



2022

Osservatorio sulla legalità

MATERIALI PER UNA CULTURA DELLA LEGALITÀ

a cura di GIUSEPPE ACOCELLA



G. Giappichelli Editore

Prefazione

Avvicinandosi la scadenza del primo decennio di vita dell'Osservatorio sulla legalità (OSLE), possiamo constatare con soddisfazione che l'accoglienza ricevuta in questo non più breve lasso di tempo dai *Materiali per una cultura della legalità* presso gli studiosi, gli operatori, i Centri di ricerca, costituisce conferma del lavoro sviluppato in questi anni e motivo di rinnovato impegno. Il volume 2022 si apre con un saggio di Federico Pedrini, che ricostruisce mirabilmente il tema complesso della legalità nel nostro tempo, dedicato alla memoria di un Maestro, come Paolo Grossi, repentinamente e di recente scomparso lasciando un gran vuoto negli amici e negli studi, del quale vogliamo ricordare con ammirazione e commozione la Intervista rilasciata ai *Materiali* nel volume del 2019.

Dopo il bilancio di Giuseppe Acocella sulla percezione in questo tempo del principio di legalità e della sua crisi, seguono i saggi, dedicati in particolare ai profili essenziali della riforma dell'amministrazione della giustizia penale, esaminati nei saggi di studiosi del calibro di Giuseppe Amarelli, Katia La Regina, Luigi Kalb, Vincenzo Maiello, Pasquale Troncone. La sezione dei saggi è completata dal testo di Isaia Sales, che traccia i percorsi della controversa dinamica Stato-Antistato, sottolineando l'irrisolto conflitto tra disperata lotta per la legalità e radicamento sociale della criminalità organizzata, che segna le sorti della storia meridionale. Completa questa sezione il saggio di Giovanna Di Giorgio, che riprende lo spazio della "letteratura e diritto" aperto nel 2020 da un testo su "teatro e diritto", nel ricordo di una vittima innocente (come la tardiva assoluzione ha poi dimostrato) della amministrazione distorta e pervicace della giustizia penale, come fu Roberto Racinaro.

La sezione Interviste si giova quest'anno del contributo ricchissimo, incisivo e penetrante, di Lucio D'Alessandro, e di quello autorevole di Christian Waldhoff (grazie alla traduzione di Agostino Carrino), che allarga il problema della legalità alla dibattuta dimensione del ruolo svolto dalle istituzioni europee. Completa il volume la sezione Biblioteca della legalità, che anche quest'anno si avvale di una schiera di studiosi giovani (Fristachi, Di Martino, Riboldi, Girardi) o già sperimentati (Sepe, Crobe, De Angelis, Scoppettuolo, Forestieri) che costituiscono la rete interna all'OSLE degli studiosi che danno

continuità e vigore alla vita dell'Osservatorio e alla News-letter periodica, che completa il lavoro svolto attraverso i *Materiali per una cultura della legalità*. In marcia, dunque, verso il compimento del primo decennio.

Paolo De Nardis
Presidente dell'Istituto "S. Pio V"

Giuseppe Acocella
Coordinatore dell'OSLE

Federico Pedrini

La legalità inesistente

In ricordo di Paolo Grossi

Sommario:

1. Premessa. – 2. L'esistenza di un ordinamento giuridico. – 3. Identificazione, individuazione e determinazione del diritto. – 4. La discrezionalità della giurisprudenza (in che senso i giuristi “creano” il diritto). – 5. Oltre la legalità. – 6. Un concetto idiosincratico di diritto. – 7. Decostruzione e ricostruzione del principio di legalità. – 8. Il principio di legalità tra ideologia delle fonti e metodologia interpretativa.

1. *Premessa*

Questa riflessione – generosamente sollecitatomi dal curatore di questo volume, la cui fiducia spero di non deludere troppo nelle pagine che seguiranno – nasce come un (minuscolo) contributo per rispondere alla (grande) domanda circa la più o meno marcata attitudine del principio di legalità a *resistere* ai cambiamenti che, per lo meno secondo certe ricostruzioni, da centrale che era un tempo lo avrebbero sempre più relegato ai margini della sistematica costituzionale e dell'esperienza giuridica concreta.

