

PAOLO GROSSI

IL DIRITTO IN ITALIA, OGGI, TRA MODERNITÀ E POS-MODERNITÀ

1 – Chiarimenti preliminari; 2 – Sui caratteri della ‘modernità giuridica’; 3 – Sui caratteri di un diritto pos-moderno; 4 – Sulla Costituzione italiana del 1948 e sui suoi caratteri pos-moderni; 5 – Fattualità economica e pluralismo delle fonti del diritto: i conti dell’Italia con l’Europa; 6 – Novecento giuridico italiano: tra ‘moderno’ e ‘pos-moderno’; 7 – Caratteri pos-moderni del diritto italiano nel secondo Novecento; 8 – Crisi del diritto, oggi, in Italia?.

1 – Io sono soltanto un giurista, e da giurista Vi parlo; aggiungendo subito due precisazioni - anzi, due promesse solenni – che varranno ad attenuare un Vostro probabile sgomento: del linguaggio dei giuristi farò mia la tradizionale asciuttezza, e sono quindi in grado di garantirVi la piena osservanza da parte mia della durata della *lectio* entro il tempo previsto di trenta minuti; del linguaggio dei giuristi, al contrario, non farò mia la tecnicità, che, se funge da veicolo efficace tra gli addetti ai lavori, è causa di assoluta incomprensione per un diverso uditorio (pur composto, come il presente, da personaggi di cultura straordinaria). Insomma, sarò breve e tenterò di essere chiaro.

Una prima chiarificazione concerne il titolo della *lectio*, dove, se non desta titubanze il sostantivo ‘modernità’, le può invece suscitare il riferimento esplicito alla ‘pos-modernità’. E qui entra in campo la visione specifica che io ho, come storico del diritto, del secolo che è appena dietro le nostre spalle, il Novecento.

E’, infatti, questo un tempo in cui si attenuano sempre più fin quasi a dissolversi alcune certezze, alcuni pretesi valori, su cui si era costruita e fondata la modernità giuridica; un tempo non statico, ma piuttosto un itinerario in cui ci si allontana da una vecchia sponda senza avere –oggi –ancora raggiunto un approdo definitivo; un tempo che, originatosi in Italia nella crisi socio-economica di fine Ottocento<sup>1</sup>, non si è ancora esaurito e, anzi, lo stiamo tuttora vivendo; un tempo di transizione che può essere appropriato qualificare come pos-moderno, giacché una siffatta qualificazione, senza dubbio generica, è puntuale almeno nel segnalare che ci stiamo distanziando dalla modernità giuridica<sup>2</sup>.

2 – Ma che cosa esprime quest’ultimo sintagma? La risposta all’interrogativo servirà da primo contributo chiarificatore.

---

<sup>1</sup> A differenza di una vecchia storiografia tutta dedita ad artefatte oleografie apologetiche di stampo prettamente pos-risorgimentale, da tempo correnti tese a ficcare lo sguardo entro il tessuto socio-economico ci hanno restituito un paesaggio storico italiano di fine secolo solcato da una crisi profonda con drammatiche conseguenze negli strati più bassi della popolazione.

<sup>2</sup> Ho tentato di precisare il significato della qualifica ‘pos-moderno’ attribuita al Novecento giuridico nel discorso inaugurale ferrarese del 2010: *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma/Bari, Laterza, 2012.

Per il giurista 'modernità giuridica' assume il significato di un tempo storico - la cui acme si colloca tra Settecento e Ottocento - in cui si vive e si teorizza un esasperato statalismo. Lo Stato - a differenza di quanto era avvenuto nel millennio medievale<sup>3</sup>, con reliquie arrivate sino alla fine dell'antico regime<sup>4</sup> - si pone come l'unico produttore del diritto<sup>5</sup>, con il risultato pesante che solo la manifestazione della volontà dello Stato, ossia la legge, ha il crisma della giuridicità; con il risultato altrettanto pesante che il diritto, riducendosi a un complesso di leggi, si incarna in una serie di comandi, che piovono dall'alto sul capo del comune cittadino e che pretendono di essere indiscutibilmente obbediti. Nella modernità, insomma, si ha un vincolo strettissimo, addirittura necessario, fra potere politico e diritto, perché il potere, consapevole della formidabile forza coesiva del cemento giuridico, intende controllarlo completamente. Questo vincolo non può non ripercuotersi anche nelle orditure stesse del diritto, che, lesa nella sua autonomia e riflettendo ormai le scelte del potere, ne riflette anche le miserie.

Agli occhi di un giurista senza prevenzioni la modernità si identifica, però, in un artificioso riduzionismo<sup>6</sup>: è, infatti, un diritto pensato, voluto, realizzato in alto, frutto di una visione duramente potestativa ed elitaria dell'ordine giuridico, che genera inevitabilmente un distacco fra diritto ufficiale, cioè legale, e società. Tutto è ridotto in testi scritti, il più possibile chiari e certi, arrivando alla presunzione di fissare in dei Codici<sup>7</sup> tutta la complessa articolazione di una grande branca disciplinare (civile, commerciale,

---

<sup>3</sup> E' corretto parlare di millennio medievale, dal IV secolo d.C. - quando tardo/antico e proto/medievale si fondono - al secolo XIV, quando si fondono tardo/medievale e proto/moderno.

<sup>4</sup> Il medioevo ha conosciuto, in tutto il suo svolgersi, un potere politico incompiuto, intendendo con questo aggettivo contrassegnare un potere politico che non tendeva a controllare e disciplinare ogni manifestazione del sociale, che non si proponeva come totalizzante. Anche quando, talvolta, si manifestava in poteri tirannici, cioè smodatamente assoluti, non c'era mai nella testa del Principe/tiranno un progetto omnicomprensivo quale quello dello Stato durante la modernità. Credo fermamente che si possa correttamente parlare, per il medioevo, di una civiltà storica senza Stato, aggiungendo che reliquie di una siffatta concezione del potere politico si sono trascinate, come si dice nel testo, sino alla fine dell'antico regime, sino alle soglie della rivoluzione francese. Per maggiori chiarimenti mi permetto di rimandare a un mio lontano saggio: *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)* (1996), ora in Paolo Grossi (a cura di G. Alpa) (Maestri del diritto, 3), Roma/Bari, Laterza, 2011, p. 66 ss..

<sup>5</sup> Sulla convinzione che nel medioevo non abbia mai allignato il soggetto politico 'Stato', ossia un soggetto politico totalizzante e tendenzialmente omni-comprensivo, è fondata una mia analisi vecchia di quasi venti anni: *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari, Laterza, 1995 (18a rist. 2013).

<sup>6</sup> Che è riduzionismo perché riduce, cioè restringe e impoverisce, la straripante ricchezza di un diritto lasciato libero di esprimere tutta la variegata complessità della società. Del 'riduzionismo' messo in atto dalla civiltà moderna nell'Europa continentale (e nelle sue colonie) ho parlato diverse volte in questi ultimi anni. Basti rinviare alla mia lezione dottorale del 2009 presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli: *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, ora nella raccolta antologica a cura di G. Alpa: *Paolo Grossi*, (Maestri del diritto, 3), cit., p. 19 ss..

