

## MARIA VISMARA MISSIROLI\*

*Chiara Minelli*

Il mio primo incontro con Maria Vismara risale all'autunno del 1989.

Ero alle prese con la tesi di laurea che si inseriva nel solco di ricerca sulla codificazione canonica, tracciato nei suoi lineamenti essenziali fin dall'inizio degli anni ottanta da Giorgio Feliciani<sup>1</sup>. Fedele a quella originale impostazione metodologica che era destinata a proiettare la canonistica nel terzo millennio con una consapevolezza nuova, ben fondata, circa la natura di quanto era accaduto nello snodo decisivo della codificazione, ero sommersa dalle carte inedite che mi avrebbero consentito la ricostruzione del processo di formazione delle norme piobenedettine sui parroci. Avevo bisogno di un confronto, o forse è meglio dire di un conforto, sulla esattezza della mia ricognizione e sulla solidità dell'impianto documentale sul quale avrei poi costruito il mio iter argomentativo: molti documenti risultavano privi di data, altri deteriorati e di difficile lettura, altri ancora quasi a dispetto della loro importanza saltavano fuori come fogli sparsi in mezzo a fascicoli omogenei dedicati ad altro. Giorgio Feliciani mi suggerì di rivolgermi a Maria e così feci. Ci incontrammo più volte e con un lavoro paziente e anche, direi, divertente, verificammo la ricostruzione temporale e sostanziale dei materiali che ci parve più realistica ed attendibile – usavamo la grande e accogliente tavola della sua cucina come base di un mosaico i cui tasselli si collocavano via via nella giusta sede, sotto gli occhi di sua figlia Caterina che, tra un compito e l'altro, sbirciava curiosa questo nuovo gioco.

Cosa nacque da quel primo incontro è impossibile dirlo, noi stesse non avremmo saputo dirlo nemmeno nei nostri ultimi dialoghi. Anzi avevamo l'acuta consapevolezza che i venticinque anni vissuti insieme non ci bastavano, non sarebbero mai bastati a dire tutto l'urto del cuore che condividevamo di fronte alle sfide della vita, nella sua drammatica ed evidente bellezza.

---

\* Ricordo in occasione della Giornata di studi *Diritto e religioni. L'itinerario scientifico e accademico di Luciano Musselli*, Collegio Ghislieri, Pavia, 18 novembre 2016.

<sup>1</sup> G. FELICIANI, *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, in *Annali dell'Università di Macerata. Studi in onore di Attilio Moroni*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 205-225.

E forse proprio per questo, non potrei mai tracciare il suo profilo accademico e scientifico se non dall'interno di quella virtù, alla portata di tutti eppure così rara, che abbiamo avuto la grazia di coltivare insieme; dall'interno della virtù dell'amicizia.

La sua vocazione agli studi giuridici matura in un ambiente familiare favorevolissimo. È la terza dei cinque figli di Giulio Vismara e di Lelia Marro, dai quali riceve un'educazione profondamente cattolica in cui vibra un'intelligenza della realtà originale, capace di cogliere la bellezza tanto nei particolari della vita quotidiana – dai panorami della natura, soprattutto durante le vacanze in montagna, al gusto per la lettura e per il gioco tra fratelli – quanto nelle grandi esperienze artistiche – dalla letteratura alla musica fino alle arti figurative cui i ragazzi Vismara venivano costantemente introdotti. Questa apertura alla totalità fiorisce nell'incontro con don Giussani, suo professore di religione nella quarta ginnasio al liceo Berchet di Milano. Alla promessa e ai frutti di questo incontro rimarrà fedele sempre, in un'appartenenza profonda e lieta alla vita della Chiesa.

L'interesse per il diritto nasce nel rapporto con il papà dal quale eredita innanzitutto l'amore per l'Università come luogo di alta educazione e di dialogo sempre possibile tra maestro e discepolo. Un dialogo, come dirà Paolo Grossi, sentito e vissuto nella sua essenza di «colloquio tra due animi», in cui «la voce del maestro ha un accesso esteriore alle orecchie del discepolo, ma ne ha uno più sottile, più segreto nell'interno del suo animo, dove non penetra forzatamente ma spontaneamente; ad essa, con un gesto di assoluta libertà egli dischiude la propria interiorità»<sup>2</sup>. Forse nessuno meglio di Luciano Musselli, con il quale Maria visse una intensa consuetudine di rapporto, fatta di stima reciproca e di affezione sincera e profonda, avrebbe potuto testimoniare quanto la sua collega di sempre sapesse entrare nell'interiorità di ciascuno, studente o docente che fosse, quasi in punta di piedi, con una immedesimazione solidale che invitava a gioire di ogni frammento di bene, scoperto nella ricerca scientifica o nell'esperienza quotidiana e a ripartire fiduciosi nell'avventura del vivere, a qualunque punto ci si fosse arrestati, qualunque fosse la contraddizione patita.

Da Giulio Vismara apprende certamente anche il gusto per l'ordine giuridico, concepito nel suo intenso travaglio storico e percepito nella sua dimensione dinamica, nella sua intensità spirituale, in ultima istanza nella sua umanità. Ci fa bene ricordare a questo proposito la lezione di un altro grande giurista, Luigi Mengoni, che in una famosa lettera a Natalino Irti del 2002, dinanzi ai rischi sempre incombenti del normativismo puro dichiarò con franchezza: «perdita di spiritualità significa perdita di umani-

---

<sup>2</sup> E. BIANCHI, M. CACCIARI, I. DIONIGI, P. GROSSI, M. RECALCATI, B. SPINELLI, *Eredi. Ripensare i padri*, a cura di I. DIONIGI, Rizzoli, Milano, pp. 51-52.

tà. E se venisse meno l'umanità del diritto vorrebbe dire che ho sprecato la mia vita»<sup>3</sup>.

Forte di questa tradizione, che si corroborerà nel corso degli anni grazie al dialogo mai interrotto con il papà al quale farà compagnia costante, leggendogli i saggi più amati ed aiutandolo nelle ultime edizioni dei suoi libri, ed anche grazie all'amicizia con i numerosi allievi della feconda scuola paterna cui si sentirà sempre profondamente legata, Maria si iscrive alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano. Tuttavia, per una maggiore libertà, in considerazione della presenza di Giulio Vismara nell'ateneo milanese, si trasferisce all'Università di Pavia ove si laurea il 6 marzo 1974 discutendo una tesi di diritto canonico dal titolo *Natura e struttura del Sinodo dei vescovi*, relatore Tommaso Mauro.

Avvertiamo subito che l'attenzione alla dimensione sinodale resterà una costante del suo pensiero e del suo magistero tra gli studenti, come documenta la sua cura nella raccolta e nella pubblicazione de *I sinodi diocesani di Pio IX (1866-1878)*<sup>4</sup> e l'attenzione dedicata a questa tematica ed alle sue implicazioni più significative soprattutto nell'assegnazione delle tesi di laurea ai suoi studenti migliori.

Dal 1° novembre 1974 è titolare di un assegno biennale di formazione scientifica e didattica presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, gruppo materie pubblicistiche, e a decorrere dal 1° agosto 1980, viene inquadrata nel ruolo organico dei ricercatori con la qualifica di ricercatore confermato per il gruppo di discipline n. 6, insegnamento di Diritto canonico. In questi anni matura la collaborazione scientifica e didattica con Giorgio Feliciani che nel 1977 era succeduto a Tommaso Mauro.