Il tema della legalità non soltanto è, evidentemente, amplissimo e inaffrontabile nella sua interezza, ma anche solo gli studi che, con vari accenti e diverse modalità d'approccio, segnalano la crisi che la legalità starebbe attraversando sono ormai notoriamente innumerevoli e non è mia ambizione darne conto in modo bibliograficamente completo¹. Ai fini di questo lavoro, mi limiterò

¹ Qualche utile riferimento, che fin dal titolo opportunamente problematizza il tema di *quale* (quali) *legalità* e di *quale* (quali) *crisi* in C. Storti (a cura di), *Le legalità e le crisi delle legalità*, Giappichelli, Torino, 2017. Sul tema della crisi della legalità v. anche, in chiave storica, G. Accolla, *Appunti per una storia dell'idea di legalità*, Apes, Roma, 2015, p. 61 ss., nonché, in chiave di analisi critica del diritto costituzionale positivo, S. Fois, *La crisi della legalità*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*.

quindi a trarre alcuni spunti dal testo che, tra i più recenti in argomento, mi è parso il maggiormente significativo e che Paolo Grossi aveva icasticamente intitolato *Oltre la legalità*².

Tale scelta è sì inevitabilmente discrezionale, ma non del tutto arbitraria. Essa, infatti, non si poggia soltanto sull'indiscussa autorevolezza dell'Autore – amico prezioso recentemente scomparso che qui vorrei onorare proseguendo un dialogo mai interrotto in questi ultimi anni³ –, ma si giustifica anche e soprattutto per la ricchezza, la linearità e l'esemplarità degli argomenti sostenuti. I quali ultimi, se da un lato evidenziano al meglio l'intreccio teorico tra il tema del declino della legge e la problematica delle fonti del diritto e dell'interpretazione giuridica, dall'altro lato mi consentiranno pure di svolgere qualche ragionamento di carattere generale sullo specifico “piano” concettuale in cui ha oggi luogo la (e ha effettivamente senso per il giurista parlare di) crisi della legge.

Tutto ciò a partire da una considerazione assolutamente “radicale” e confido solo in apparenza provocatoria. È stato invero l'acume di Mario Jori⁴ a suggerirmi che, per rispondere (e perché abbia senso rispondere) alla pocanzi richiamata domanda sulla capacità (o meno) di resistenza del principio di legalità al processo di declino che parrebbe interessarlo, bisogna prima di tutto ammettere, dal punto di vista logico, che esso in qualche modo *esista*. O che magari *non esista più* (ed allora il suo superamento si potrebbe spiegare in termini di scomparsa), ma che comunque *sia esistito e/o che possa esistere*.

Se vogliamo, si tratta di una assoluta ovvietà: di una di quelle verità banali che non notiamo neppure perché le abbiamo sempre sotto gli occhi. Ma allora – ci si potrebbe chiedere – perché perdere tempo in riflessioni tanto astruse? Che significato potrebbe avere, in fondo, interrogarsi sulla possibile inesistenza del principio di legalità se pressoché tutti i giuristi, inclusi coloro che ne segnalano il tramonto o si sentono ideologicamente più lontani da esso, non si sognano neppure di negarne l'esistenza, bensì pacificamente la presuppongono?

² P. Grossi, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

³ A partire da F. Pedrini, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, p. 211 ss.

⁴ E ciò segnatamente con un suo recentissimo lavoro, dedicato appunto al tema della esistenza nel (e del) diritto (M. Jori, *Esistenze. Appunti di metafisica giuridica*, Mucchi, Modena, 2022), che ho avuto il privilegio di leggere in anteprima come redattore della Collana “Piccole Conferenze”, discutendone anche alcuni passaggi con l'Autore, che ringrazio una volta di più per essersi prestato al dialogo con una non comune liberalità d'animo.

Il volumetto ora citato, dal canto suo, riprende e sviluppa, precisandone alcune, le tesi esposte precedentemente in M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa, 2010, la lettura del quale, a dispetto del titolo in apparenza distante dai tipici interessi del “giurista positivo”, molto potrebbe giovare alla consapevolezza di quest'ultimo circa il senso del proprio lavoro.