<sup>7</sup> Il termine 'codice' può essere assunto nella accezione affatto generica di raccolta di norme, o, tutt'al più, quale raccolta sistematica di norme (come avviene, nei tanti 'testi unici' presenti nel nostro ordinamento positivo). Sul piano storico-giuridico, lo stesso termine viene assunto in un suo specifico significato, caratterizzando la svolta nella concezione e sistemazione delle fonti del diritto proprie del periodo immediatamente successivo alla rivoluzione francese, quando, nell'onda di un ossessivo pan-legalismo, si vuole controllare la produzione giuridica cancellando ogni fonte extra-legale e si ha la presunzione di poter ridurre una ampia branca disciplinare (diritto civile,

penale, processuale), con il rischio concretissimo che i comandi codificati non saranno in grado di tener dietro all'incessante divenire sociale, economico e tecnico, rendendo effettivo il distacco cui or ora si accennava.

C'è di più: la modernità, tutta tesa a difendere una siffatta visione perché congeniale alla propria strategia di controllo del 'giuridico', non ha mancato di elaborare alcune mitologie a efficace supporto di quella difesa<sup>8</sup>; e si è affermata la sopra-ordinazione del diritto legale rispetto ai caotici e mutevoli fatti di vita, proclamando la virtù della astrattezza, della purezza dalla greve fattualità quotidiana, della sua *Reinheit* come solevano insegnare i grandi pandettisti tedeschi di fine Ottocento<sup>9</sup>.

3 – In confronto al rigido statalismo/legalismo della modernità il secolo nuovo, il Novecento, spicca per le sue sostanziali novità. Dopo i disordini sociali di fine Ottocento – culminati in lotte cruente e scioperi da parte di quel quarto 'stato' che non aveva fatto la rivoluzione del 1789 e che era rimasto soffocato nelle sue condizioni miserrime – l'apparato statale italiano, rigidamente monoclasse, si piega a un assetto pluralistico, e si volta finalmente una pagina decisiva della storia con la conquista – nel 1913 – di un quasi completo suffragio universale maschile<sup>10</sup>.

La semplicità del vecchio Stato borghese, dove attori sono il macro/soggetto Stato e il micro/soggetto individuo abbiente<sup>11</sup>, cede a un – non voluto, ma estorto – pluralismo sociale. La grande rivoluzione, nel 1791, d'un sol botto, con un puntuale atto legislativo<sup>12</sup>, aveva eliminato formalmente dal paesaggio socio-giuridico ogni forma associativa (fosse religiosa o professionale, sindacale o assistenziale),

---

commerciale, penale, processuale) entro un complesso dettagliatissimo di previsioni normative – appunto, il Codice – concepito come sistema chiuso, esclusivo, proiettato in un futuro indefinito.

<sup>8</sup> Mitologie, cioè verità apodittiche alle quali si impone di credere senza poterne discutere i contenuti. Facciamo un solo esempio a chiarimento: la legge è l'espressione della volontà generale. Verità molto discutibile, giacché troppo spesso la legge è espressione arbitraria del potere politico. Per un ampio sviluppo di questa impostazione, cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007 (3° ed. accresciuta).

<sup>9</sup> Nella storia della scienza giuridica, con la denominazione di Pandettisti ci si intende riferire a una cospicua corrente di giuristi (professionalmente docenti universitari) operanti in Germania nel Settecento e nell'Ottocento, che, in assenza di una codificazione generale nel *Reich* tedesco, costruiscono, sulla base del diritto romano giustiniano (e, in particolare, del Digesto, denominato grecamente Pandette), un diritto raffinatamente teorico ma anche esasperatamente concettualizzato, che risente di un alto grado di speculazione scientifica finalizzata a depurarlo da scorie fattuali di indole economica e sociale.

<sup>10</sup> Esteso a tutti i cittadini maschi, che avessero non meno di trenta anni e prestato servizio militare (una lettura estremamente istruttiva può essere ancora oggi rappresentata dal documentatissimo, lontano ma ormai classico saggio di Gaetano Salvemini (*Fu l'Italia prefascista una democrazia?*, in *Il Ponte*, VIII (1952)).

<sup>11</sup> Sulla 'semplicità' e 'compattezza' dello Stato moderno, realtà qualitativamente opposta alla 'società di società' protrattasi – per molti aspetti – dal grembo medievale sino alla fine dello *ancien régime*, mi sia consentito di rinviare a: P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra medioevo ed età moderna* (2003), ora in P. G., *Società, diritto, Stato – Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 75 ss..

<sup>12</sup> E' appena il caso di avvertire che ci si riferisce alla cosiddetta legge Le Chapelier, che aveva, d'un solo colpo, annullato (*anéanti*, come recita il testo legislativo) ogni forma di comunità intermedie (fatta salva, ovviamente, la famiglia).

dovendo la società essere una sorta di piattaforma liscia su cui potevano senza intoppi proiettarsi e dispiegarsi le volontà del potere politico. Riduzionismo artificioso<sup>13</sup>, giacché le comunità intermedie erano – come sono sempre state e sempre saranno – il naturale esprimersi e consolidarsi della complessità della società, tanto è vero che hanno continuato a vivere in modo latente ma effettivo, pronte a riemergere virulente alla superficie appena che il regime elitario avesse rallentato la sua morsa.

E' quanto avviene a cavallo fra Ottocento e Novecento, quando la società sembra quasi prorompere in tutta la propria complessità, dando voce sempre più sonora alle sue interiori articolazioni prima costrette al silenzio. Quello che è un sommovimento strutturale<sup>14</sup> diviene, però, in Italia, prontamente, oggetto di riflessione scientifica grazie a un giurista ben fornito di sapienza teoretica e tecnica ma attento e vigile osservatore del proprio tempo e dei segni in esso fortemente impressi. Nel 1909 questo docente di diritto pubblico nell'Ateneo pisano, Santi Romano<sup>15</sup>, dedicò il solenne discorso inaugurale dell'anno accademico a un tema inusuale e volutamente stimolatorio: "Lo Stato moderno e la sua crisi"<sup>16</sup>, discorso inaugurale ma anche, con nitidezza, annuncio squillante del parecchio di nuovo che sta invadendo nel chiuso laboratorio degli scienziati del diritto e di cui non è ormai più lecito disinteressarsi.

La diagnosi di Romano è netta: crisi, perché il rapido mutamento ha incrinato le muraglie erette intorno all'edificio giuridico/legale; dall'esterno i fatti sociali ed economici irrompono senza che lo Stato possa più controllarli, mentre la società si auto-ordina prescindendo dai dogmi e dai miti del diritto legale.

Di lì a poco, nello sconvolgimento provocato dalla prima guerra mondiale, lo stesso legislatore italiano, stretto dalle enormi necessità belliche che sempre più urgono, è costretto a fare i conti con quei fatti che i vecchi miti della astrattezza e della purezza avevano creduto di poter esorcizzare, e la legislazione eccezionale di guerra degli anni fra il 1915 e il 1919 ne è la prova lampante<sup>17</sup>. I fatti riprendono il protagonismo, e per i giuristi si profila un paesaggio sostanziosamente nuovo: la fattualità del diritto, o, se volete, la sua ineliminabile impurità, la sua dipendenza dalla bassa corte dei fatti (soprattutto economici)<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> E' un tema ricorrente nelle mie pagine, soprattutto di questi ultimi anni. Esplicitamente in una Relazione congressuale trevigiana del 2006: *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, ora in *Società, diritto, Stato*, cit., p. 229.

<sup>14</sup> Il riferimento è alla crisi economica, alle lotte sociali e politiche.