Dal 1984 è cultore di diritto canonico, a fianco di Eugenio Corecco, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e poco più tardi anche di diritto ecclesiastico, tornando a collaborare con Giorgio Feliciani che nel frattempo era stato chiamato nell'Ateneo di largo Gemelli. Nel 1995 viene nominata cultore dell'insegnamento di Storia e sistemi delle relazioni tra Stato e Chiesa nell'età moderna, impartito da Romeo Astorri, presso la Facoltà di Scienze politiche della medesima università.

Dall'anno accademico 1998/1999 al 2003/2004 accetta la titolarità dell'insegnamento di Diritto ecclesiastico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Brescia, nella consapevolezza crescente dell'importanza di un rilancio delle discipline che coltivava a Pavia con gran-

---

<sup>3</sup> Lettera a suo tempo pubblicata per iniziativa di Natalino Irti destinatario della medesima in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2002, pp. 1155-1157, ora anche in L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica. Scritti I*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 52.

<sup>4</sup> *I sinodi diocesani di Pio IX (1866-1878)*, a cura di M. VISMARA MISSIROLI, Herder, Roma, 1988.

de dedizione, insieme a Luciano Musselli. Una dedizione, cui non venne mai meno, fino agli ultimi giorni della sua vita, e che investiva uno a uno la vita intera dei suoi studenti pavesi e poi bresciani, i quali trovavano in lei un punto di riferimento sicuro anche nelle scelte delicate del post-laurea e perfino nelle sfide che la vita adulta dischiudeva loro passo dopo passo (dal matrimonio, alla nascita dei figli, al sorgere di problemi economici o di salute).

Dal 1981 è membro della *Consociatio internationalis studio iuris canonicum promovendo*.

Collabora alla ricerca C.N.R., Comitato nazionale per le scienze giuridiche e politiche, «La codificazione del diritto canonico», di cui è responsabile Giorgio Feliciani, negli anni 1978-1980, occupandosi dei lavori preparatori al codice del 1917 relativi alla materia penale.

Negli anni 1987-89 partecipa alla ricerca della Unità operativa dell'Università cattolica per il progetto di ricerca «Nuova legislazione enti e beni ecclesiastici», responsabile dell'unità Giorgio Feliciani, responsabile nazionale Giovanni Barberini. Dal 1991 collabora con il «Centro studi sugli enti ecclesiastici e sugli altri enti senza fine di lucro» dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Giudicata idonea nel concorso a professore associato, settore disciplinare IUS 11, 12C2 nel gennaio 2001, dal 1° ottobre 2001 è professore associato di diritto canonico presso l'Università di Pavia, dove ha tenuto anche il corso di Diritto ecclesiastico nell'a.a. 2001/2002.

Dal 2004 al 2010 è membro del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in «Diritto Romano e Cultura Giuridica Europea», con sede amministrativa presso l'Università di Pavia; e dal 2010 è membro del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in «Diritto Privato, Diritto Romano e Cultura Giuridica Europea», nella medesima sede.

Il 1° ottobre 2014 rassegna le dimissioni, per l'incalzare della malattia che l'aveva colpita nel 2010 e che vive fiduciosa e obbediente, accompagnata in modo speciale da Andrea, suo amatissimo sposo e da Caterina, divenuta mamma di Elena e Lorenzo, i suoi splendidi nipotini.

La sua produzione scientifica si caratterizza per la finezza e la trasparenza dello stile nel trattare questioni particolarmente delicate che le venivano via via affidate contando sulla sua sensibilità umana e accademica – penso a quel ricchissimo filone di ricerca di cui fu interlocutore privilegiato Francesco Margiotta Broglio e che culminerà nella pubblicazione in due tomi delle Lettere di Arturo Carlo Jemolo a Mario Falco<sup>5</sup> – o nell'offri-

---

<sup>5</sup> Oltre alla pubblicazione dell'imponente carteggio tra Arturo Carlo Jemolo e Mario Falco di cui si dirà immediatamente, appartengono a questo filone di ricerca altri saggi importanti, come M. VISMARA MISSIROLI, *Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/1993, pp. 229-290; Id., «*Pregiatissimo Professore*». *Ritratto di una carriera universitaria nella corrispondenza di Cesare Magni*

re un primo approccio a tematiche non ancora arate e che sperava di poter sviluppare a livello scientifico secondo tutte le implicazioni che vi aveva intraviste – penso allo studio del diritto penale o a quelli sui beni culturali di interesse religioso<sup>6</sup> – ma che di fatto ebbero la loro vera ricaduta nel corso della sua attività didattica. Anche perché Maria aveva ben chiaro come la lezione fosse essa stessa «ricerca», un momento privilegiato della «ricerca di verità»<sup>7</sup>, tanto privilegiato da esigere tutta la responsabilità del docente e tutta la partecipazione del discente.

Sul primo versante, e cioè su quello delle ricerche dedicate ai protagonisti della cultura canonistica ed ecclesiasticistica novecentesca, non posso non ricordare l'intensità del lavoro previo all'attività strettamente scientifica nel quale Maria si implicava con grande serietà, investendo generosamente tutto il tempo necessario. Mi riferisco in particolare al rapporto che visse con la Signora Anna Marcella Falco. Un rapporto che divenne amichevole compagnia nel lungo arco di tempo dedicato all'acquisizione e al riordino del preziosissimo carteggio Jemolo-Falco poi suddiviso nelle due scansioni temporali che vanno rispettivamente dal 1910 al 1927 e dal 1928 al 1943<sup>8</sup>. Di quest'opera Francesco Margiotta Broglio, nella sua presentazione presso l'Università degli studi di Milano il 6 aprile 2011<sup>9</sup>, non

---

con Mario Falco e Arturo Carlo Jemolo, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/1995, pp. 255-282; ID., *Il diritto canonico nel quadro delle Facoltà di Giurisprudenza secondo D'Avack e Lombardía*, in *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico. Atti del Convegno Internazionale di Studi «La Scienza canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardía, Gismondi e Corecco»*, Roma, 13-16 novembre 1996, a cura di J.I. ARRIETA e G.P. MILANO, Libreria editrice vaticana, 1999, pp. 367-388; ID., *Cultura giuridica e vita civile nelle voci di un'altra Italia. Lettere di Croce, Gentile, Ruffini*, in *Nuova Antologia*, 2/2000, pp. 5-41; ID., *Dalle leggi «fasciste» alle leggi razziali nelle lettere di Jemolo*, in *Nuova Antologia*, 1/2006, pp. 57-81.

<sup>6</sup> A quest'ultima area di ricerca vanno senz'altro ascritti i seguenti saggi: M. VISMARA MISSIROLI, *Codice dei beni culturali di interesse religioso. I. Normativa canonica*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Codice dei beni culturali di interesse religioso*, a cura di M. RENNA, V.M. SESSA, M. VISMARA MISSIROLI, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *I beni culturali di interesse religioso dall'Accordo del 1984 al Codice Urbani*, in «Iustitia», 2-3/2004, pp. 170-187.

<sup>7</sup> L'esperienza didattica di Maria Vismara trova in queste parole di Paolo Grossi la sua lettura più vera e profonda: «Il modello (della lezione *tout court*, ndr.) è la lezione universitaria, dove didattica e ricerca si fondono, debbono fondersi; dove il didatta è (e non può non essere) uno scienziato, dove la lezione è frammento del suo farsi. L'aula universitaria è simbioticamente connessa allo scrittoio o al laboratorio del docente, ne è la naturale appendice, vincolando in modo inscindibile, necessario, lezione e ricerca. Ed è importante che la lezione non lasci mai il carattere salvante dell'essere ricerca», in E. BIANCHI, M. CACCIARI, I. DIONIGI, P. GROSSI, M. RECALCATI, B. SPINELLI, *Eredi. Ripensare i padri*, cit., pp. 53-54.

