

Premessa

L'esperienza quotidiana ci mette di fronte a numerose pronunce (sia dei giudici di merito che della Cassazione) che mostrano *ictu oculi* esiti giudiziali non solo fra loro contrastanti, ma anche molto distanti dalla (se non contrapposti alla) "lettera della legge". Ed infatti è sufficiente gettare uno sguardo (anche rapidissimo) su alcune delle più recenti pronunce della Cassazione per constatare quanto la giurisprudenza della stessa si presenti (e sia) tutt'altro che "univoca".

E così, nei confronti di una signora senza fissa dimora e priva di una occupazione, che aveva provato a rubare pezzi di formaggio in un supermercato, la Cassazione (sez. IV pen., sent. n. 12860 del 2019, depositata il 25 marzo 2019) conferma la condanna ad un anno di reclusione, escludendo la non punibilità *ex art. 54 c.p.* (stato di necessità) in ragione del fatto che l'interessata poteva ricorrere all'assistenza fornita da enti di beneficenza (in senso simile v. Cass., sez. II pen., sent. n. 10214 del 2019 depositata l'8 marzo 2019, che ha confermato la condanna inflitta ad un imputato accusato di rapina impropria per la sottrazione di due flaconi di shampoo dallo scaffale del supermercato). Di fronte invece al mancato pagamento di un'imposta Iva di Euro 259.657,00 (che supera di quasi diecimila euro la soglia di Euro 250.000,00 stabilita dall'art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000 quale soglia oltre la quale la violazione da amministrativa diventa penale), la Cassazione (Cass., sez. III pen., sent. n. 12906 del 2019, depositata il 25 marzo 2019) ha ritenuto sussistente la causa di non punibilità della "particolare tenuità del fatto" in quanto il superamento della soglia di punibilità sarebbe avvenuto per un ammontare "prossimo" a quello fissato dalla soglia medesima (e a questo proposito la Cassazione fonda la decisione sulla propria giurisprudenza che, in tema di omesso versamento Iva, è costante nel riconoscere la operatività della clausola di non punibilità della "particolare tenuità del fatto", *ex art. 131-bis c.p.* solo con riguardo alle omissioni per un ammontare "vicinissimo" alla soglia di punibilità fissata in Euro 250.000,00).

Parimenti, se (Cass., sez. V pen., sent. n. 10309 del 2019, depositata

l'8 marzo 2019) la falsa denuncia di smarrimento della carta di identità (finalizzata ad ottenere un duplicato della carta medesima) integra il reato di cui all'art. 483 c.p. (secondo cui "Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni"), la medesima sezione della Cassazione (sez. V pen., sent. n. 11240 del 2019 depositata il 13 marzo 2019) ha ritenuto sussistente (con riguardo al medesimo reato) la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (peraltro già riconosciuta dal giudice di merito) nel caso di falsa attestazione, in un'autocertificazione, di non aver riportato condanne penali (nel caso di specie l'imputato pur avendo riportato una sentenza di applicazione della pena – c.d. "patteggiamento" – aveva attestato, in sede di dichiarazione sostitutiva, di non avere riportato condanne penali; e per la Cassazione "la peculiare natura e gli effetti della sentenza di patteggiamento può rendere plausibile l'assenza in capo all'imputato della piena consapevolezza e volontà della falsità delle sue dichiarazioni").

Questi piccoli esempi, oltre a confermare la inevitabile creatività del momento interpretativo, già evidenziano le numerose questioni con cui ogni riflessione sull'interpretazione giuridica è chiamata inevitabilmente a doversi misurare. E la constatazione dei molteplici esiti della giurisprudenza conferma la necessità di un approccio al tema dell'interpretazione giuridica, che prenda le mosse dalla consapevolezza della storicità (e dunque della ricchezza) dell'esperienza giuridica e che imponga allo studioso una visione necessariamente plurale e pluridimensionale¹.