<sup>15</sup> Su questo notevolissimo giurista, docente di discipline gius-pubblicistiche in diverse Università italiane (Palermo 1875 – Roma, 1947) e sul suo messaggio scientifico, per chi volesse saperne di più, cfr. P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), ora in *Società, diritto, Stato*, cit., p. 143 ss..

<sup>16</sup> Ora in: Santi ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi – Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

<sup>17</sup> Offro qui due esempi, appunto lampanti: a smentita del principio codicistico della parità giuridica delle parti nel contratto, la protezione dei contraenti economicamente deboli realizzata con la proroga legale di tutte le locazioni; le pesanti limitazioni inflitte alla libertà del proprietario obbligandolo a coltivare terre abbandonate o a particolari coltivazioni essenziali nel difficile frangente bellico. Sulla profonda incidenza della legislazione eccezionale di guerra per la storia del diritto in Italia e in Europa, cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2007, p. 227 ss..

<sup>18</sup> La fattualità nel diritto si concretizza nella inseparabilità tra fatti e diritto; anzi, in una enorme virulenza di certi fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo. Per chiarimenti e approfondimenti sulla nozione (che è, sicuramente, di non facile accesso per il non/giurista) rinvio a una mia recentissima precisazione: *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giustizia civile*, a. 2014, fasc. 1.

Una testimonianza eloquente ce la dà proprio la scienza giuridica italiana troppo spesso incolpata di impassibilità, e ce la dà in un anno niente affatto ordinario, il 1918, anno finale di una guerra che i giuristi non possono ridurre a uno scontro tra potenze politiche, ma che è piuttosto il più vistoso cippo confinario tra modernità e pos-modernità. E' la voce alta di Santi Romano, che pubblica nel '18 un libretto intitolato "L'ordinamento giuridico"<sup>19</sup>, dove il diritto è colto, nella sua essenza, più come *ordinamento* che come *comando* e che, in quanto tale, cioè in quanto chiamato a ordinare il magma sociale, trova la sua genesi non nei palazzi alti del potere ma nel basso della società, la quale si salva dal caos appunto auto-ordinandosi<sup>20</sup>. E' la voce penetrante di un filosofo del diritto, Giuseppe Capograssi, che scrive nello stesso anno un "Saggio sullo Stato", impietosamente descritto, fuori dai consueti fervorini apologetici, come un "povero gigante scoronato"<sup>21</sup>.

Questi due giuristi dallo sguardo aguzzo individuano bene una linea di tendenza che percorrerà – via via ingigantendosi – l'intero corso del secolo ventesimo e che può essere sintetizzata, come ho scritto anche altre volte, nell'insegna: sempre più società, sempre meno Stato. E si assiste a quella che potremmo impressionisticamente chiamare la rivincita della società, la quale trova riscontro, sul piano del divenire della scienza giuridica, nel farsi strada (anche se lentamente e faticosamente) delle diagnosi romaniane, nel superamento di una concezione squallidamente potestativa del diritto, nella identificazione di questo in una dimensione ordinativa assai più che normativa.

4 – E' particolarmente nella seconda metà del Novecento che si ispessisce la linea di tendenza grazie a due eventi che sono formidabili per la vicenda storica del diritto in Italia.

Il primo è, senza alcun dubbio, la Costituzione del 1948 dopo una sua ponderatissima elaborazione da parte della Assemblea Costituente durante i due anni precedenti.

E' un testo che si inserisce nel solco del grande movimento costituzionalistico dei secoli XVIII-XX, ma che appartiene decisamente a quella seconda fase – fase novecentesca, inaugurata in Germania, a Weimar, nel 1919<sup>22</sup> – riflettente realtà politiche ormai autenticamente democratiche<sup>23</sup>. E poco ha a che vedere con

---

<sup>19</sup> Sul significato di questo libretto romaniano – tenue di pagine ma densissimo di proposte epistemologicamente nuove e salutifere – il lettore può consultare il mio saggio citato alla nota 15. Il libretto è stato recentissimamente ristampato, per cura del nipote Alberto Romano, entro il volume: *L'ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013 (dove si trova anche un prezioso profilo bio-bibliografico del grande gius-pubblicista redatto da Alberto Romano).

<sup>20</sup> Io ho ritenuto di dover parlare, in diverse occasioni, di una autentica rivoluzione culturale che si attua grazie alla innovativa impostazione di Romano. Parlare innanzi tutto di 'ordinamento' - e non più di 'norma', 'comando', 'potere', come sempre si era fatto in passato - ha il preciso significato di un capovolgimento dell'angolo di osservazione dal quale si deve guardare al diritto per coglierne l'essenza. Infatti, se è chiamato a ordinare, cioè a realizzare un ordine effettivo, lo può fare all'unica condizione di tenere nel debito conto valori e interessi circolanti nel basso della società, di cominciare da una osservazione attenta di questi traducendo il loro contenuto – grezzo ma vivo e vivace perché calato nel profondo della coscienza collettiva – in principii e regole atti a disciplinare il caos socio-economico.

<sup>21</sup> G, CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato* (1918), ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I, p. 5.

<sup>22</sup> E' palese il riferimento alla carta costituzionale, che progettò e redasse, immediatamente dopo il crollo dell'impero degli Hohenzollern, appunto nel 1919, una assemblea costituente adunatasi a Weimar, città simbolo della più alta cultura germanica. Respingendo decisamente le mitologie giusnaturalistiche ed esprimendo pienamente il tempo pos-moderno del primo dopoguerra, si tenta in essa di leggere, per la prima volta, la società tedesca in tutta la sua

le 'carte dei diritti' sette/ottocentesche, che si proponevano come cataloghi di diritti intangibili dagli arbitrii del potere pubblico, cataloghi certamente preziosi per il cittadino ma elencazioni di indole filosofico-politica viziate dall'astrattezza, ossia dal loro misurarsi non su uomini in carne ed ossa bensì su modelli disincarnati, e tali da lasciare inesorabilmente il ricco nella sua ricchezza e il miserabile nella sua miseria<sup>24</sup>.

La Carta nostra del'48 è caratterizzata nelle sue scelte fondamentali dal clima storico in cui essa germinò e si definì compiutamente: la società italiana dell'immediato secondo dopoguerra, che relegava nel passato una immane tragedia bellica, una dittatura oppressiva, una monarchia sabauda ottusa e incapace; che si sentiva rinnovata nel suo profondo quale comunità vivente un assetto finalmente democratico; che si caricava finalmente sulle spalle anche la responsabilità e l'entusiasmo di costruire il proprio futuro; che intendeva ordinare il presente quale esperimento non effimero ma destinato a proiettarsi in un futuro amplissimo, indefinito<sup>25</sup>. Non era sicumera, e che non lo fosse lo dimostra la vitalità dei 'principii fondamentali' e della 'prima parte', che constatiamo ancora oggi a più di sessanta anni dalla sua entrata in vigore.

Il risultato fu agevolmente conseguito, perché i costituenti, eletti liberamente dalla totalità del popolo italiano, non si ritennero un circolo esclusivo, ma si sentirono chiamati a leggere la società nei suoi valori, negli interessi in essa diffusi, nei suoi fatti di vita, così come la coscienza collettiva nella sua ritrovata

---

complessità, traducendo in principii e regole della formanda 'carta' valori e interessi universalmente condivisi dalla comunità generale (una comunità sorpresa e identificata come congiunzione armonica di tante e diverse comunità particolari)

<sup>23</sup> Autenticamente democratiche perché autenticamente pluraliste. Lo Stato monoclasse ottocentesco è ormai alle spalle, ed è uno Stato pluriclasse che, in Germania nel 1919 e in Italia nel 1948, esprime carte costituzionali profondamente nuove rispetto alle carte dei diritti della modernità.