Bisogna però fare attenzione con l'ovvio. Talvolta, infatti, sono proprio gli elementi apparentemente più lapalissiani – al punto da risultarci scontati e quindi indegni di seria considerazione teorica – a nascondere le tipiche insidie della credenza irriflessa, se non addirittura del preconcetto. Segnatamente in queste situazioni, allora, può venir buona la filosofia, che se è *buona* filosofia non si limita a illuminare l'insolito e l'oscuro, ma anzitutto «ci fa vedere come per la prima volta ciò che è familiare»⁵.

In questa chiave – a mio credere – è appunto buona filosofia quella che segnala, riguardo all'esistenza del diritto e ai relativi criteri, come «questi temi teorici determinano la soluzione delle questioni concrete, che essi vengano esplicitamente trattati o lasciati nell'ombra come premesse tacite. Sono infatti premesse determinanti, alla radice di controversie e divergenze molto vive e importanti»⁶. Ebbene, tra tali divergenze mi sembra possibile inserire a pieno titolo anche quella sulla “parabola della legalità”, da taluni ritenuta declinante a livello prevalentemente o esclusivamente *fattuale*, laddove nella Carta costituzionale il relativo principio resterebbe ancora intatto e valido, da altri per molti versi considerata in fase discendente anche e soprattutto su di un piano *giuridico*, a partire proprio dalle trasformazioni attestatesi al livello costituzionale dell'ordinamento.

Una situazione imbarazzante soprattutto per il costituzionalista, atteso che evidentemente suggerisce un contrasto teorico importante e tuttora irrisolto sullo stesso concetto di ‘Costituzione’⁷. Nel merito si tratta di una questione palesemente troppo complessa per essere anche solo tratteggiata in questa sede. Nelle pagine seguenti proverò ad affrontarne solo un piccolo frammento e unicamente sul piano del metodo, a partire da una domanda limpidamente avanzata proprio da Paolo Grossi: «possiamo ancora parlare del principio di legalità e, anzi, continuare ad assumerlo a colonna portante di tutto l'edificio

⁵ Così R. Ferber, *Philosophische Grundbegriffe*, VII ed. (2003), trad. it. di L. Garzone, *Concetti fondamentali della filosofia*, Einaudi, Torino, 2009, p. 4, dove pure si sottolinea il condivisibile corollario, già chiaramente rinvenibile in Platone, secondo cui l'atteggiamento filosofico «in compenso ci allontana dall'ordine umano abituale. La filosofia perciò è una specie di morte, cioè la morte dell'uomo prigioniero dei suoi pregiudizi» (*ibidem*).

⁶ M. Jori, *Esistenze*, cit., pp. 9-10.

⁷ Come esattamente osserva M. Massa, *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, p. 275, «Ci sono situazioni (fasi storiche, materie, argomenti, casi controversi) in cui si può dare per scontato qual è la Costituzione vigente e quali sono i suoi contenuti, per dedicarsi all'analisi del loro esatto significato, alla ricostruzione dei rapporti tra le varie parti e di formule riassuntive per esprimerli, ai problemi attuativi e applicativi. Ci sono, poi, altre situazioni – e non è detto che siano eccezionali – in cui la questione di quale sia la Costituzione, e cosa essa stabilisca, diventa essa stessa un problema: ad esempio, quando domande come “qual è il catalogo dei diritti fondamentali vigente qui e oggi?”, o “quali sono i principi costituzionali fondamentali che regolano i nostri rapporti economici?”, sollecitano risposte complesse e nient'affatto univoche, persino in merito ai dati normativi da cui prendere le mosse».

giuridico?»⁸. Un interrogativo che io riformulerò qui in modo altrettanto retorico sotto forma di quesito “ontologico”: *esiste ancora il principio di legalità?*

2. *L'esistenza di un ordinamento giuridico*

Partiamo dunque dall'esistenza (o inesistenza) di un qualsiasi ordinamento giuridico per poi passare a esaminare la questione dell'esistenza (o inesistenza) di quella sua porzione che, in taluni ordinamenti specifici come quello italiano vigente, si è solita qualificare come ‘principio di legalità’⁹.