¹ Il presente lavoro costituisce la rielaborazione e l'ulteriore approfondimento di un ampio ventaglio di riflessioni sviluppate da numerosi anni su diversi aspetti che ruotano attorno al tema della interpretazione giuridica e che hanno trovato le prime concretizzazioni nelle seguenti pubblicazioni: F. Politi, *Interpretazione giudiziale e (in)certezza del diritto*, in *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber Amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, a cura di A. Cerri, P. Häberle, I.M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold, tomo IV, Roma, 2010, 91 ss.; F. Politi, *Interpretazione giuridica e ruolo del giudice. Riflessioni preliminari per uno studio sull'interpretazione giuridica*, Edizioni L'Una, L'Aquila University Press, L'Aquila, 2014; F. Politi, *Interpretazione degli atti normativi e certezza del diritto*, in F. Caroccia-F. Marinelli-F. Politi, *Questioni di teoria dell'interpretazione giuridica. L'interpretazione giuridica e la certezza del diritto*, Edizioni L'Una. L'Aquila University Press, L'Aquila, 2014, 83 ss. Oltre alle riflessioni già oggetto di pubblicazione negli scritti appena ricordati vanno aggiunte quelle esposte in diverse relazioni presentate in altrettanti convegni o conferenze (riflessioni a loro volta oggi oggetto di rielaborazione e di ulteriore approfondimento e aggiornamento): Relazione "Legge, Costituzione e Stato: le trasformazioni dei diritti dell'individuo secondo Giuseppe Capograssi", presentata al Convegno "Giuseppe Capograssi".

Il presente lavoro è dedicato a mia moglie Anna Maria in segno di piccolo ringraziamento dell'affetto con cui mi è sempre vicina e di tante altre cose ancora.

Sulmona, 8 aprile 2019

f.p.

grassi nel cinquantenario della morte", Fondazione nazionale "Giuseppe Capograssi", Sulmona, 22 aprile 2006; Relazione "I principi fondamentali della Costituzione italiana", presentata al Convegno "Sessant'Anni della Repubblica", Consiglio Regionale d'Abruzzo, L'Aquila, 30 maggio 2006; Conferenza "Francesco Filomusi Guelfi nella cultura abruzzese di inizio novecento", Castelvecchio Subequo (Aq), 17 febbraio 2007; Relazione "Interpretazione giudiziale e certezza del diritto", presentata al Convegno "Interpretazione giudiziale e certezza del diritto", Università dell'Aquila – Carispaq, L'Aquila, 2 marzo 2007; Presentazione del volume di Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Università degli studi dell'Aquila, L'Aquila, 23 marzo 2007; Relazione presentata al Convegno "L'Europa del diritto. Incontro con Paolo Grossi", Sulmona 17 maggio 2008; Relazione "Francesco Filomusi Guelfi tra filosofia del diritto e dottrina dello Stato" presentata al Convegno "La 'mente' di Francesco Filomusi Guelfi", Tocco da Casauria, 5 dicembre 2008; Relazione "Il problema dell'individuo in Giuseppe Capograssi", Convegno "Giuseppe Capograssi e i bisogni dell'individuo contemporaneo", Polo universitario di Sulmona, 21 gennaio 2011; Lezione, *La Costituzione italiana fra diritto e filosofia*, Liceo classico "G.B. Vico", Chieti 10 febbraio 2011; Relazione "L'interpretazione costituzionalmente conforme", presentata al Convegno "L'interpretazione giuridica e la certezza del diritto", Scuola Allievi Ispettori e Sovrintendenti della Guardia di Finanza, L'Aquila, 29 aprile 2013; Relazione presentata al Convegno "L'invenzione del diritto. Riflessioni sull'opera di Paolo Grossi", Scuola Allievi Ispettori e Sovrintendenti della Guardia di Finanza, L'Aquila, 9 febbraio 2018.

Capitolo Primo

Interpretazione giuridica, fenomeno giuridico e ruolo del giurista

SOMMARIO: 1. L'interpretazione giuridica fra interpretazione giudiziaria e interpretazione dottrinale. Il ruolo dei giuristi. – 2. Interpretazione giuridica e fenomeno giuridico. – 3. Le norme sull'interpretazione. La portata dell'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale". – 4. Il fine della interpretazione. L'efficienza evolutiva della interpretazione. – 5. Interpretazione e legislazione. – 6. Teorie dell'interpretazione e ruolo del giudice. – 7. Il fine evolutivo dell'interpretazione giuridica: l'interpretazione quale strumento di "perenne sviluppo" del diritto (il pensiero di Emilio Betti). – 8. Il vincolo del giudice alla legge ed il mito della certezza del diritto. – 9. La "*nouvelle rethorique*" e la centralità dell'opinione dissenziente (il pensiero di Alessandro Giuliani). – 10. Il ruolo dell'ermeneutica giuridica. – 11. La necessità di riconciliarci con l'incertezza.