<sup>8</sup> Ci si riferisce ai due volumi accolti nella prestigiosa Collana del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno dell'Università di Firenze: A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI, Giuffrè, Milano, 2005; A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>9</sup> Si trattò di un evento assai significativo, presieduto da Alessandro Albisetti, dell'Uni-

esità a riconoscere l'alto valore scientifico: le sole «inestimabili annotazioni»<sup>10</sup> poste a corredo di quel materiale vasto e delicatissimo avrebbero integrato, a suo dire, una poderosa monografia. La lettura delle due introduzioni poi testimonia uno sguardo teso a cogliere «innanzitutto la personalità di colui che scrive, in tutti i suoi aspetti di carattere, di formazione, di cultura, di sentimenti e di affetti, di reazioni, di giudizi su avvenimenti, persone e scritti, di modalità di approccio all'insegnamento e alla ricerca scientifica, e al tempo stesso, la nascita, l'approfondimento, lo svolgimento di una amicizia che le lettere ampiamente documentano»<sup>11</sup>, nella consapevolezza acuta e talvolta drammatica che «pubblicare quelle lettere significava scrivere un capitolo centrale della storia della cultura giuridica dell'Italia del Novecento ed anche tenendo conto di altre corrispondenze e della vasta rete di comuni amicizie dei due ecclesiasticisti (da Croce a Gentile, da Sraffa a Ruffini, dai Momigliano a Buonaiuti), una pagina non marginale della cultura e del pensiero del secolo scorso»<sup>12</sup>.

Una analoga sensibilità era peraltro già emersa nella monografia dedicata a *Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle università italiane dall'unità al Vaticano II*, che le valse il titolo di professore associato. In essa l'autrice ripercorre il travaglio metodologico della scienza canonistica che conduce alla riattivazione dell'insegnamento in ambienti, come le Facoltà di Giurisprudenza del tempo, di chiaro orientamento positivista. Una rivisitazione che Maria visse come preziosa occasione di confronto tra modelli didattici, funzionale innanzitutto a quel travaglio continuo che accompagnava la preparazione dei suoi corsi<sup>13</sup>. Non solo, sentiva questo lavoro del tutto pertinente alla crisi odierna, alla quale guardava con lucidità e con una certa apprensione, senza mai però dubitare della possibilità di nuovi percorsi che riaprissero al diritto canonico le porte del grande dibattito giuridico.

Quanto ai temi che aveva abordato nella speranza di ulteriori sviluppi, non posso non ricordare la sua passione per il diritto penale che fiorisce nel primo studio organico del processo piobenedettino condiviso con Luciano Musselli, secondo la metodologia inaugurata da Giorgio Feliciani.

---

versità di Milano, cui intervennero Alberto Cavaglion, dell'Università di Firenze, Francesco Margiotta Broglio, dell'Università di Firenze e Alberto Sciumè, dell'Università di Brescia.

<sup>10</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO, *Premessa*, in A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), cit., p. XVII.

<sup>11</sup> M. VISMARA MISSIROLI, *Arturo Carlo Jemolo e Mario Falco (1910-1927)*, in A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), cit., p. 1.

<sup>12</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO, *Premessa*, in A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, t. I (1910-1927), cit., p. V.

<sup>13</sup> Particolarmente significativo in tal senso il «bilancio» tracciato nell'ultimo capitolo del volume, M. VISMARA MISSIROLI, *Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle Università italiane dall'unità al Vaticano II*, Cedam, Padova, 1998, pp. 183-216.

Di quel suo saggio, dedicato ai lavori preparatori dei canoni «de delictis» e «de poenis in genere», colpisce la linearità della ricostruzione della carte inedite, resa ancor più fruibile dalla tavola sinottica degli schemi che la correda<sup>14</sup>. Ed è proprio la rilettura delle carte secondo una scansione opportunamente verificata che lascia trasparire lo spessore critico del lavoro. Per esempio, all'autrice non sfugge come fosse proprio l'opzione iniziale dei consultori a favore di una definizione di delitto piuttosto ampia, comprensiva anche delle violazioni delle leggi penali di carattere colposo, a spingere poi la Commissione nel prosieguo dei lavori verso «una maggiore sensibilità nei confronti del principio *nullum crimen* e una chiara tendenza ad aumentare le cause che limitano o tolgono l'imputabilità»<sup>15</sup>. Le sembrava cioè che «il cardinal Gasparri e i suoi collaboratori dopo aver accettato contro le opinioni della migliore dottrina una definizione di delitto piuttosto ampia, avvertissero l'esigenza di limitare in qualche modo la possibilità di applicazione delle pene»<sup>16</sup>. Particolarmente stimolante, per i miei interessi scientifici, è poi quella notazione apparentemente marginale in cui si accenna alla scomparsa nello schema B, che l'autrice colloca tra il 1911 e il 1913, della norma relativa ai requisiti della «poena iusta»<sup>17</sup>. Innanzitutto essa si colloca nel solco di quella traiettoria che emergerà con chiarezza negli scavi successivi dedicati ad altre sezioni normative, segnatamente in quelli relativi al libro I del *Codex*, in cui il *Coetus* assume un orientamento decisamente pragmatico, ben sintetizzato nel brocardo «*omnis definitio periculosa in iure est*», al quale sovente ricorrono i consultori per motivare le loro opinioni nei più vari ambiti del processo in corso: costituisce dunque preziosa intuizione anticipatrice di quanto ora può considerarsi dato acquisito negli studi sulla codificazione piobenedettina. Sotto il profilo sostanziale, poi, merita una sottolineatura specifica il contenuto della previsione eliminata, la quale richiedeva, «*ut poena iusta sit*», che venisse rispettato il criterio della «*proportio inter delictum et poenam*»<sup>18</sup>. Il legislatore, consapevole senz'altro dell'ascrivibilità del sostantivo «*proportio*» all'ampio spettro semantico dell'attributo «*iusta*», sceglieva la via dell'implicito come del resto accadeva a livello delle *Normae Generales* proprio con riguardo a quella dimensione originale ed imprescindibile per la vita dell'ordinamento canonico che evocava più di ogni altra l'idea della proporzione: e cioè la *rationabilitas*<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> M. VISMARA MISSIROLI, L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Cedam, Padova, 1983, pp. 51-107.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 49.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 45.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 74.

<sup>19</sup> V. in proposito C. MINELLI, *Rationabilitas e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Giappichelli, Torino, 2015, segnatamente pp. 65-95, 120-143, 193-204.

Un cenno conclusivo meritano almeno altri due studi, forse meno noti. Il primo, pubblicato ne *Il Diritto ecclesiastico* del 1976 è uno scavo profondo e rigoroso della giurisprudenza matrimoniale, compulsata ad ampio raggio e corredata di un imponente apparato critico, sul problema dell'«error qualitatis» e del «dolus» nel consenso matrimoniale. Un saggio particolarmente felice nella sua apertura agli sviluppi che il diritto matrimoniale avrebbe di lì a poco conosciuto con la codificazione postconciliare<sup>20</sup>.