<sup>24</sup> Le 'carte dei diritti' sono, infatti, il frutto di quelle correnti di pensiero e di azione, circolanti in tutta l'Europa occidentale, che siamo soliti identificare nel cosiddetto 'giusnaturalismo'; correnti che, dal Seicento in poi, tentano di porre un argine agli arbitrii dell'assolutismo politico richiamandosi a un preteso stato di natura primordiale, che si pretende esistente prima che gli uomini si organizzassero in comunità politiche ed entro il quale ciascun individuo era titolare di diritti fondamentali (primo fra tutti quello di proprietà individuale) inalienabili ma soprattutto inespugnabili espropriabili dai detentori del potere. Si trattava di un prezioso espediente per tutelare il singolo cittadino, ma si trattava anche di un artificio, giacché lo stato di natura non era mai esistito storicamente e si identificava in un paesaggio fuori del tempo e dello spazio dove galleggiavano non uomini in carne ed ossa, bensì figure astratte, non soggetti carnali ma modelli di uomo (ovviamente, l'uno uguale all'altro come sono appunto i modelli usciti da un unico stampo). Un siffatto modellamento a-storico dei diritti viziava tutta la costruzione giusnaturalistica per una sua insoddisfacente astrattezza; la quale arrivava al risultato di conservare le disuguaglianze di fatto, di premiare di fatto i soggetti socialmente ed economicamente forti, di lasciare – al contrario – ai deboli elargizioni astratte intraducibili in un miglioramento delle loro effettive situazioni di vita. Il giusnaturalismo, insomma, arrestandosi a un disegno meramente astratto del paesaggio sociale, costituiva anche una strategia di conservazione delle disuguaglianze fattuali. L'esempio (che sarà fatto tra poco nel testo) del principio di uguaglianza formale è forse il più vistoso. Se serviva a togliere il singolo dalle iniquità di un assetto sociale basato su un ineludibile ingabbiamento cetuale (come quello dell'Europa medievale e pos-medievale), non offriva nessun contributo per togliere il nullatenente dalla abiezione della sua miseria.

<sup>25</sup> Sulla carica vitale del lavoro dei padri costituenti e sulla loro convinzione di costruire, certamente non per l'eternità ma sicuramente per la lunga durata, ho ritenuto di spendere recentissimamente una decisa sottolineatura: *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, a. 2013, 3, p. 607 ss..

autonomia segnalava nitidamente. Non era un dialogo elitario fra dotti o fra potenti, poiché il vero interlocutore dei costituenti fu il cittadino comune identificato nella concretezza della sua esistenza quotidiana, il notevole così come il minimo, l'ultimo. E' per tutti loro che la Carta vuole proporsi quale indispensabile breviario giuridico trattando di religione e di cultura, di paesaggio, di salute e di educazione, di strutture economiche e di formazioni sociali.

Non tralasciamo di precisare un punto fondamentale. Questa Costituzione, la nostra, non è il frutto di una operosità dello Stato (come nel caso dello 'Statuto' concesso dal re Carlo Alberto); essa, al contrario, preesiste allo Stato, alla cui formazione dà un contributo essenziale. E' il popolo sovrano che la esprime per il tramite della Assemblea Costituente, ed è senza filtri, immediatamente, che nel e dal seno della società civile italiana essa viene letta. Per il tramite della Costituzione la società lasciava la condizione di piattaforma inerte per porsi in rapporto con il nuovo ordine giuridico che si stava disegnando per la nuova Repubblica; un ordine giuridico che non peccasse più di astrattezza<sup>26</sup>; e la complessità della trama sociale trovava una rappresentazione speculare nella 'carta', dove non erano più soltanto il macro/soggetto e i micro/soggetti individui a signoreggiare, ma si dava finalmente il dovuto rilievo alle comunità intermedie, esse pure naturali componenti di quella trama.

Un esempio efficace varrà a trarre queste affermazioni dalle secche della bassa retorica, e riguarda il principio di uguaglianza. E' il principio/cardine di cui anche il primo costituzionalismo va fiero e, giustamente, lo troviamo conclamato in tutte le 'carte dei diritti' settecentesche; giustamente, perché era il valido strumento per sottrarre l'individuo dai vecchi e iniqui irretimenti cetuali. Si tratta, però, di semplice uguaglianza formale misurata su di un modello astratto di uomo, la quale – nella effettività storica – si traduce unicamente in mera possibilità di uguaglianza di fatto: il povero non ha limiti cetuali per diventare ricco ma l'ordinamento non si dà cura per aiutarlo a conseguire il risultato appagante. L'assetto borghese

---

<sup>26</sup> Con straordinaria lungimiranza, agli inizi del 1945, anno tragico ma carico di speranze e, in quanto tale, storicamente fertilissimo, Giuseppe Capograssi, un filosofo che si imponeva di arrivare alle categorizzazioni filosofiche partendo dall'osservazione dell'esperienza col fine dichiarato che quelle servissero a questa, in mezzo al fitto crescente discutere che si andava facendo su una nuova Costituzione per una nuova Italia, espresse alcuni dubbi, o, meglio, alcune sue certezze scaturenti dai dubbi ingenerati in lui da parecchi progetti che cominciavano già allora a delinearsi. In ordine al progetto che egli nutriva nella sua testa e che gli appariva assai distante da quello manifestato da molti politicanti, Capograssi si domandava: "C'è questa fede nel pensiero, nella ragione, nella libertà? C'è questo senso di rispetto della vita in tutte le sue forme concrete, del libero muoversi e realizzarsi della varia, incredibilmente varia, natura umana?". Domande legittime, perché la 'sua' Costituzione doveva essere "il centro, il punto fermo attorno a cui si deve raccogliere, e trovare unità e sostegno, la infinita mobilità della vita storica di un popolo". Se non si fa questo, è come costruire un edificio sradicato dai valori condivisi nella coscienza collettiva. Al contrario, "una costituzione per essere tale deve essere proprio l'effetto e l'atto di un comune potente vissuto pensiero" ( G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla costituzione*, ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. VI (le citazioni fatte sono alle pp. 106, 107, 108). Il lungo riferimento ai 'dubbi' del grande sulmonese non è una diversione rispetto a quanto si va dicendo nel testo, ma piuttosto il corroboramento di quell'idea forte – propria dei futuri Padri Costituenti – che un progetto autenticamente costituzionale non può consistere né in un insieme coordinato di comandi, né in un breviario dei poteri dello Stato. E' un breviario, sì, ma di valori letti nella storia stessa di un popolo.

Sia consentito di notare che Capograssi pubblica la sua riflessione all'interno del 'Meridiano', un foglio quindicinale di accesa discussione (anche se sostanzialmente di impostazione liberal-democratica), promosso e redatto dallo storico del diritto Guido Astuti e dal canonista Pio Fedele (responsabile), che ha la breve vita di un solo anno (dal 1 febbraio 1945 al 15 gennaio 1946) ma che attrae la collaborazione dei migliori giuristi operanti allora nell'Italia post-fascista.

della civiltà moderna, poco sensibile a istanze solidaristiche, non voleva, infatti, turbare la distribuzione delle fortune anche se macroscopicamente disuguali.