1. L'interpretazione giuridica fra interpretazione giudiziaria e interpretazione dottrinale. Il ruolo dei giuristi

L'espressione "interpretazione giuridica" può essere utilizzata come espressione equivalente a quella di "interpretazione del diritto", ma anche (ponendo l'accento sugli autori di tale operazione intellettuale) come "interpretazione posta in essere dai giuristi" (ricomprendendo quindi all'interno di tale denominazione sia l'interpretazione giudiziaria che quella dottrinale).

Con riguardo all'interpretazione giudiziaria va riconosciuto che essa è, a sua volta, influenzata da quella dottrinale (e da quella proveniente dal ceto forense), ma che tende a distinguersi da quella dottrinale e ad avere una propria specifica connotazione in ragione della peculiare efficacia che l'ordinamento riconosce alle sentenze dei giudici. E se proprio tale efficacia conduce ad assegnare alla interpretazione giudiziaria la definizione di "diritto vivente" (v. *infra*), va ribadito che l'interpretazione giudiziaria non esaurisce affatto il fenomeno dell'interpretazione giuri-

dica che riguarda più ampiamente il tema della interpretazione del diritto ed i cui attori non si esauriscono nei giudici, né nei soli “giuristi” e neppure nelle dinamiche – pur centrali – fra potere legislativo e potere giudiziario.

Ricorrente, nella manualistica giuridica, è la diversificazione dell'interpretazione a seconda della provenienza della stessa (interpretazione giudiziaria, scientifica o dottrinale, autentica). Come noto, vi sono state epoche storiche (si pensi ai giureconsulti romani dell'epoca repubblicana e imperiale o ai glossatori e ai commentatori medievali) in cui il ruolo dei giuristi (e dunque dell'interpretazione scientifica) è stato di notevole influenza.

Paolo Grossi ricostruisce, secondo una scansione tripartita, la storia europea del diritto, nella quale l'Autore intravede “tre esperienze giuridiche: tre civiltà storiche ben differenziate sotto il profilo giuridico, che ci propongono tre diverse visioni e realizzazioni del diritto”¹.

E queste tre epoche sono appunto il Medio Evo, l'epoca della Modernità giuridica (che per Grossi va dal Trecento a tutto l'Ottocento) ed infine il Novecento. Ma la storia è in cammino continuo, e dunque ciascuna delle diverse epoche (e dei sottoperiodi di cui ognuna si compone) contiene in sé i germi di quelle che l'hanno preceduta e – a sua volta – prepara quella successiva².

Nella ricostruzione storica delle diverse esperienze giuridiche succedutesi in Europa negli ultimi 1500 anni, Paolo Grossi assume come angolo di osservazione (in quanto esperienza giuridica, in quanto ordinamento ed in quanto “dimensione della vita quotidiana”) la storia del ruolo dei giuristi (studiosi, avvocati, giudici) nelle diverse epoche.

E così nei primi secoli del Medioevo (caratterizzato dalla incompiutezza del potere politico e da un reicentrismo che ha preso il posto dell'antropocentrismo della civiltà classica) il diritto viene ad essere espressione di “un insieme di valori soggiacente ai superficiali rapporti

¹ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, 2009.

² Questo è un punto sul quale Paolo Grossi insiste molto e più volte: ogni esito (ad es. giusnaturalismo, illuminismo, l'età della codificazione) discende da premesse contenute nella fase precedente, anche se poi può giungere anche a risultati quasi contrapposti rispetto alle premesse da cui aveva preso le mosse; e siffatti esiti – a loro volta – conducono ad ulteriori conseguenze, e così via. Ma ovviamente non vi è in Paolo Grossi una visione hegeliana o marxiana della storia, che infatti non ha nessuna cadenza necessitata, non ha uno sviluppo lineare. Tutt'altro. La storia è intrisa – così come l'umanità che la genera – di contraddizioni e di paradossi.

sociali ed economici” e pertanto la funzione del diritto è quella di fornire “un ordine riposto che funge da salvataggio della comunità, e la comunità, consapevole, corrisponde a quei valori osservando le regole da essa promananti”³. In questa dimensione il diritto viene ad avere (come detto) un carattere “più ordinativo che potestativo”, e pertanto si trova ad essere caratterizzato (in ragione della incompiutezza del potere politico che Grossi definisce la “cifra essenziale” per capire siffatto periodo storico) da uno spiccato pluralismo giuridico in cui trionfano le comunità intermedie ed in cui tocca al momento comunitario colmare l’imperfezione dell’individuo.