E l'ultimo, anch'esso particolarmente consistente, pubblicato presso la rivista telematica *Stato, chiese e pluralismo confessionale* il 6 febbraio 2012 dal titolo *L'art. 27 ultimo capoverso del Concordato lateranense e la sua applicazione al santuario della Beata Vergine delle Grazie in Brescia* nel quale l'autrice mette a frutto la sua capacità di cogliere la rilevanza giuridica dell'espressione popolare della fede, ben documentata nelle vicende del santuario bresciano<sup>21</sup>.

Maria pare qui totalmente immedesimata nell'esperienza che è all'origine della realtà del Santuario e che ne assicura la permanenza nella storia: il pellegrinaggio. Il protagonista suggestivo delle sue conclusioni è non a caso il pellegrino. Nell'immagine felice che Maria trae dal magistero di Benedetto XVI, il pellegrino ha sempre davanti a sé una meta, costituita dal Santuario, come luogo privilegiato per «l'incontro con Dio per mezzo di Gesù Cristo, in cui tutte le nostre aspirazioni trovano risposta»<sup>22</sup>.

Chi ha avuto la fortuna di starle accanto, mano a mano che anche per Maria si avvicinava la meta, non ha potuto evitare una impressione grande e indicibile. Lei stessa si stupiva di questo, tanto che in uno dei nostri ultimi incontri mi chiese: «ma cosa mai vedete voi in me ... io so bene come sono le mie giornate ...».

Cosa vedevamo noi?

Lo lascio dire al genio umile e profondo di Ada Negri:

Mia giovinezza  
 «Non t'ho perduta. Sei rimasta, in fondo  
 all'essere. Sei tu, ma un'altra sei:  
 senza fronda né fior, senza il lucente

---

<sup>20</sup> M. VISMARA MISSIROLI, *Il problema dell'«error qualitatis» e del «dolus» nel consenso matrimoniale nell'evoluzione della recente giurisprudenza canonica*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 87/II (1976), pp. 254-276.

<sup>21</sup> M. VISMARA MISSIROLI, *L'art. 27 ultimo capoverso del Concordato lateranense e la sua applicazione al Santuario della B. Vergine delle Grazie in Brescia*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 6 febbraio 2012, pp. 1-45.

<sup>22</sup> BENEDETTO XVI, *Messaggio a Mons. AM. Vegliò e mons. J. Barrio Barrio, in occasione del II Congresso mondiale di Pastorale dei Pellegrinaggi e Santuari (Santiago 27-30 settembre 2010)*, 8 settembre 2010, in M. VISMARA MISSIROLI, *L'art. 27 ultimo capoverso del Concordato lateranense e la sua applicazione al santuario della Beata Vergine delle Grazie in Brescia*, cit., p. 44.



riso che avevi al tempo che non torna,  
senza quel canto. Un'altra sei, più bella.  
Ami, e non pensi essere amata;  
ad ogni  
fiore che sboccia o frutto che rosseggia  
o pargolo che nasce, al Dio dei campi  
e delle stirpi rendi grazie in cuore»<sup>23</sup>.

Di questo sguardo puro e gratuito che ci hai regalato fino all'ultimo respiro non finiremo mai di ringraziarti, Maria.

---

<sup>23</sup> A. NEGRI, *Mia giovinezza*, Rizzoli, Milano, 1995, p. 78.



# IL GIURISTA E LA CERTEZZA NELL'AURORA DEL TERZO MILLENNIO: IL RITORNO DELLA DIALETTICA TRA DIRITTO E GIUSTIZIA

*Alberto Sciumè*

SOMMARIO: 1. Dedicà e introduzione. – 2. La certezza del diritto nel suo divenire storico. – 3. Certezza vs interpretazione: dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge. – 4. Per una certezza del diritto nella stagione dell'incertezza.

## 1. *Dedicà e introduzione*

Il volume che qui si pubblica nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza raccoglie una serie di scritti che costituisce lo sviluppo di un Convegno di studi promosso a Brescia, per ricordare la ricorrenza del trentesimo anniversario dell'emanazione del *Codex Iuris Canonici* vigente. La decisione di aprire uno spazio di riflessione su «Certezza del diritto e codificazione canonica» (questo il titolo dell'incontro di allora) e di collocarlo nell'ambito dei corsi di diritto canonico e di diritto ecclesiastico nasceva dalla consapevolezza che le istanze di rinnovamento dominanti gli snodi della legislazione canonica novecentesca toccassero in misura non irrilevante uno dei nervi scoperti della cultura giuridica contemporanea. Pur trattandosi di un tema spesso solo «presupposto», «talora accantonato» e «altra volta scongiurato», è difficile negare che anche oggi «la certezza del diritto continui ad essere al centro del discorso dei giuristi»<sup>1</sup>. Si profilava così la possibilità di un incontro interdisciplinare di ampio respiro, ed i relatori di allora, Carlo Fantappiè, Paolo Grossi, Stefano Solimano e Patrick Valdrini, non si sottrassero al compito di affrontare coraggiosamente il tema, onorando con la loro presenza un'aula gremita di studenti e non pochi colleghi convenuti.

Tra loro vi era anche Maria Vismara.

Pur sapendola provata dall'incedere della malattia, nessuno di noi im-

---

<sup>1</sup> G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 8.

maginava che sarebbe stata la sua ultima comparsa ad un evento scientifico/accademico: allora non pareva neppure concepibile che fosse possibile fare a meno di quella tenace capacità costruttiva, che aveva contribuito in modo determinante al radicamento delle discipline ecclesiasticistiche e canonistiche nel contesto bresciano. A coloro, poi, che come me ne erano stati compagni di studi universitari ed amici di lunga durata, la solida presenza di Maria e la sua umile e ridente discrezione si erano rese compagna inconfondibile delle nostre vite.

La sua scomparsa, avvenuta prematuramente il 30 agosto 2015, ha contribuito non poco a riprendere il filo dei tanti pensieri condivisi in quel dialogo oramai lontano, ai quali però la nuova ricorrenza, questa volta dell'anno centenario della codificazione piobenedettina, attribuisce valore confermativo della loro perdurante attualità. Del resto è a Maria che si deve il primo decisivo affondo nella comprensione dell'esperienza codificatoria attraverso lo studio delle carte inedite relative ad una specifica sezione del *Codex Iuris Canonici* promulgato nel 1917.

Alla nostra amica dunque sono dedicati i saggi che marcano l'approfondirsi, secondo angoli prospettici differenziati, dei percorsi di ricerca allora intrapresi, insieme alle pagine di Paolo Grossi che, in pieno e cordiale accordo con il loro autore, riproducono le conclusioni di quell'incontro così come Maria ebbe ad apprezzarle, nella gratitudine di cui i suoi ultimi giorni erano meravigliosamente intessuti.

\* \* \*

Nel 1951 Norberto Bobbio ebbe a definire la certezza del diritto come «un elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»<sup>2</sup>. Nel 2017 possiamo considerare ancora valida e pienamente coerente con la nostra contemporaneità questa definizione? Nel dibattito attuale si sta infatti affermando una concezione del diritto che sembra avere abbandonato la tradizionale architettura dogmatica ed ermeneutica, trovando più solido ancoraggio in una visione, opposta a quella entro la quale la formula di Bobbio trovava logica collocazione ed immediatezza di significato, di sostanziale «incertezza». Così Nicolò Lipari l'anno addietro constatava come «il principio di ragionevolezza [avesse] soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività» e fosse divenuto «l'unico in grado di consentire una interpretazione storica dei valori costituzionali», anche in considerazione del fatto che nella stagione d'incertezza, si assisteva alla «eclissi del principio della certezza del diritto cui la stagione del positivismo era tenacemente ancorata»<sup>3</sup>. Tale diversa congiuntura trova la

---

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1/1951, p. 150.