Significativo è, invece, l'articolo 3 della Costituzione italiana, il quale, dopo avere affermato nel comma primo l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, ossia il sacrosanto principio della uguaglianza formale, si distende in un secondo comma ritenuto indispensabile all'interno di una società che voglia proporsi come autenticamente democratica. Non sarà male rileggerlo insieme, anche se universalmente noto: "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana".

Sottolineo una espressione non innocua: "limitando di fatto", che ci indica come i padri costituenti non abbiano voluto disinteressarsi di quel piano fattuale, nel quale i cittadini in carne ed ossa operano e dal quale restano condizionati. Che non fosse innocua se ne era reso perfettamente conto chi, portatore nella Assemblea Costituente della concezione astratta di uguaglianza tipica delle vecchie 'carte dei diritti', fece di tutto (e ne è traccia negli 'atti' assembleari) per togliere quel riferimento<sup>27</sup>.

Proprio per questa sua immersione nei valori universalmente condivisi ma anche nei fatti di vita del cittadino qualunque la Costituzione italiana è espressione fedele di quel secolo così carico di novità che è il Novecento, e, nella sua funzione enunciativa dell'ordine fondamentale della Repubblica, è un evento determinante nello svolgimento dell'ordine giuridico in Italia.

Una parte della nostra scienza giuridica, ancora asservita ai radicati dogmi dell'assoluto imperio del Parlamento e della legge ordinaria, ebbe, dapprima, diffidenza per una 'carta' tanto diversa dal vecchio 'Statuto' albertino e tanto più invasiva, e non mancarono tentativi di devitalizzazione relegandola tra i sublimi ma inoffensivi sermoni filosofici. Fortunatamente, non tardò a prender campo chi coglieva in essa un breviario di canoni fondamentali attraverso il quale valutare ogni manifestazione dell'ordine giuridico<sup>28</sup>. E il lavoro da fare parve subito grosso, anche perché, durante il regime fascista, si erano accumulati Codici di eccellente fattura tecnica ma segnati da una sconcertante distanza dai valori affermati nella Costituzione. I Codici andavano *riletti* alla luce di quei valori, come scriveva pionieristicamente nei tardi anni Sessanta un civilista di straordinaria vigilanza culturale, il nostro socio Pietro Rescigno<sup>29</sup> (che mi onora oggi della sua presenza in questa aula).

5 – Ma v'è un secondo evento del tardo Novecento, che si presenta – per riprendere una aggettivazione già da me usata – veramente enorme per l'esperienza giuridica italiana; ed è il progressivo inserimento dello Stato nelle varie organizzazioni europee, che, dagli anni Cinquanta, si sono susseguite: dapprima, un mercato comune, poi assetti comunitarii via via più complessi, infine dal 1992 una Unione che

---

<sup>27</sup> Chi volesse saperne di più può vedere la documentazione che ho creduto di offrire nel saggio citato nella nota precedente (cfr. pp. 619-620).

<sup>28</sup> Si potrebbero elencare diversi nomi. Ci si limita a indicare due volumi, puntualissimi nella loro specificità: quello di Paolo Barile (1917 – 2000) "La Costituzione italiana come norma giuridica" (1951); quello di Vezio Crisafulli (1910 – 1986) "La Costituzione e le sue disposizioni di principio" (1952).

<sup>29</sup> Il testo pionieristico di Pietro Rescigno è il seguente: *Per una rilettura del codice civile* (1968), ora in *Codici – Storia e geografia di un'idea*, Roma/Bari, Laterza, 2013.



si propone tale sul piano politico e giuridico (anche se entro un processo incompiuto perché lento e assai faticoso).

La notazione che preme subito fare, precisamente in relazione al tema della nostra 'lectio', riguarda l'origine del processo di unificazione, origine che darà un marchio di tipicità a tutto il futuro svolgimento. L'Europa, infatti, nata per l'esigenza di un mercato comune, cioè di una più stretta ed efficace cooperazione economica, ha sempre visto valorizzata nel suo seno la dimensione economica, assurgendo la stessa fattualità economica a elemento che permane protagonista anche nella costruzione del suo ordinamento giuridico. Il cittadino europeo non è mai pensato come un modello astratto, ma la sua carnalità è sempre intrisa di economicità, e la sua identificazione è conseguente: la dimensione, che maggiormente conta, concerne la sua azione all'interno della dimensione economica, e, sopra ogni altro aspetto, egli è produttore o consumatore.

Accanto a questa tipizzante fattualità conviene sottolineare almeno un altro profilo dell'Europa giuridica, che dà tipicità al suo progrediente diritto e costituisce un momento arricchente per il pianeta Italia, ieri insulare Stato sovrano, oggi tessera autonoma dell'ampio e diversificatissimo mosaico europeo dove si realizza una unità delle diversità rispettando le peculiarità storiche delle diverse tessere componenti<sup>30</sup>.

E riprendiamo quell'accenno fatto poco sopra all'Europa quale lungo cammino nel suo lento compiersi come ordinamento giuridico. Da questo punto di vista essa si identifica in un itinerario di ricerca, di ricerca di se stessa. Non dimentichiamo, infatti, che, all'inizio e nei suoi primi passi, ci sono solo dei 'Trattati', ossia degli strumenti pattizii fra alcuni Stati. In altre parole, l'Europa non assume una Costituzione o un complesso di leggi quale suo basamento originario.

E' per questa sua singolarità storica che il diritto 'europeo' (che è tuttora progrediente, come ho appena detto) trova il suo motore primo in un organismo giudiziale - la Corte di giustizia sedente a Luxembourg - assai più che nel Parlamento e nella sua istituzione di governo, la Commissione. Il suo diritto non può che avere un'origine casistica, emergere nel 'quotidiano' delle crescenti controversie, consolidarsi in un insieme (sempre più ricco) di situazioni giuridiche cui un giudice - la Corte di giustizia - fornisce adeguata tutela. E' dalla decisione di un caso che prende forma un diritto fondamentale ed è da un gruppo di casi risolti che prende forma un principio<sup>31</sup>.

Insomma, l'Europa giuridica ci si presenta soprattutto come un ordinamento giurisprudenziale, intendendo con questo aggettivo (che al non/giurista può riuscire oscuro) un ordinamento che trova la sua fonte primaria non in un organismo politico, bensì nell'operosità inventiva dei giuristi, dei tecnici che sanno di diritto a causa di una loro precisa esperienza professionale. Nella vicenda europea si tratta particolarmente di giudici, anche se in essa si dà sempre più spazio all'apporto dei cultori della *scientia iuris*,

---

<sup>30</sup> Che l'Unione contribuisca alla salvaguardia e allo sviluppo di comuni valori "nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa" è scritto a chiare note nello stesso 'Preambolo' della Carta dei diritti fondamentali, che, ora, con il patto di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei Trattati".

<sup>31</sup> E' di grande interesse la lettura del bilancio che la stessa Corte ha promosso in occasione dei primi sessanta anni di lavoro: *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, Berlin/Heidelberg, 2013.

i quali, in quanto tali, sono in grado di elaborare quelle generali categorie ordinanti assolutamente necessarie a organismi politico-giuridici dalla straordinaria complessità<sup>32</sup>.