Vedremo poi come le due vicende siano tra di loro significativamente interconnesse (il principio di legalità, ovviamente, non può esistere se il diritto cui appartiene non esiste), ma distinte (giacché l'esistenza del principio di legalità dipende da criteri in parte differenti rispetto a quelli che determinano l'esistenza del diritto complessivamente considerato). Osserveremo inoltre come mantenere ferma tale distinzione può aiutarci a qualificare con maggior precisione ed esattezza il tipo di trasformazioni che interessano, tra gli altri, anche il principio di legalità all'interno dell'esperienza giuridica contemporanea.

A questo scopo, mi avvarrò qui dell'impianto concettuale recentemente riproposto e aggiornato da Mario Jori, che mi sembrerebbe avere (quanto meno) tre pregi non banali. Il primo (il più significativo in assoluto, ma qui meno importante) è quello di costituire – da punto di vista teorico-generale – una revisione a mio avviso convincente del tradizionale approccio alla materia, chiarendone alcuni punti in precedenza trascurati. Il secondo (qui più rilevante) è di consentire – dal punto di vista analitico – una più puntuale riformulazione di alcune ricorrenti ma spesso generiche affermazioni relative agli ordinamenti giuridici e alle loro caratteristiche costitutive. Il terzo (che sarebbe ancora più decisivo) è di incoraggiare – dal punto di vista del “giurista positivo” – una maggiore autoconsapevolezza rispetto alle varieguate operazioni che il cultore della scienza giuridica, e in una certa misura anche gli operatori giuridici pratici, svolgono nella loro opera professionale di studio, sistemazione e applicazione del diritto¹⁰.

⁸P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., p. 29.

⁹Sul punto cfr. almeno S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 659 ss.; L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990, p. 1 ss.; nonché R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, p. 84 ss.

¹⁰Confido altresì che questo mio tentativo di utilizzo di tale modello di “esistenza” del diritto, del quale offrirò necessariamente una semplificazione molto schematica, possa anche funzionare come un primo “banco di prova” per testare la sua generale validità e/o utilità non tanto al fine di risolvere in un modo piuttosto che in un altro le controversie che tuttora pervadono

Punto di partenza dell'analisi di Jori è che il diritto non esiste indipendentemente dalle credenze e dagli atteggiamenti delle persone, come invece accade per gli oggetti materiali. Il diritto esiste, piuttosto, come "oggetto semiotico"¹¹, quale insieme di significati prescrittivi che sono il frutto di una prassi sociale. Può ovviamente anche essere studiato dall'esterno, come fa ad esempio la sociologia del diritto, che punta a descrivere quest'ultimo come fenomeno sociale oggettivo; ciò tuttavia presuppone che qualcuno faccia prima esistere il diritto come pratica sociale vissuta dall'interno¹²; ed è segnatamente questo ciò che fanno, nei rispettivi ambiti, gente comune e giuristi¹³.

A differenza degli scienziati naturali ma anche di molti scienziati sociali in senso proprio, tuttavia, questi ultimi non hanno sviluppato né un linguaggio tecnico del tutto autonomo rispetto a quello ordinario, né un concetto scientifico di 'diritto' realmente e compiutamente disgiunto da quello comune.

Da un lato, infatti, il linguaggio giuridico (quello, per intenderci, del legislatore e dei giuristi) ha da sempre contratto un cospicuo "prestito semiotico" dalla lingua naturale della relativa comunità¹⁴. E ciò per la banale ragione che il diritto per funzionare ha bisogno che le sue formulazioni siano in linea di massima comprensibili – sia pure con variabili margini di incertezza e indeterminatezza, che dipendono tanto dalle norme quanto dalle situazioni cui tali norme vanno applicate – dai destinatari dei suoi precetti, che ovviamente non sono soltanto giuristi e/o operatori giuridici pratici (giudici e funzionari), bensì *tutti i consociati*.