<sup>3</sup> N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus civile*, 4/2016, p. 298.

sua genesi nella pluralità delle fonti e conforto nella flessibilità dei loro meccanismi di funzionamento e nella conseguente opinabilità degli esiti.

Il giurista, tanto più quello che sia anche storico del diritto, come il sottoscritto, non può provare sconforto davanti a simile mutamento di orizzonte. Si interroga invece sulle ragioni del cambiamento e guarda ad esso cercando di coglierne gli elementi costruttivi piuttosto che i fattori disgreganti, che, se presenti (e certamente ve ne sono), possono costituire anch'essi una preziosa indicazione di inadeguatezza del sistema (sistema entro il quale egli si è certamente formato) a rispondere ad una domanda di significato delle regole. Appare prepotente infatti la richiesta di individuare le ragioni della loro configurazione, oltre e forse prima di apprenderne il loro funzionamento. In altri termini l'incertezza del diritto è forse da porre in relazione, oggi, ad una rinnovata richiesta di dove e quale sia la giustizia di cui esso costituisce (necessaria) declinazione. Si tratta infatti di una «[...] domanda di giustizia che il nostro tempo avverte con particolare intensità»<sup>4</sup>. Di fronte a tale domanda, è pur vero che «Il problema consiste nel verificare – ed è inevitabile farlo attraverso le tecniche dell'argomentazione persuasiva – quale spazio debba di volta in volta essere riconosciuto al giudice in questo processo di adeguamento del testo (legislativo o contrattuale) al contesto» e che quella domanda «si colora inevitabilmente di significati diversi, storicamente contingenti» sì da rendere evidente «la difficoltà di assegnare un significato univoco al termine giustizia»<sup>5</sup>; di fronte a simile istanza il giurista deve tuttavia mantenere la consapevolezza che la relazione tra diritto e giustizia comporta un'ultima irriducibilità della seconda al primo, sì da essere dotata di una carica di irriducibilità definitiva all'ordine giuridico positivo, per acquartierarsi invece fra i desideri che contrassegnano l'uomo in quanto uomo. Lungi dallo spingere il giurista a lasciare il campo a frequentatori di altre aree del sapere, l'eccedenza che contraddistingue il rapporto tra diritto e giustizia lo spinge ad entrare con decisione nel campo ove si consuma, talora in modo impetuoso, la vicenda di dare risposta alle istanze fondamentali della persona. Si tratta del resto di assumere con responsabilità il compito che Adriano Cavanna assegnava al giurista poco più di un decennio fa: lavorare «disinteressatamente per il diritto, per costruire un diritto positivo [...] più umanamente possibile prossimo alla giustizia [...] Ed è giustizia tutto ciò che è ordinato alla crescita della persona umana»<sup>6</sup>.

È stato sottolineato di recente, attraverso un acuto richiamo alle riflessioni di Theodor Viehweg, che «[...] il giurista e, segnatamente, il civili-

---

<sup>4</sup> N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Editoriale Scientifica, s.l., ma Napoli, 2016, p. 8.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, p. 9.

sta», oggi, sono posti «al cospetto del cuore stesso di quella dialettica imperitura – metodologica, argomentativa, ma prima ancora normativa nel senso più lato del termine – tra problema e sistema e, dunque, tra giustizia e certezza, con cui, inevitabilmente, finisce per confrontarsi la tematizzazione del concetto stesso di diritto»<sup>7</sup>.

L'inizio del terzo millennio costituisce senza dubbio per il mondo occidentale e non solo per esso un periodo in cui la stagione della modernità giuridica che aveva caratterizzato il secolo ventesimo, in particolare il secondo cinquantennio, appare in evidente e profonda crisi. Come ha segnalato Paolo Grossi, oggi stiamo vivendo «un momento di lenta transizione, che ha cominciato a profilarsi già nell'ultimo scorcio del secolo XIX, ha percorso tutto il Novecento crescendo costantemente e non ha visto ancora il suo termine. Ed è veramente crisi nel suo significato più pregnante: passaggio, passaggio dalla modernità a un tempo profondamente diverso, che possiamo contentarci di chiamare pos-moderno, paghi di aver segnalato con questo generico aggettivo il suo distacco dai caratteri del tempo precedente»<sup>8</sup>.

In effetti, nel percorso seguito dal diritto fra Otto e Novecento, il sistema delle regole disegnato dall'Illuminismo giuridico e dall'azione della Rivoluzione francese (naturalmente semplifichiamo al massimo questa aspetto della ricostruzione che veniamo compiendo in modo del tutto sommario) si è progressivamente e programmaticamente distaccato dal soggetto antropologico sottostante, distacco la cui rappresentazione più efficace resta in fondo pur sempre quella della definizione dei caratteri fondamentali della norma (ossia della regola giuridica per eccellenza nel paradigma della modernità) in termini di generalità ed astrattezza; requisiti, questi, che postulano la lontananza, la separazione dal soggetto del diritto e la ricostruzione del suo profilo in termini altrettanto astratti ed ipostatizzati, un soggetto concepito uguale perché deprivato, in sede di attribuzione originaria dei diritti fondamentali, delle qualità storiche la cui concretezza costituiva un dato marginale per il giurista, un'area di semplice applicazione di un diritto generato, costruito, altrove.

Questo metodo di costruzione e ricostruzione del diritto (questa politica del diritto, dunque) ha finito con il collocare la regola giuridica (una regola che, tuttavia, ha avuto la funzione di cinghia trainante sull'intero sistema del dovere essere dell'uomo contemporaneo) alle spalle del concreto soggetto di diritto fino a farla diventare un apparato che ricopre la carne della sua storicità ed a sovrapporsi alla sua pelle, quasi un esoscheletro dunque, applicato all'uomo contemporaneo. È un'immagine che, attraverso

---

<sup>7</sup> M. MARTINO, *La topica, il sistema e il diritto globalizzato: a cinquant'anni dalla pubblicazione italiana di Topik und Jurisprudenz*, in *Rivista di diritto civile*, LIX (2013), p. 1490.

<sup>8</sup> P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, [http://www.lincedi.it/files/convegni/840\\_allegatouno.pdf](http://www.lincedi.it/files/convegni/840_allegatouno.pdf), p. 25.

so il linguaggio della tecnica, evoca alla nostra immaginazione la similitudine fra la lotta fra esoscheletri, gusci vuoti privi, all'interno, di un corpo che li guidi che costituisce il tema dominante di una pellicola apparsa nei cinema qualche anno fa (mi riferisco a "Iron Man 3") ed il confronto sul terreno delle relazioni sociali (favorito, tra l'altro, dalla spinta della virtualità delle relazioni) fra regole astratte che, come gli esoscheletri del film, si presentano separate dal soggetto storico, concreto.