Prima di tirare qualche conclusione su questo punto, desidero aggiungere un ultimo rilievo circa una fertile invenzione della Corte di giustizia; la quale, già con un suo giudicato del 1970<sup>33</sup>, collega strettamente l'individuazione dei diritti fondamentali a un serbatoio fino ad allora non valorizzato: le 'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri'. Non testi cartacei, non norme autoritarie, ma tradizioni, ossia un terreno complesso e inespresso di esperienze tanto effettivamente vissute e tanto intensamente radicate da immedesimarsi nella storia di un popolo. Serbatoio, però, che va 'scoperto', interpretato e consolidato in principii, procedimenti tutti congeniali alla comunità dei giuristi, confermando l'immagine del diritto europeo quale diritto prevalentemente giurisprudenziale.

Purtroppo, se si pone mente che un vizio, trasmessoci da una virulenta modernità giuridica e tuttora ben penetrato nella statua interiore di troppi giuristi insensibili al divenire, è lo statalismo/legalismo e che, pertanto, il mito più resistente appare ancora oggi quello della sacralizzazione del legislatore (come depositario unico della verità) e della conseguente indiscutibilità della sua creatura (la legge); se si pone mente a questo, si può ben capire il significato per il diritto 'italiano' di un costante rapporto osmotico con un'Europa giuridica che si intride di fattualità economica e che, nel suo volto giurisprudenziale, dimostra la validità di fonti diverse dalla legge in momenti – come il nostro – di rapide e intense mutazioni a ogni livello. L'Europa giuridica rispecchia il nostro tempo tardo/novecentesco.

L'aggettivo 'enorme', a proposito dell'inserimento europeo della nostra Repubblica, non era pertanto né declamatorio né esagerato.

6 – Come ho già segnalato, il Novecento si era aperto all'insegna di parecchie novità, che stentavano a farsi strada per la esistenza e resistenza di un blocco sorretto, dall'esterno, da parte del potere politico e, dall'interno (cioè dall'interno della stessa scienza giuridica) da mitologie allignanti nel profondo della psiche dei giuristi.

Ricordiamo a noi stessi in che consistessero le novità: nella crisi strutturale in atto e nella percezione di personaggi lungimiranti (primo fra tutti Santi Romano); nella bruciante insoddisfazione verso un diritto puro, scarnificato e misurato su un modello a-storico di cittadino, cui corrispondeva, nel secondo e terzo decennio del secolo, l'emersione di diritti speciali (il diritto del lavoro, il diritto agrario)<sup>34</sup> tesi a

---

<sup>32</sup> Ho tenuto a sottolineare questa tendenza in una mia recentissima riflessione sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto europeo (*Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contratto e impresa/Europa*, XVIII (2013), n. 2, p. 681 ss..

<sup>33</sup> Per esattezza, la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970 (Causa 11/70 – In diritto, n. 4).

<sup>34</sup> Fino a questo momento il rapporto di lavoro subordinato non aveva una sua disciplina autonoma, ma continuava ad essere pensato e risolto, secondo una impostazione che risaliva al diritto romano e che si era mantenuta intatta per duemila anni, con lo schema contrattuale della cosiddetta locazione di opere (*locatio operarum*), appartenente al *genus* locazione e strutturalmente simile alla locazione di cose. Si perseverava, così, in una completa mercificazione del lavoro umano e in una totale indifferenza per la sua dimensione sociale e per la dignità del soggetto lavoratore. E' soltanto nei primi decenni del Novecento che si comincia a disegnare un contratto autonomo di lavoro e a sottrarlo dal grembo appiattente dei tradizionali schemi contrattuali civilistici. Ed è negli anni Venti che si comincia a parlare di un 'diritto agrario', intendendo con questa insegna un insieme di istituti giuridici cui i fatti strutturali ed economici

rompere l'unità civilistica in nome di invadenti e non più coartabili istanze sociali ed economiche (istanze, alle quali lo stesso legislatore di guerra, come abbiamo visto, aveva dovuto piegarsi). E prendevano forza i fatti, premendo sul diritto ufficiale o creando soluzioni giuridiche spontaneamente osservate nel basso della società.

A livello ufficiale permaneva, tuttavia, il mito della legge, difeso dal regime fascista quale prezioso strumento nell'esercizio del potere. Ed è proprio nel ventennio della dittatura che abbiamo una fioritura di Codici chiamati a disciplinare settori vitali dell'ordinamento giuridico. Persisteva la visione 'moderna' che pretende accentrare nel 'legislatore' la creazione del diritto e nella legge la sua ordinaria, naturale, manifestazione.

Persisteva anche la strategia, tutta moderna, posta a tutela della legge e consistente nella affermazione di una rigida gerarchia delle fonti, alla cui sommità stava appunto la legge, in una posizione capace di vanificare ogni tentativo di diversificazioni pluralistiche. E' il congegno ribadito nelle 'disposizioni preliminari' anteposte al Codice Civile del 1942, che, per deplorabile inerzia, sono ancora vigenti, formalmente intatte nelle parti vitalissime concernenti l'assetto gerarchico delle fonti e l'interpretazione della legge<sup>35</sup>.

Già! Perché alla visione legolatrica della modernità si era sempre pervicacemente accompagnata la strategia volta a devitalizzare ogni tipo di interpretazione che consentisse, nel processo di formazione della norma, l'inserimento di soggetti estranei al controllo politico e, pertanto, rischiosissimi. L'interpretazione era stata una fucina fertile per lo sviluppo del diritto in ordinamenti come quello romano e quello medievale, dove la consuetudine era la fonte prevalente e alla *iurisprudencia* era affidato il compito di sistemare tecnicamente i rozzi fatti consuetudinari disegnando figure teoriche liberate dalla empiria dei particolarismi.

Le osservazioni e le diagnosi di Santi Romano, di Capograssi e di pochi altri, malgrado il loro carattere genuinamente affrancatorio, restarono abbastanza appartate, mentre il gregge dei giuristi – nella sua stragrande maggioranza – continuò a plaudire inconsapevolmente alle mitologie giuridiche moderne e a una rigida e indiscutibile gerarchia delle fonti; la quale era, però, fatta apposta per togliere ogni funzione attiva a chi sapeva di diritto, fosse giudice o maestro teorico; a essi fu consentito solo il non/ruolo di spiegare il testo di una norma, facendo uso unicamente degli strumenti offerti da una logica deduttiva, senza che – in alcun modo – la loro volontà venisse a interferire con quella del legislatore. Si volle, insomma, sottoporre i giuristi a una brutale evirazione, sottraendo loro di essere interpreti (ossia mediatori fra il testo immobile e il divenire dei fatti) e lasciando loro il rango basso di esegeti<sup>36</sup>, di meri servitori della norma. E più di un giurista italiano ha voluto dichiarare il proprio orgoglio di essere *servus legis*, con un

---

della coltivazione e della produzione conferiscono specificità e, consequenzialmente, autonomia rispetto all'astratto diritto civile.

<sup>35</sup> Vitalissime, perché concernenti nodi vitali di ogni ordinamento giuridico. In particolare, negli articoli 1/9 si stabilisce la supremazia della legge sulle altre fonti del diritto, mentre nell'articolo 12 si continua ad affermare un concetto di interpretazione riprodotto l'impostazione riduttiva propria dello statalismo/legalismo moderno.

