioni di conio scientifico e giudiziale degli ultimi cinquanta anni. Se si vuole ancora parlare di “legalità”, dobbiamo renderci conto che si fa riferimento a un involucro che non è certamente vuoto, ma che, altrettanto certamente, è ricolmo dei riferimenti più diversificati, così come si sono diversificate le espressioni attuali della normatività⁸⁴. Il principio strategico della certezza, enunciato originariamente in rapporto alla primazia gerarchica della legge e alla rigida geometria ad essa conseguente, di fronte alla rete plurale ed elastica dei criteri di normatività, perde almeno il suo valore strategico. E lo investe il decadimento che ha investito il principio di legalità.

11. - Legalità e certezza nel “Codice del processo amministrativo”.

Posso ritenere probabile una obiezione riguardo alle nostre ultime argomentazioni, le quali sembrano smentite dalla recentissima redazione di un “Codice del processo amministrativo”, ossia di un esperimento legislativo che, appellandosi Codice, dovrebbe corrispondere a quei Codici della modernità tesi a disciplinare legislativamente ogni possibile fattispecie e

⁸³ Come è ben noto, il capo I ha la intestazione “Principi” e l’articolo 1 è dedicato ai “Principi generali dell’attività amministrativa”.

⁸⁴ A cominciare dalla ambiguitissima dicotomia tra “legalità formale” e “legalità sostanziale”.

articolati in un numero infinito di disposizioni dettagliatissime, sorretti dalla presunzione di poter escludere il ricorso a fonti diverse e, pertanto, chiusi a qualsivoglia apertura nella propria corazza compatta.

Potrei essere io il primo a consentire a una siffatta obbiezione, se il “Codice del processo amministrativo” avesse voluto riprodurre nel 2010 una codificazione secondo il passato conio moderno. Ma così non è, tanto è vero che, facendo più sopra un parco accenno a questo esperimento legislativo, io l’ho qualificato come *consolidazione* utilizzando una distinzione culturalmente assai provvida e assai diffusa nelle pagine degli storici italiani del diritto⁸⁵; provvida, perché ci permette di non fare d’ogni erba un fascio rispettando le peculiarità di certi assestamenti normativi – soprattutto, sei/settecenteschi – che, a differenza dei Codici inaugurati nel 1804 dall’esperimento napoleonico, non intendono essere fonti esclusive lasciando al loro interno aperture per apporti anche massicci dall’esterno. Non avrei, infatti, dubbio che il decreto legislativo del 2010 incarni nulla più che una consolidazione.

Ci facilita, in ordine a questa identificazione, la stessa Legge 18 giugno 2009 che delega al governo il riassetto del processo amministrativo e che fa un cospicuo passo avanti anche rispetto alle numerose leggi precedenti portatrici di un ampio ricorso ai principii generali (poco sopra ne menzionavo almeno una, quella del 7 agosto 1990). Récita, infatti, il primo articolo, segnando la finalità del futuro decreto legislativo: «al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del Codice processuale civile in quanto espressione di principii generali e di assicurare la concentrazione della tutela». Nel secondo articolo si impegna il legislatore delegato ad attenersi «ai seguenti principii e criteri direttivi», dando la stura a un elenco straordinariamente folto. Se, poi, si scende entro il contesto normativo, incontriamo un capo I che ha come rubrica “Principii generali”, e i primi tre articoli dedicati a “Effettività” (art. 1), “Giusto processo” (art. 2), “Dovere di motivazione e sinteticità” (art. 3).

Il rinvio a principii e a concetti giuridici indeterminati, che devono servire

⁸⁵ Su questa distinzione è basato un felice libretto di Mario Viora, del 1928, intitolato appunto “Consolidazioni e codificazioni”.

da orientamento e guida per un effettivo raggiungimento dei fini del "Codice", ha solo un risultato: il rilevante ruolo dell'interprete e, in particolare, il protagonismo del giudice amministrativo (indipendentemente dal problema dei suoi rapporti con l'amministrazione). E ritorna in piena evidenza quello che mi appare essere un tratto peculiare della stagione che stiamo vivendo. Un tratto, un segno, che abbiamo il dovere di rispettare e comprendere, desistendo dal venerare arcaiche reliquie o dall'imbalsamare creature morte; il che significa rispettare e comprendere il diritto nella sua storicità, ordinamento efficace (e, pertanto, salvataggio) di questo nostro difficile e fertile tempo di transizione.