Il Medioevo si caratterizza per una “fattualità” del diritto, giacché i fatti (che la modernità tenderà a “sterilizzare” definendoli di per sé “giuridicamente irrilevanti fino a quando una volontà autorevole non se ne appropri” rendendoli appunto “giuridici”) vengono ad avere già in sé una propria “potenziale carica giuridica”⁴.

Non può dunque meravigliare se, nel Medioevo, il primato fra le fonti del diritto è assegnato alla consuetudine giacché tale primato discende direttamente dalla allocazione del diritto nello “strato riposto” della società. Conseguenzialmente anche la “virtù del principe” risiede nella *aequitas* del medesimo (“nel suo essere giusto”) ed il “potere altissimo” spettante al principe “si risolve in un dovere stringente”.

In questo “paesaggio giuridico”, caratterizzato, dal punto di vista delle fonti del diritto, da un “ampio tessuto consuetudinario”, anche l’ordine giuridico non può non essere connotato dal particolarismo e pertanto protagonista dell’esperienza giuridica viene ad essere (non il legislatore, né il giudice, né lo scienziato del diritto ma) il notaio, “un uomo di prassi”⁵.

Paolo Grossi ci ricorda che il Medio Evo va suddiviso in almeno due parti: la prima (definita “l’officina delle prassi”) caratterizzata dalla presenza di una civiltà giuridica in costruzione, mentre la seconda, rappre-

³ P. Grossi, *L’Europa del diritto*, cit., 14.

⁴ E, tra questi, tre appaiono determinanti: la terra (cosa produttiva, fonte di sopravvivenza); il sangue (legame inscindibile tra soggetti), il tempo (durata che crea, estingue, modifica). P. Grossi, *op. ult. cit.*, 18 ss.

⁵ “Silenziosamente, dimessamente – dice Grossi, *op. ult. cit.*, 27 – la pratica notarile non crea ma dà forma concreta e anche una sufficiente veste tecnico-giuridica a figure di cui l’esperienza ha necessità nella quotidiana lotta per la sopravvivenza”. In questo quadro, l’incompiutezza del potere politico si riflette in una limitata dimensione anche del potere legislativo.

sentata dalla “maturità medievale”, è ritenuta “un laboratorio sapienziale”. In questa epoca (in cui “il diritto è svincolato dall’abbraccio soffocante dell’apparato di potere pubblico, fa capo alla società e la esprime e la ordina”) la scienza giuridica riveste un ruolo centrale: “In questa civiltà – dice Grossi – il giurista, il maestro di diritto, in quanto sapiente, è più di ogni altro operatore terreno in un rapporto di partecipazione con Dio, sapienza somma, verità somma. È personaggio illuminato e illuminante, quasi un mediatore tra cielo e terra, certamente colui che è su un gradino superiore a tutti nella ricerca della verità. E questo spiega l’affidarsi a lui”⁶.

Il Trecento, quale secolo di transizione dall’epoca medievale a quella della modernità (che per Paolo Grossi abbraccia l’arco dei secoli che vanno dal 1300 al 1900), viene ad essere il momento (“dello scompiglio”) nel quale prende l’avvio un processo liberatorio dell’individuo, in precedenza invischiato nella ragnatela medievale: “La cifra essenziale della modernità – dice Grossi – sta tutta nella tentata riscoperta di un nuovo ordine che, mettendo da parte natura cosmica e comunità (tutto il vecchio ammasso comunitario), pretende di fondarsi su una dimensione tutta umana costituita da individualità, ciascuna delle quali è riconosciuta e rispettata nella sua libertà e nella sua carica dominativa della realtà naturale e sociale, ciascuna delle quali viene dotata di una virulenta carica psicologica”⁷.

Questa considerazione di fondo spiega anche la crescita, da allora continua, del potere pubblico e che determina un mutamento anche del ruolo del giurista. L’Umanesimo viene così a configurarsi come “un rinnovamento antropologico” fondato su una “piena fiducia” verso l’individuo “sovrano della società e della natura”. Il singolo (“in grazia della sua volontà”) è “proprietario di sé stesso” ma è proprietario anche di “taumaturgici talenti” che gli consentono di adeguare ai propri progetti il mondo circostante.