<sup>36</sup> Subito dopo le grandi codificazioni francese e austriaca dei primi anni dell'Ottocento si sviluppò una corrente di giuristi, che furono poi chiamati esegeti per la loro vincolazione alle disposizioni fissate nei testi autorevoli dei Codici. Egesi, parola di calco greco, proveniva dalla scritturistica sacra, dove il testo, in quanto voluto e dettato da Dio stesso, non poteva subire la pur minima variazione per opera di interventi umani.

frasario identico a quello di un illuminista settecentesco<sup>37</sup>. E', tuttavia, penoso che simili dichiarazioni siano state espresse anche dopo le infami leggi razziali italiane del 1938, dimostrazione atroce che il legislatore non poteva meritare una incondizionata fiducia.

7 – Mi sono volutamente dilungato, riprendendo e anche sviluppando motivi precedentemente già accennati, affinché risultasse più chiaro quanto la Costituzione e il progetto europeo fossero incisivi e turbativi del vecchio paesaggio giuridico trascinato per inerzia fino a metà del secolo e della vecchia psicologia di parecchi giuristi neghittosi. Lo statalismo/legalismo e il suo frutto più cospicuo, la gerarchia delle fonti, cozzavano frontalmente con il pluralismo sociale e giuridico propugnato nella nostra Carta e con quella che sarà la fattualità e giurisprudenzialità del diritto europeo.

Va, poi, tenuto nel debito conto che si andava attuando, dagli anni Cinquanta in poi, il passaggio da un regime sostanzialmente monista (il Parlamento quale unico produttore di norme, la legge ordinaria quale fonte suprema<sup>38</sup>) a uno spiccatamente pluralista (nel quale diversi sono ormai gli statuti autenticamente normativi: la legislazione ordinaria, statale e regionale, il complesso normativo della Costituzione, il diritto europeo). Tutto ciò sconvolgeva il vecchio paesaggio giuridico e non mancava di turbare una maggioranza di giuristi – esegeti, nel fondo del loro animo – segnata da una avvilente pigrizia culturale.

Si aggiunga una circostanza di non poco rilievo con un incremento cospicuo soprattutto negli ultimi decenni. Lo sviluppo prodigioso delle tecniche arriva ad attuare quella che, senza enfasi, può identificarsi in una rivoluzione informatica, la quale investe l'immediato ieri, l'oggi e ancor più l'immediato futuro. Con una ulteriore circostanza determinante: una nuova stretta congiunzione con la signoreggiante dimensione economica. E', infatti, proprio grazie alle tecniche de/materializzanti che l'economia, costretta dalla sua vecchia ancillarità alla politica a fare i conti con la sovranità degli Stati e con il territorio su cui questa si esercitava, ottiene una formidabile emancipazione, tanto più che le tecniche de/materializzano precisamente quei beni oggi vitali rappresentati dagli strumenti finanziari del mercato<sup>39</sup>; il quale non solo non è più nazionale, ma si distende ormai in un orizzonte globale.

Il diritto e il giurista ne vengono investiti in pieno. Quest'ultimo, già turbato per l'attenuarsi delle antiche frontiere statali, non può che constatare – per taluni, con sincero sgomento – una proiezione che è addirittura globale; e, accanto ai diritti dei singoli Stati, della Unione sovranazionale europea e delle organizzazioni internazionali, prende forma una vera e propria 'globalizzazione giuridica'<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> A metà Settecento i canoni di questa *riduzione* esegetica sono espressi lucidamente e anche icasticamente dal massimo campione dell'illuminismo lombardo, Cesare Beccaria, in alcune pagine del suo – giustamente celebrato per le conquiste sul piano del diritto penale – libello "Dei delitti e delle pene", dove si identifica l'operazione intellettuale del giudice in un – inchiodante per lui – meccanismo sillogistico (cfr. cap. IV *Interpretazione delle leggi*).

<sup>38</sup> Il decreto/legge, ossia il provvedimento provvisorio con forza di legge adottato dal Governo in casi di necessità e d'urgenza, ha (o, almeno, dovrebbe avere) un carattere di assoluta straordinarietà (Cost., art., 77).

<sup>39</sup> Mi sia consentito rinviare a una mia recente riflessione: *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXVI (2012), p. 1059 ss..

<sup>40</sup> Una eccellente iniziazione può leggersi in: M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma/Bari, Laterza, 2012.

Con questo sintagma – usatissimo ma, il più delle volte, senza comprenderne il reale significato – ci si riferisce a quell’insieme di principii, di regole e di istituti (spesso nuovi di zecca), che il potere economico produce tenendo dietro ai bisogni del mercato. E’ un’opera creativa che i protagonisti di quel potere attuano (quasi sempre le grandi imprese multi-nazionali, fino a ieri quasi sempre nordamericane ma oggi anche appartenenti al medio ed estremo oriente), nella desolante contemplazione che i legislatori statuali e sovrastatali sono troppo lenti, sordi, impotenti per ordinare tempestivamente gli sviluppi rapidissimi della fattualità economica.

Si tratta di una prassi economica nella propria azione inventiva di nuovi schemi contrattuali, ignorati da Codici e leggi ma ritenuti efficaci dagli uomini di affari e, pertanto, spontaneamente osservati. In sostanza, si tratta di un ulteriore canale giuridico senza riconoscimenti ufficiali, che corre però – spedito e fattivo – parallelamente ai lenti e macchinosi canali ufficiali, dando vita a un ordinamento giuridico autonomo che non si è esitato a qualificare come un “*tiers ordre juridique*”<sup>41</sup>. Un siffatto diritto globale – che si usa anche definire, con un vecchio sintagma medievale, *lex mercatoria* – ha ormai un proprio ideario e vocabolario, proprii usi, proprii giudici privati, i cui lodi<sup>42</sup> più incisivi hanno avuto la ventura di essere raccolti, ed è oggi una presenza dinamica che male farebbe il giurista odierno a trascurare o, peggio ancora, a dispregiare.

Certo è che il panorama è complesso e complicato e siamo ben lontani da quando io, negli anni Cinquanta del secolo scorso, frequentavo la Facoltà giuridica fiorentina e parecchi docenti, venendo in aula con il Codice sotto braccio, potevano ancora credere che quel libriccino esprimesse la sostanza dell’unico ordinamento giuridico con cui il giurista era chiamato a misurarsi, quello dello Stato italiano.

8 – Se guardiamo appena dietro le nostre spalle o all’intorno, il senso che abbiamo cercato di seguire come filo conduttore che, dagli inizi del Novecento, conduce dritto fino a noi, si intensifica, si fa maggiormente netto: sempre più società, sempre meno Stato. Nella modernità il diritto veniva sottoposto alle forche caudine della *validità*, un setaccio spietato perché esige che giuridicità fosse soprattutto corrispondenza a un modello generale e autoritario confezionato in alto, con la condanna alla irrilevanza della maggior parte della proliferazione fattuale<sup>43</sup>. Il pos-moderno valorizza, al contrario, la *effettività*, con la disponibilità ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante<sup>44</sup>.

Sono definitivamente crollate le muraglie impenetrabili erette tra il mondo dei fatti e quello del diritto; la fattualità imperversa; con la naturale conseguenza che la linearità del vecchio paesaggio giuridico

---

<sup>41</sup> A. PELLET, *La lex mercatoria ‘tiers ordre juridique’? Remarques ingenues d’un internationaliste de droit public*, in *Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000.

<sup>42</sup> Nel lessico giuridico, con il termine ‘lodo’ si intende l’atto decisorio di un arbitro, ossia di un giudice privato.