Non è perciò un caso che la fase attuale dell'esperienza politica degli stati contemporanei (almeno di quelli dell'Occidente europeo) sia caratterizzata da una profonda revisione dei canoni novecenteschi della certezza del diritto, che sia in atto un confronto vivacissimo sul primato della sovranità (non solo dello Stato) e che contemporaneamente torni a farsi prepotente un'esigenza di giustizia che la dimensione esoscheletrica delle regole non appare in grado di soddisfare. In un'opera del 1989, Norberto Bobbio ebbe a ricordare che «La maggior parte dei diritti sociali è rimasta sulla carta», mentre all'opposto «si può realisticamente affermare che [tutti] sono eguali nel godimento delle libertà negative»<sup>9</sup>. Quella che oggi si presenta a noi è, a ben vedere, una sovranità attenuata, per così dire 'impura', dello stato contemporaneo uscito dalle ceneri della seconda guerra mondiale. La purezza, «essenziale nota della modernità», come pochi anni addietro è stata qualificata finemente<sup>10</sup>, viene oggi messa alla prova, nel mondo del diritto, da una complessità del sistema delle fonti, nel quale non solo è venuto meno «il punto fermo della competenza generale della legge statale»<sup>11</sup> a seguito della proliferazione di norme internazionali di origine pattizia, ma (certamente sotto l'influsso di questa pluralità conclamata delle fonti) si è anche diffuso un processo di interazione fra regola e circostanza di fatto in ragione del quale il diritto viene sempre più spesso frammentato in una "regola del caso" in cui, tuttavia – è alla riflessione di Roberto Bin che mi richiamo – «i "casi" [...] non sono gli "eventi" che si producono nel mondo reale, ma le ricostruzioni che l'interprete ne fa attraverso la qualificazione [...]. Il che significa che la regola del caso fissa il "punto di diritto"; ma non si tratta di un punto geometrico, per definizione indivisibile [...], bensì di un "punto materiale", che ha una propria massa e può ulteriormente suddividersi assumendo un maggior grado di definizione, ossia "distinguendo"»<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2005<sup>2</sup>, p. XX.

<sup>10</sup> N. IRTI, *Violenza 'conforme alla legge' (da un carteggio fra Einstein e Freud)*, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 4 (2013), p. 3.

<sup>11</sup> Così R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere I. Delle fonti del diritto*, Estratto, Jovene, Napoli, 2009, p. 35.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 57.

La prospettiva formalistica ha così progressivamente ceduto il passo ad una prospettiva realistica di sviluppo del diritto e dell'interpretazione. Ne consegue una netta prevalenza della qualificazione del diritto come esperienza: al giurista di oggi, perciò, «appare più corretto e meno ambiguo svincolarsi dalla rigidità di un criterio definitorio ed assumere invece, quale essenziale postulato metodologico, il riferimento al concetto di esperienza giuridica, nella quale dialetticamente si saldano la dimensione soggettiva e quella oggettiva, l'apparente staticità degli assetti istituzionali con la variabilità storica dei loro protagonisti, le sedimentazioni della tradizione con le prospettive evolutive di un futuro atteso o temuto»<sup>13</sup>.

Guardare oggi al tema della certezza del diritto richiede innanzitutto acquisire la consapevolezza della necessità di accostarvisi collocandosi tanto su di un piano sincronico quanto su di un piano diacronico e di scostarsi dalla preoccupazione di isolare un unico concetto guida per orientarsi piuttosto ad identificare una molteplicità di profili carichi di complessità ed a volte di ambiguità, destinati ad intrecciarsi l'uno con l'altro e difficilmente studiabili separatamente gli uni dagli altri: la varietà dei punti di vista a partire dai quali è non solo possibile ma oggi del tutto legittimo e ragionevole aggredire le questioni che la materia della certezza propone dà ragione della complessa articolazione comparatistica e della preoccupazione di guardare in modo attento al significato che a via via, nel tempo, è stato attribuito alla locuzione dai giuristi e dai teorici del pensiero giuridico di ogni epoca. Così, con la locuzione «sono stati identificati, di volta in volta, la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo, l'efficacia dell'ordinamento, l'osservanza delle norme giuridiche da parte dei destinatari delle stesse, l'accessibilità delle prescrizioni alla conoscenza degli interessati, l'effettiva cognizione del diritto da parte dei consociati, l'univocità delle qualificazioni giuridiche, la possibilità di prevedere l'intervento degli organi giuridici di applicazione e di esecuzione, la prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice, l'inviolabilità dei diritti quesiti, la conformità del diritto a standard di giustizia, l'artificiosa certificazione dei fatti o degli atti da parte dell'ordinamento giuridico, la presenza nel sistema giuridico di alcuni istituti specifici, quali, ad esempio, l'irretroattività della legge, il principio di legalità, la separazione dei poteri e la distinzione delle funzioni pubbliche»<sup>14</sup>.

La nozione di certezza del diritto ha perciò assunto, nel tempo, diverse connotazioni concettuali, che costituiscono il riflesso di altrettante accezioni messe a fuoco nelle riflessioni condotte sulla questione.

---

<sup>13</sup> N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 7.

<sup>14</sup> S. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI (2001), pp. 131-164. Si rimanda anche a G. GOMETS, *Indici di certezza giuridica*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 12 (2012), pp. 309-343.



## 2. La certezza del diritto nel suo divenire storico

L'odierno dibattito attorno alla "fissità del diritto" (così Zagrebelsky) rivela anzi la persistente consistenza delle diverse interpretazioni e connotazioni che a mano a mano si sono stratificate fino ad oggi.

Sicuramente la individuazione di cosa si debba intendere per certezza del diritto ha rappresentato un percorso intellettuale che, nel diritto moderno, ha recuperato la puntualizzazione operata da Cicerone sulla certezza quale caratteristica intrinseca, tratto essenziale e costitutivo del diritto stesso (e, diciamo pure, della stessa liceità del potere): «de illo autem quem penes est omnis potestas, nihil video quod timeam, nisi quod omnia sunt incerta cum a iure discessum est»<sup>15</sup>, ovvero la via della certezza è quella del diritto e non vi è nulla da temere nell'esercizio del potere se questo è retto dal diritto; in caso contrario, domina l'incertezza e l'insicurezza, e il potere si trasforma in dispotismo.

Del resto, è pensiero largamente condiviso come sia nel pensiero giuridico moderno che il principio di certezza del diritto si afferma come verità dogmatica: «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»<sup>16</sup>.

La certezza, quale noi conosciamo se non nell'oggi quanto meno nel tempo di ieri, ha davvero un'anima giuspositivistica e si qualifica come prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui; l'azione certa del diritto diventa un principio di civiltà giuridica secondo il quale i singoli debbono sapere in anticipo, per potersi regolare di conseguenza, quali siano i comportamenti giuridicamente leciti e quali i comportamenti giuridicamente illeciti, quali gli interessi protetti dal diritto e quali gli interessi non protetti. Conoscibilità e prevedibilità sono la sintesi di questo atteggiamento verso il diritto e tutto il pensiero giusnaturalistico moderno appare percorso dall'esigenza di garantire gli individui, uguali in forza della legge di natura, da qualsiasi possibilità di arbitrio: si garantisce perciò un diritto certo e universale quando «si dispensa la giustizia e si decide intorno ai diritti dei sudditi con leggi promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti. Gli uomini rimettono tutto il loro potere naturale alla società in cui entrano con la fiducia che saranno governati da leggi dichiarate, altrimenti la pace e la tranquillità

---

<sup>15</sup> CICERONE, *Epistolae – Ad familiares*, Libro 9, Epistola 16, 46 a.C.

<sup>16</sup> P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giustizia civile: rivista bimestrale di giurisprudenza e dottrina*, 4/2014, p. 921.

e le proprietà rimarranno nella medesima incertezza in cui si trovavano allo stato di natura»<sup>17</sup>.