Conseguenzialmente matura “un’autentica rivoluzione culturale” giacché le scienze fisiche e matematiche assumono un ruolo prevalente rispetto alle scienze giuridiche e questa rivoluzione culturale determina anche una trasformazione (non solo della ruolo e della funzione nella società, ma anche) della stessa immagine e “autorappresentazione” del giurista che diventa (come il naturalista) “uno scopritore” della “natura

⁶ P. Grossi, *op. ult. cit.*, 46.

⁷ P. Grossi, *op. ult. cit.*, 73.

genuina dell'uomo". È in questo quadro che si afferma il giusnaturalismo seicentesco caratterizzato da "una valenza complessa e, per alcuni aspetti, ambigua". Da un lato, infatti, questa "grande avventura scientifica", che fa leva "sull'uomo allo stato puro e sul primitivo stato di natura", ha per scopo quello di "disegnare un territorio riservato dove il soggetto non può essere molestato nelle sue libertà dagli arbitrii del potere", ma dall'altro si pongono le premesse di una completa separazione fra dimensione individuale e dimensione comunitaria.

Infatti, se per questa strada si pongono le radici del costituzionalismo moderno e delle "Carte dei diritti" del XVII e del XVIII secolo ("prime barriere edificate a protezione di situazioni fondamentali dell'individuo"), al tempo stesso si deve prendere atto che l'impostazione individualistica conduce (tramite una dimensione che diventa essenzialmente egoistica) al distacco totale dell'individuo da ogni formazione sociale. Lo stato di natura appare così come "stato di perfetta libertà", in cui spetta alla *property* "il ruolo di garanzia e di presidio della libertà individuale"⁸.

Il giusnaturalismo moderno mostra così la sua "valenza ambigua" in quanto si "avventura di una scienza alla ricerca di regole oggettive", ma anche "abilissima strategia di intellettuali", espressione degli interessi e delle istanze del pre-capitalismo. E la astrattezza (che da ora in avanti accompagnerà il diritto borghese per tutto lo svolgersi della modernità) viene a svolgere il ruolo di "efficace foglia di fico dietro cui celare l'assetto concreto di una società percorsa da non poche iniquità: soggetti astratti, rapporti astratti, libertà astratta, uguaglianza astratta, norme astratte".

L'antropocentrismo, che si riafferma con l'umanesimo, viene ad essere l'elemento unificante e caratterizzante anche le successive esperienze del giusnaturalismo, dell'illuminismo, della Rivoluzione francese e dell'epoca dei Codici. In queste esperienze, il ruolo del giurista perde di importanza. E, soprattutto dopo la rivoluzione francese, una volta costruita la "mitologia giuridica della modernità"⁹ (caratterizzata dalla riduzione del diritto alla legge ritenuta unica fonte del diritto generale e astratta) prenderà l'avvio il legalismo, la legolatria, il "dispotismo legale" statualistico, che per Grossi trionfa con il napoleonico *Code civile*¹⁰.

⁸ P. Grossi, *op. ult. cit.*, 101.

⁹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

¹⁰ Al riguardo v. F. Marinelli, *La cultura del Code civil. Un profilo storico*, Padova, 2004; Id., *Scienza e storia del diritto civile*, Bari-Roma, 2009.

Il giurista diventa “esegeta”, mero interprete della volontà del legislatore. E l’operosità intellettuale del giurista viene ad essere circoscritta alla “pura conoscenza” del sistema legale positivo e “con la consegna imperiosa di non varcare i confini del diritto legale”. In questo quadro viene ad essere inevitabilmente circoscritto anche il ruolo del giudice che si trova ad essere relegato al ruolo di “*bouche de la loi*”¹¹.

Nella prima metà del secolo XIX è toccato a Savigny (e alla “scuola storica del diritto”, espressione del romanticismo giuridico tedesco) contrapporsi alle idee giuridiche dell’illuminismo che hanno condotto (a partire dalla Francia) alla “codificazione” del diritto e dunque alla assegnazione alla scienza giuridica del compito di mera esegesi dei testi scritti. L’impostazione codicistica conferisce al legislatore non solo una priorità nella “creazione” del diritto (e della norma), ma addirittura una posizione di “esclusività” in tale opera creativa, con la conseguente assegnazione al potere giudiziario e alla dottrina giuridica (nella fase dell’interpretazione) di un ruolo di mera “esegesi dei testi” e di individuazione “dell’esatto significato delle parole”.