<sup>43</sup> E’ proprio in questo che si risolve, nella teoria generale del diritto, il principio della *validità*.

<sup>44</sup> E’ proprio in questa carica incisiva di certi fatti, non attribuita dall’esterno ma derivante da una loro forza interna, che i teorici del diritto individuano la *effettività*. Se il principio di validità trae origine da una precisa premessa: la irrilevanza dei fatti o, comunque, la loro completa svalutazione, il principio di effettività, nella sua attenzione a quanto avviene a livello della piattaforma fattuale, tende a costruire un ordine giuridico in coerenza con le forze circolanti in quella piattaforma.

diventa confusa, complicata, se vogliamo anche disordinata<sup>45</sup>. Disordinata formalmente, perché è facile cogliere nel nuovo che avanza e si consolida la perdita della semplicità, chiarezza, certezza, coerenza sistematica che il diritto codificato, presuntuosamente progettato ma realizzato con tecniche raffinate, sicuramente aveva (certo, non quello espresso dal legislatore nella profluvie di leggi speciali troppo spesso farraginose ed oscure).

E sono sconcertanti i vuoti che il legislatore non può colmare, lasciando alla prassi quotidiana una non facile supplenza. E prendono vigore fonti da tempo estromesse dal tiaso della creatività giuridica ma che risultano ormai abbastanza sole nella trincea della dinamica quotidiana: nessuno, ormai, se non un formalista sprovveduto, si sentirebbe di negare forza creatrice alla scienza giuridica, alla giurisprudenza pratica, o al lavoro professionalmente alto di avvocati e notai culturalmente e tecnicamente ben forniti. Il già imperante normativismo subisce sul terreno dell'esperienza la propria sconfitta, mentre il diritto riacquista quel carattere ordinamentale (che lo rende aperto e disponibile verso il basso della società) ripudiato perché rischioso secondo il programma della serrata illuministico/giacobina.

Oggi, sento nella mente e sulla bocca di tanti giuristi l'idea e l'espressione – ambedue incontrollate – che il diritto sia in crisi. Le respingo con decisione, perché – appunto – culturalmente incontrollate, generate cioè da impulsi emozionali. E con forza replico che il diritto, realtà radicale che alligna nel profondo di una società e si intride dei suoi valori, può essere in crisi – e, anzi, lo è continuamente – se con questo termine ambiguo<sup>46</sup> ci si riferisce a movimenti e mutamenti che provocano un continuo di trasformazioni fisiologiche che sono il naturale riflesso della storicità intrinseca alla natura stessa del diritto, ma non lo è affatto se gli si dà, come si fa comunemente, un contenuto nichilistico.

La crisi, invece, c'è, ed è grossa anche in quest'ultimo significato, e non mi stancherò mai di ripeterlo abbastanza; ma riguarda il modo con cui la modernità ha voluto controllare le fonti del diritto, operando un innaturale riduzionismo di stampo statalistico/legalistico, costringendole tutte nel letto di Procuste di una rigidissima gerarchia e devitalizzandole, ad eccezione, ovviamente, della legge collocata nel gradino supremo della piramide gerarchica. La crisi c'è, ed è grossa, ma riguarda l'innaturale sistemazione moderna delle fonti, che qualche sprovveduto vorrebbe ancora salvaguardare; forse, più che sprovveduto, cieco, incapace di guardare fuori dalla finestra del proprio studio e osservare i segni del nostro tempo in cammino.

E torno al carattere più appariscente di questo tempo: la transizione, una transizione non ancora compiuta dalle sponde della modernità, attraverso il pos-moderno, verso un approdo asciutto che non mi sembra si possa ancora intravedere nitidamente; una transizione nella quale vecchio e nuovo si mescolano, e il vecchio trova ancora nella pigrizia di taluni sostenitori più o meno consapevoli un imperturbabile consenso.

---

<sup>45</sup> Umberto Breccia, un civilista che unisce alla perfetta padronanza del sapere tecnico una robusta dimensione culturale, ha parlato efficacemente nel 2006 di "disordine delle fonti e ritorno al diritto", lasciando intendere a chi ha orecchi buoni che solo nello scorcio del Novecento il diritto si è naturalmente riespanso anche in quell'ampio terreno che la modernità aveva riservato al legislatore e alla sua volontà ( U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, XXXVII (2006)

<sup>46</sup> Sulla ambiguità del vocabolo/concetto 'crisi' ho recentemente discusso: *Crisi del diritto, oggi?* (2011), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, cit..

Forse, mai come oggi si avverte l'esigenza di un diritto sufficientemente duttile. Più che norme scritte, autoritarie, rigide, convengono (almeno nell'ampio settore del diritto privato, che è anche il più sacrificato in dettagliatissimi Codici) princìpi e decisioni su casi concreti, e sembrano particolarmente vocate ad avere un ruolo decisivo dottrina e giurisprudenza pratica; e non a torto si parla fittamente di giudizialità<sup>47</sup> quale carattere della odierna svolta della dimensione giuridica. Mi è facile pensare al meraviglioso adeguamento che, rispetto a un diritto privato chiuso all'interno di Codici ormai troppo lontani, si è avuto grazie alla vigilanza culturale di scienziati e di giudici (esemplare il rinnovamento nel modo di intendere la responsabilità civile). E mi è facile (e anche caro) pensare all'operosità costante di quell'organo respiratorio del nostro ordine giuridico rappresentato dalla Corte Costituzionale (cui ho, oggi, l'onore di appartenere), organo percettore e stimolatore della carica espansiva delle tutele costituzionali dei valori fondamentali, grazie al quale sono individuati nuovi diritti non espressamente sanzionati ma naturalmente desumibili da una 'carta' intesa non come consecuzione di centotrentanove articoli fissati in un testo scritto ma come la punta emergente di un ordine che ha radici nel profondo della vita di un popolo e che pretende ascolto (è stata, via via, la volta del diritto alla riservatezza, alla identità personale e sessuale, all'abitazione, all'ambiente, all'informazione, e via dicendo).

Ho detto più sopra che la Costituzione preesiste alle istituzioni del potere; essa, infatti, esiste prima di essere scritta, fatto originario della comunità radicato negli strati più profondi di essa, che trova nei centotrentanove articoli unicamente una manifestazione. La giustizia costituzionale – cioè il rendere giustizia che la Corte opera quotidianamente<sup>48</sup> – consiste anche nel render conto di questi valori inespressi che *costituiscono* le ragioni di un intero ordine giuridico. Ciò che è leggibile nel testo rimanda a una lettura più ardua ma non meno necessaria per conseguire il risultato di un diritto formale che non galleggi al di sopra della storia del popolo italiano ma la esprima compiutamente. Ed è per questo che suona assolutamente corretto l'insegnamento di un grande giudice costituzionale italiano quando afferma che la Corte sedente nel palazzo della Consulta è "più nella posizione di organo della comunità che dello Stato"<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Giudizialità, ossia ruolo attivo e propulsore dei giudici.

<sup>48</sup> Una prima guida per una adeguata conoscenza della struttura e del ruolo della Corte Costituzionale può essere fornita dalle pagine agili ma rigorose scritte da Enzo Cheli, che, come giudice e come validissimo costituzionalista, fu un indubbio protagonista della sua vita giudiziaria (cfr. *Il giudice delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 1996).

<sup>49</sup> C. RUPERTO, *Costituzione e Corte Costituzionale: un'esperienza*, in *La Costituzione in mezzo a noi*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 11.