Nel quadro del diritto europeo contemporaneo, la certezza del diritto è quindi conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche dei comportamenti individuali, basata esclusivamente sulla conoscenza (presunta, in virtù dell'appartenenza ad una determinata comunità giuridica) dei contenuti delle norme del diritto. Così concepita, la certezza diviene parte della definizione dello stesso diritto e un carattere a tal punto necessario degli ordinamenti giuridici da differenziarlo da altri sistemi normativi, come la morale e il costume. Ciò implica che la visione liberale dell'ordinamento giuridico lo individui come insieme di norme, facilmente identificabili e conoscibili da parte dei destinatari e applicate fedelmente ai casi particolari<sup>18</sup>. Un sistema giuridico limitato a norme chiaramente identificabili e conoscibili e l'applicabilità diretta di tali norme ai casi particolari definiscono pertanto la "certezza del diritto" come possibilità di prevedere con esattezza gli effetti giuridici dei comportamenti degli individui sulla base della sola conoscenza delle regole generali ed astratte.

È bene ricordare che, a seguito del progressivo indebolimento dei principi propri della matrice ottocentesca del positivismo, gli orientamenti normativistici affermatasi con decisione alla metà del secolo scorso produssero una diversa configurazione dell'elemento della certezza fino a renderlo un aspetto eventuale del diritto positivo anziché un carattere dei concreti sistemi giuridici. Per Kelsen, la certezza del diritto dipende dalla struttura piramidale dell'ordinamento giuridico che produce norme a partire dalle fondamentali fino a quelle particolari in una relazione a cascata di fedeltà tra i diversi gradi delle fonti<sup>19</sup>.

Vi è chi ha osservato che la posizione quasi estrema di Kelsen si sia rivelata però ben presto chiaramente illusoria perché carica di una implicita e vana speranza che «dalle norme scritte si possa ricavare la soluzione di ogni problema concreto, quasi che si trattasse di estrarre da un deposito contenuti performati, mediante un'attività di scavo simile a quella dei minatori»<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, par. 136, Utet, Torino, 1960.

<sup>18</sup> «Per lo Stato liberale classico, dunque, la legge formale costituisce la fonte suprema del diritto e gli ordinamenti normativi possono facilmente presentarsi come chiusi, completi e coerenti perché basati su regole univoche e chiare, oltre che poche (tratto caro alla ideologia della Rivoluzione francese come ripreso in più occasioni da Voltaire) e, quindi, facilmente accessibili da parte dei destinatari e meccanicamente applicabili ai casi particolari nelle decisioni giuridiche senza sforzi interpretativi». Così F. SCARPINO, *Certezza e incertezza del diritto*, 2016.

<sup>19</sup> In particolare, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, p. 131.

<sup>20</sup> G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 2.

I tempi danno senz'altro ragione di simile lettura: a mano a mano che le società passano da una fase di relativa stabilità ad una di movimento progressivamente accelerato e si caratterizzano così per la predominanza di grandi mutamenti e di rapide trasformazioni, la legge così concepita come astratta e generale è destinata a perdere la centralità che la visione normativista impone. In un orizzonte segnato dal tramonto del mito della completezza dell'ordinamento giuridico l'attribuzione di un ruolo più o meno creativo ad un giudice che interpreti invece che dedurre sembra la via di uscita.

### 3. *Certezza vs interpretazione: dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge*

Molto cambia nell'attuale momento storico (oggi qualificato post-moderno, in attesa che gli storici di domani formulino una loro propria definizione), in cui è venuto meno il protagonismo giuridico dello Stato e si viene con il riscoprire la dimensione naturale del vincolo fra diritto e società, con i corollari dell'abbandono del monismo giuridico statale e dell'affermazione di un sempre più ampio pluralismo: pluralismo di fonti e pluralismo di destinatari. L'odierno diritto ci appare sempre meno legale e sempre più affidato per buona parte alla interpretazione giudiziale e dottrinale mentre, a livello globale, prassi e consuetudini contano sempre di più. «È uno sviluppo post-moderno, che si può constatare nel riferimento costante a dei principii, 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 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»<sup>21</sup>.

Al capovolgimento del rapporto tra norme e principii (in virtù del quale è dal sistema delle norme, colte però in azione e non prefigurate astrattamente, che è possibile ricavare principii generali di diritto, la cui estensione subisce oramai forti limitazioni in termini di tempo e di spazio) fa seguito l'affermarsi della centralità dell'uomo di legge rispetto alla legge stessa<sup>22</sup>. Il dibattito attuale appare perciò fortemente influenzato dalla ca-

---

<sup>21</sup> P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, cit., pp. 921-922.

<sup>22</sup> «Ci era stato insegnato che i principii generali del diritto (quelli che l'art. 12 delle preleggi indicava come valvola di chiusura del procedimento interpretativo) si ricavassero, per astrazione o per sintesi, dal sistema delle norme. Oggi i giudici hanno invertito il procedimento: affermano che sono le norme, ancorché non dettate, a ricavarsi dai principii. Primo fra tutti il principio di ragionevolezza, che, nel momento stesso in cui entra come criterio

pacità interpretativa del diritto da parte di chi è chiamato a far applicare le norme. Se da un lato è presente un orientamento oramai consolidato che al bisogno di certezza affianca una altrettanto significativa esigenza di dare intenso rilievo alla tutela integrale delle singole posizioni soggettive, dall'altro lato il nucleo concettuale della stessa certezza tende a saldarsi ai processi di interpretazione e di argomentazione a cui molti riconoscono un ruolo essenziale nella determinazione dell'identità stessa del diritto, così deprimendo all'estremo quella connotazione di predittività propria del pensiero giuspositivista, lapidariamente fissata dalla frase di Bobbio dalla quale abbiamo preso le mosse e costantemente ribadita dal filosofo del diritto: «l'esigenza della certezza del diritto fa sì che il giurista debba rinunciare ad ogni contributo creativo nell'interpretazione della legge, per limitarsi semplicemente a rendere esplicito attraverso un procedimento logico (sillogismo) ciò che è già implicitamente stabilito nella legge»<sup>23</sup>.

Prima di essere oggetto di discussione o di critica, la figura di un "giurista applicatore", calcolatore di sillogismi, un giurista che elabori risposte già contenute nelle premesse da sviluppare, è contraddetta da una realtà che oggi appare muoversi verso direzioni sensibilmente lontane dai postulati positivisti e da quelli normativisti. Del resto, è ancora Paolo Grossi a mettere in guardia dal rischio di un umiliante *status subiectionis* del giurista: «temiamo cioè l'inquinamento – che sarebbe tale – di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro instillato nel cervello»<sup>24</sup>.

È ben vero, peraltro, che il grado di complessità raggiunto dalle azioni volte al corretto funzionamento dei meccanismi che assicurano la piena ed efficace operatività del diritto è effettivamente sotto gli occhi di tutti: nell'applicazione dei principi costituzionali l'interpretazione – dovuta a mutate circostanze economico-finanziarie contingenti – deve infatti contenersi entro una banda di oscillazione difficile da tratteggiarsi *ex ante* con precisione. Norme non direttamente in contrasto con il dettato costituzionale possono presentare un superamento della soglia minima che non coincide necessariamente con la totale negazione del diritto ma che diventano effettivamente erosive della consistenza minima costituzionalmente

---

principe nello strumentario del giurista, sovverte lo schema nomologico-deduttivo e riconduce la giustificazione del modello giuridico ad un criterio di socialità. Il diritto finisce per riscoprire la sua socialità e si libera dalla genericità delle vecchie formule, ma tutto ciò non accade in maniera indolore». N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 295-305.

<sup>23</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, p. 74.