Per Savigny (e per la “scuola storica del diritto”) il diritto, quale elemento vivo e spontaneo, vive nella tradizione storica popolare e quindi anche le fonti del diritto non possono esaurirsi nel “codice” che appunto “inaridisce” le fonti spontanee del diritto (*id est*, la consuetudine) e che cristallizza la disciplina normativa nelle regole introdotte e modificabili solo dal legislatore (con conseguente scomparsa di ogni funzione creativa dell’interprete). E la codificazione (per Savigny) costituisce un’operazione volta a sovrapporre una volontà artificiale (figlia “di un’astratta e inconcludente razionalità”) alla “vita effettiva del diritto” cercando di arrestarne l’inevitabile movimento. In questa ricostruzione, ruolo centrale è assegnato al giurista quale “naturale interprete del diritto” come stori-

¹¹ Funzionale a questo quadro è anche il concetto di rappresentanza politica, che si afferma con la rivoluzione francese, e che giustifica la legge quale espressione di una (presunta, ma mai dimostrata) “volontà generale”. Sulla rappresentanza politica v. P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011; Id., *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 802 ss.; Id., *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Studi in onore di V. Crisafulli*, vol. II, Padova 1985, 679 ss.; Id., *La rappresentanza parlamentare tra unità politica e pluralismo*, in *Diritto e società*, 1994 (e in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Padova 1995); Id., *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano 1988; Id., *Rappresentanza e associazionismo*, in *Rappresentanza e democrazia*, a cura di G. Pasquino, Bari-Roma 1988.

camente determinato e vivente. E l'intero ceto dei giuristi viene così a rappresentare "la consapevolezza scientifica della coscienza collettiva del popolo", mentre ai giudici è assegnato il compito di "realizzatori" di siffatta coscienza collettiva¹².

Nella seconda metà dell'Ottocento i mutamenti sociali prodotti dalla seconda rivoluzione industriale, le esigenze sociali che conseguentemente si pongono all'attenzione dei poteri pubblici, le conseguenze discendenti dall'ampliamento del suffragio elettorale danno l'avvio ad un'opera di demolizione del quadro preesistente. Ed infatti il Novecento si apre con la crisi dello Stato e con la riscoperta della complessità.

A questo proposito Grossi ricorda la riflessione di Santi Romano¹³ (sulla crisi dello Stato e sulla pluralità degli ordinamenti giuridici) quale peculiare momento di emersione scientifica della consapevolezza della antistoricità delle ricostruzioni giuridiche (e della sottostante visione del fenomeno giuridico) registrate nei secoli precedenti¹⁴.

Le certezze dell'ottocentesco diritto borghese vengono progressivamente lacerate dal Novecento, caratterizzato innanzitutto dagli effetti della legislazione di guerra (della prima guerra mondiale) che, se ini-

¹²G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 86-87, evidenzia (ribadendo "il carattere politico della scienza giuridica di quel tempo e di quella scuola", caratteristica "del resto di ogni tempo e di ogni scuola") che "Le posizioni della scuola storica riscossero nel secolo scorso un notevole successo, anche in Italia, sia nel diritto privato che nel diritto pubblico, per la loro coerenza con le condizioni politiche e spirituali di allora, l'avversione ad ogni innovazione razionalizzatrice di un potere normativo artificiale e la coerenza del ceto dei giuristi con gli interessi burocratici e conservatori. I giuristi ricoprivano nell'organizzazione sociale un posto dirigente di spicco, come ceto eminente e omogeneo al suo interno e consonante con le ragioni politiche prevalenti, il che spiega come il compito del giurista (di interprete della volontà popolare profonda e dei destini storici della nazione) fosse un compito analogo a quello dei soggetti attivi sulla scena della politica. È per questo che i grandi giuristi del tempo furono anche uomini attivamente impegnati nella politica del tempo".

¹³Ma anche di Capograssi (v. *infra*).

¹⁴Differente la ricostruzione di F. Cerrone, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in corso di pubblicazione su *Rivista AIC*, 2019 (d'ora innanzi sono citate le pagine del dattiloscritto ringraziando di cuore l'Autore di avermi donato la possibilità di fruire di questo importante lavoro che, come si vedrà, molto ha inciso anche sulle mie riflessioni) che, sulla scorta delle riflessioni di Gorla e di Giuliani (v. *infra*), vede invece nei decenni a cavallo fra la fine del secolo XIX e l'inizio del secolo XX l'epoca del "trionfo" del positivismo.

zialmente giustificata dal relativo stato di emergenza, tende invece a permanere (con l'assegnazione di potere legislativo all'esecutivo) anche dopo la conclusione delle vicende belliche. In questo quadro, che giustifica anche un penetrante intervento statale nel diritto civile, trovano riconoscimento i "criteri equitativi di giudizio" ("rimessi al prudente apprezzamento del giudice")¹⁵.

Tocca infine alle Costituzioni del secondo dopoguerra delineare il nuovo orizzonte del contemporaneo Stato costituzionale (sul punto v. *infra*, cap. II)¹⁶.

Nell'epoca attuale, il quadro appare particolarmente contraddittorio e si presta a differenti (tutte possibili) ricostruzioni. Se è indubbio negli ordinamenti contemporanei il ruolo centrale del "legislatore" (cioè dei soggetti titolari del potere normativo: dal parlamento al governo, dalle regioni agli enti locali, dalle autorità amministrative dotate di potere normativo agli organi sovranazionali) e se la pluralità delle fonti sembra eliminare ogni spazio al ruolo dell'interprete, è altrettanto vero che l'inflazione degli atti normativi (e, a volte, la contraddittorietà degli stessi) finisce per ampliare lo spazio (e dunque la creatività) dell'interprete (in particolare del potere giudiziario).

Si deve invece registrare un arretramento del ruolo della scienza giuridica, spesso "appiattita" su posizioni giuspositivistiche (in difesa del principio – non più tanto della certezza del diritto quanto – della prevalenza – se non della inviolabilità – dell'ambito riservato al potere legislativo) o su posizioni di "positivismo giudiziario"¹⁷ accettando acritica-

¹⁵ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., 231 ss.

¹⁶ P. Ridola, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, 316 ss., ha evidenziato che "se l'esperienza del giuspositivismo statualistico ha condotto all'approdo dell'impermeabilità del diritto (giuspositivisticamente inteso) da parte della critica morale costruita sulla base dei valori costituzionali, le costituzioni del pluralismo hanno accolto un impianto valutativo che, sebbene positivizzato in un testo, è pienamente comprensibile solo alla luce di una concezione del diritto che non pretenda di separare il diritto dalla morale".

¹⁷ F. Cerrone, *In margine ad un frammento ...*, cit., 32, ha evidenziato che "Per lunghi anni apparsa refrattaria ad ogni interesse per la giurisprudenza ... la dottrina italiana ha più di recente "scoperto" il ruolo creativo dei giudici e della loro interpretazione"; A.A. Cervati, *Diritto vivente e costituzione vivente*, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, 59, mette in guardia da "un positivismo giurisprudenziale che potrebbe essere più pericoloso di quello legislativo, in un tempo in cui è tutt'altro che remoto il pericolo che prevalgano tendenze verso il

mente (ed anzi cercando di “mettere a sistema”) gli esiti della giurisprudenza, abdicando così dal ruolo (proprio della dottrina) di osservatore critico delle dinamiche della contemporanea esperienza giuridica¹⁸.

Si è così parlato di una “inconcludenza dei giuristi come ceto culturalmente unitario” (Zagrebelsky), quale conseguenza di un pluralismo (“che talora rasenta la dissoluzione”) di impostazioni metodologiche (a volte anche contrapposte)¹⁹. Si deve dunque convenire che oggi il “valore” della scienza del diritto discende “dalla persuasività delle sue argomentazioni e dalla capacità di tradurre in atto attraverso il diritto le esigenze di regolamentazione dei rapporti sociali”²⁰.

Con riguardo all’interpretazione giudiziaria, va riconosciuto che se l’opera dei giudici costituisce il “filtro” mediante il quale il diritto svolge la sua funzione pratica, l’interpretazione giudiziaria viene ad essere “lo strumento di tale filtro”²¹.

In genere si è portati ad utilizzare il sostantivo “giurisprudenza” quale espressione di un fenomeno (se non monolitico) tendenzialmente omogeneo, ma l’esame delle concrete dinamiche giurisprudenziali dimostra al contrario che “la giurisprudenza” (quale esito di numerose pro-

formalismo, verso forme di pensiero analitico, dirette a privilegiare il linguaggio ufficiale, la dogmatica giurisprudenziale e un’utilizzazione talora acritica dei precedenti”.