<sup>24</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 163.

accettabile. «Dove porre l'asticella? La risposta è legata alla potestà degli organi di garanzia (Corte Costituzionale *in primis*) di ritenere 'abuso' della libertà di scelta del legislatore il superamento del nucleo essenziale di un principio da parte del legislatore, pur senza la negazione esplicita del principio stesso»<sup>25</sup>.

Più in generale, possiamo dire di essere passati dalla consolidata struttura di un diritto consegnato ad un sistema di enunciati, alla mobile, ma storicamente viva, realtà di un diritto che si articola in una molteplicità di situazioni giuridiche, in grado di generare vicende, esiti, effetti, la effettività giuridica dei quali è soggetta alla prova di resistenza della loro capacità di sostenere positivamente l'esperienza. Dottrina e giurisprudenza non sono chiamate a leggere testi e a confrontarsi tra loro sulle modalità di quella lettura, ma ad analizzare contesti nella asprezza delle loro tensioni, ma anche nella aspirazione a ricercare un punto di equilibrio. «Questa trasformazione implica una palese assunzione di responsabilità politica da parte del giurista. Una responsabilità che non si circoscrive ad una limitata *élite* di operatori del diritto, ma che investe l'intera società, la quale – se pur in forma indiretta – è partecipe alla definizione della norma giuridica perché la norma, per essere adeguata alla regolamentazione del contesto sociale per il quale è proposta, non può disattendere le aspirazioni, i valori, gli interessi ivi operanti»<sup>26</sup>.

Persino nei progressivi mutamenti delle leggi costituzionali, oltre a tutti gli altri ambiti dell'ordinamento giuridico, risulta evidente che le norme vengono sì definite e modificate per via legislativa ma sono il risultato dell'intreccio tra chi le produce, chi ne verifica la legittimità costituzionale e chi, applicandole, le interpreta. Il profilo del giurista assume, pertanto, una caratterizzazione poliedrica e diversificata, non più identificabile come una semplice applicazione statica di norme codificate. L'applicazione delle norme ad opera dell'interprete assume la veste di una creazione e avviene così, quasi inevitabilmente, una forma di concorso al processo di produzione normativa. Inevitabile allora che la certezza del diritto subisca, anch'essa, una metamorfosi a produrre la quale, a differenza del passato, giocano un ruolo decisivo gli intrecci complessi tra istituzioni e società, tra idee e costumi che trasmettono ad essa la dinamica e la vitalità che le anima: sono da leggere anche con l'assunzione di simile angolo prospettico alcune sentenze interpretative in ambiti che potremmo chiamare *life sensitive* (*stepchild adoption*, unioni civili, morte assistita, ...), che abbiamo visto suscitare un dibattito intensissimo nell'opinione pubblica italiana e sono destinate a lasciare una traccia ed un'incidenza notevole sulle successive discussioni e sulle delibere che il legislatore andrà ad assume-

---

<sup>25</sup> G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, cit., p. 7.

<sup>26</sup> M. COSSUTTA, *Digressioni sul diritto fra libertà e sicurezza*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, VIII, 1/2016, p. 108.

re<sup>27</sup>, tanto quanto sulle istituzioni e sui gruppi sociali all'interno dei quali, pure, sono state suscitate.

#### 4. *Per una certezza del diritto nella stagione dell'incertezza*

Una breve riflessione conclusiva alla luce di questo raccolto grappolo di considerazioni.

Nell'attuale instabilità ordinamentale e nella presenza di eterogenei modelli culturali e giuridici di organizzazione delle relazioni fra società e diritto, accanto alla caratteristica del tutto positiva di un nuovo irrompere dell'esperienza quotidiana della persona all'interno dell'orizzonte della pluralità normativa che attraversa le nostre fragili ed insieme incredibilmente persistenti forme di organizzazione istituzionale, sembra presente una contraddizione di fondo tanto nella elaborazione teorica quanto nella applicazione giurisprudenziale. Da un lato infatti assistiamo all'affermazione ed al consolidarsi di un diritto che pretende di farsi interprete dei mutamenti in atto nella società, mentre dall'altro il giurista resta ancorato ad un uso degli strumenti di organizzazione della giustizia espressione di paradigmi di segno formalista che orientano il diritto verso il mantenimento di un persistente ruolo di relativa staticità e che agevolano un impiego di quello stesso diritto in senso strumentale a forme di conservazione del potere, da chiunque sia detenuto.

Il superamento di simile dicotomia che permetta di svuotarla di ogni forza distruttiva della società civile, può avvenire solo attraverso l'affermazione di una certezza che non si ponga come parametro statico ed immutabile di un diritto reso oramai elastico dalle circostanze, ma che, al contrario, si proponga piuttosto quale strumento di affermazione di un civile «diritto alla certezza», mediante il quale la soluzione giuridica presente nella concreta fattispecie divenga espressione dell'impiego di una procedura argomentativa che, abbandonata ogni residua concezione di un diritto asettico, sia invece pienamente atta a dimostrare che quella soluzione sia riconoscibile come legittima e non arbitraria, in quanto inclusa in un diritto orientato alla realizzazione di un ideale di giustizia condiviso. Questo va sottolineato con chiarezza: la presenza di tale ideale di giustizia è essenziale al buon funzionamento del sistema (inteso quale apparato di norme, interventi di buona amministrazione e provvedimenti giudiziari) per svolgervi la funzione di permanente parametro delle singole soluzioni storicamente realizzate. Per dirla con uno slogan, vi è oggi necessità di un diritto e di interpreti che siano progressivi, non conservativi e nemmeno

---

<sup>27</sup> Cfr. R. CONTE, *Evoluzione e interpretazione della legge, fra certezza e incertezza del diritto*, Mechrì, Milano, 2017.

eversivi, che non siano dominati da una strategia teleologica ma ontologica della funzione che l'uno e gli altri assolvono. Sono ancora le parole di Adriano Cavanna che echeggiano persistentemente in me e che suggeriscono queste riflessioni in modo credo efficacissimo e convincente. Trascorsa la stagione di una certezza tutta racchiusa nella consegna del giurista alla «[...] mera elaborazione logico – razionale e [al] puro impiego tecnico di immobili norme positive»<sup>28</sup>, si dischiude un orizzonte promettente, carico di promesse di partecipazione alla individuazione di soluzioni tecnologicamente avanzate. Si tratta di «un giurista colto [...] affrancato senza complessi dalle illusioni formalistiche [che] si sente portatore di una giurisprudenza critica, in grado di supplire alle mancanze del mediocre legislatore moderno. Qui però siamo al punto nodale [...] La consapevolezza dello spazio concesso alle valutazioni etico-politiche dell'interprete non può far dimenticare che il dato normativo [...] vincola pur sempre in qualche modo chi l'interpreta. Il buon giurista si sente in equilibrio tra queste due dimensioni contrapposte»<sup>29</sup>. La certezza che scaturisce dal suo impegno professionale si colloca oggi esattamente sulla linea di questa mediana. Egli, infatti, «Lavora con il diritto, ma anche *per* il diritto. Il diritto ha un suo superiore potere [...] ha certe sue coordinate interne, certe strutture ontologiche che lo rendono per vari aspetti indisponibile alle manipolazioni di parte. E anche agli interessi di ceto. Il buon giurista rispetterà questi limiti ontologici invalicabili»<sup>30</sup>. Soltanto in questo modo egli sarà portatore di una certezza che non sia soltanto servile qualità tecnica, ma patrimonio destinato a costruire una società che abbia quale proprio target primario il progresso della persona.

---

<sup>28</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Giuffrè, Milano, 1979, p. 8.

<sup>29</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., 2, p. 8.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 9.