¹⁸ A.A. Cervati, *Educazione giuridica, studio della letteratura e interpretazione*, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., dopo aver ricordato (p. 131) che il giurista deve essere in grado di “interpretare dinamicamente le esperienze giuridiche nel quadro della cultura e del grado di civiltà di cui il pensiero giuridico è espressione”, invita (p. 133) a riflettere “sulla coscienza del giurista” e “sui compiti che esso svolge nella società”, muovendo “dalla considerazione che l’affinamento della sensibilità valutativa non dipende per il giurista solo dal livello della propria cultura, dalla consapevolezza dell’attualità dei problemi di cui si discute, dalla conoscenza delle leggi, ma dalla capacità di porre a confronto soluzioni giuridiche alternative, dal proprio senso di responsabilità e dalla comprensione dei sentimenti umani”.

¹⁹ Molto critiche nei confronti della dottrina italiana sono anche le considerazioni di F. Cerrone, *op. ult. cit.*, 49, che individua una “carezza di razionalità storica – forse anche di una moralità – depositata nel costume culturale del giurista italiano” (v. *infra*).

²⁰ G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, 87: “Il diritto del nostro tempo è sempre più diritto artificialmente posto che esclude il ruolo creativo dell’interpretazione. Tuttavia, proprio le trasformazioni della legge e la crisi che investe il ruolo del legislatore nel momento attuale possono costituire le premesse per una ripresa di importanza degli studi giuridici, come apporto all’opera della giurisprudenza ed alla razionalizzazione del sistema giuridico”.

²¹ G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, 88.

nunce adottate da molteplici organi giudicanti) è sempre percorsa da (più o meno profonde) differenziazioni e che “il farsi” della giurisprudenza è sempre un percorso plurale se non contraddittorio.

Le differenti tendenze che attraversano la giurisprudenza riflettono le divisioni tecnico-giuridiche ma anche etico-politiche esistenti all'interno del ceto dei giudici (i quali sono tutti egualmente soggetti “solo alla legge” ex art. 101 Cost. e tutti parimenti abilitati ad interpretarla senza influenze esterne). E la pluralità delle tendenze giurisprudenziali è il riflesso del pluralismo sociale e pertanto i contrasti giurisprudenziali riproducono le tensioni che nascono dalle esigenze sociali emergenti²².

Una spinta alla unitarietà della giurisprudenza (ma con esiti non definitivi) proviene dal ruolo unificatore della Cassazione avente appunto il compito di assicurare (c.d. funzione nomofilattica o “nomofilachia”) l'esatta applicazione e l'interpretazione uniforme della legge (art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, sull'ordinamento giudiziario). Al tempo stesso la dottrina ha da sempre riscontrato l'esistenza di “una naturale tendenza della giurisprudenza” ad uniformarsi alle tendenze interpretative in atto, riconoscendo forza al “precedente” giudiziario²³. E la legge, come interpretata dalla giurisprudenza, viene indicata con l'espressione “diritto vivente” o “norma vivente”.

Con riguardo al ruolo “creatore” della giurisprudenza nella individuazione della “norma vivente”, è stato evidenziato come tale ruolo tenda ad affermarsi nonostante la presenza di “poderosi principi” (quali il principio di legalità ed il principio di subordinazione del giudice alla legge)²⁴, volti invece a limitare l'autonomia degli spazi interpretativi del giudice.

²² Al riguardo sempre illuminanti le riflessioni di B.N. Cardozo, *Il giudice e il diritto* (1947), Firenze, 1961 (v. *infra*).

²³ Con riguardo alla “forza” del precedente, A.V. Dicey, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento* (1905), Bologna, 1997, 363, evidenzia che “il rispetto per i precedenti costituisce il fondamento indispensabile del diritto di produzione giudiziale”; G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, 88, secondo cui “se è vero che ogni giudice è soggetto solo alla legge, si deve considerare che alla libertà assoluta del giudice si oppongono argomenti di sicuro valore giuridico e costituzionale: l'eguaglianza dei cittadini di fronte al diritto anche nel momento della sua applicazione e l'unità dell'ordinamento nel suo valore concreto. La realizzazione di questi principi esige non solo che i precedenti della Corte di cassazione assumano un qualche ‘valore morale’, ma che si affermi un dovere costituzionale funzionale dei giudici di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto”. Sul ruolo del precedente giudiziario v. *infra*, par. 6.

²⁴ G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, 87-88.