È proprio questa configurazione *necessaria* del linguaggio e del discorso giuridico – che meglio si può cogliere in una prospettiva di analisi (macro) pragmatica¹⁵ – a spiegare nel modo più persuasivo come, dall'altro lato, tanto

la scienza giuridica, ma di capire meglio (descrittivamente) cosa le determina ed eventualmente per poter ipotizzare (metodologicamente) un modo migliore per risolverle. Sospetto peraltro che l'Autore non ne sarebbe affatto dispiaciuto.

¹¹ Cfr. M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 46: «Ci sono [...] delle cose che esistono e hanno una essenziale funzione sociale, in primo luogo le lingue naturali, che ci fanno umani. Queste cose esistono perché la gente crede che esistano e usandole le fa esistere. Cessando di usarle, di credervi, le fa cessare di esistere. Tra queste entità diverse dagli oggetti materiali c'è anche il diritto».

¹² Si tratta di un aspetto già evidenziato da H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. it., a cura di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Nuova edizione con un poscritto dell'autore, Einaudi, Torino, 2002, p. 118.

¹³ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 57: «Il diritto è, fufosamente, quello che la maggior parte dei membri di una società accettano come tale e ritengono tale e pertanto sulla cui base agiscono quando agiscono giuridicamente; se è anche un fatto empirico lo è come conseguenza di questo atteggiamento».

¹⁴ Cfr. M. Jori, *Pragmatica giuridica*, Mucchi, Modena, 2016, p. 27 ss.

¹⁵ E ciò segnatamente perché «non possiamo comprendere le peculiarità del linguaggio giuridico se ci fermiamo al livello della semantica e sintassi, senza considerare cioè l'influenza determinante che le peculiarità pragmatiche del linguaggio giuridico hanno sulla sua struttura». Così M. Jori, *Pragmatica giuridica*, cit., p. 21; e cfr. ancora *ivi*, p. 13 per l'osservazione secondo cui «la pragmatica come disciplina semiotica non si occupa di ogni fatto che influenza il lin-

il concetto specialistico quanto quello comune di ‘diritto’ siano destinati a rimanere tendenzialmente riferiti allo stesso “oggetto”: perché la pratica collettiva del diritto possa funzionare, insomma, giuristi e gente comune devono inevitabilmente non soltanto parlare (su per giù) *la stessa lingua*, ma anche parlare (su per giù) *della stessa cosa*¹⁶.

Paradossalmente, è proprio questa condizione strutturalmente anfibia della “scienza” giuridica a chiarire come essa possa sostanzialmente rinunciare all’enunciazione esplicita di un chiaro criterio di esistenza del proprio oggetto di studio. Il quale (criterio), tuttavia, ancorché implicito deve pur sempre (logicamente e concretamente) esserci¹⁷ e secondo la feconda intuizione di Jori si radica appunto nel senso comune, vale a dire in ciò che “tutti” i componenti di una data collettività (e non soltanto i giuristi) credono il diritto sia¹⁸.

L’indiretta riprova del fatto che noi «individuiamo il diritto vigente come compartecipanti a una pratica sociale basilare e non come il risultato degli accertamenti di una disciplina scientifica»¹⁹ si trova tra l’altro anche nel modo ampiamente sbrigativo e in ultima analisi fittizio col quale la riflessione teorico-giuridica ha finora trattato il tema dell’esistenza di un ordinamento: del motivo, cioè, per cui un certo diritto (come, ad esempio, quello italiano) può dirsi nel suo complesso “vigente” e non meramente immaginario (come, ad esempio, quello di una Repubblica platonica governata dai filosofi) o una semplice reliquia del passato (come, ad esempio, quello longobardo).

Si prenda ad esempio la tesi “classica” portata avanti anche in Italia dal

guaggio, ma solo dei fatti che influenzano il linguaggio in modo strutturale, cioè determinando sue fattezze persistenti, i fatti necessari a spiegare come si configura il significato e la sintassi in situazioni tipiche; sono fatti che influenzano le altre regole semiotiche».

¹⁶ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 142: «il ponte tra il linguaggio ordinario e il linguaggio scientifico, il legame che li mantiene in collegamento, è la coestensionalità, il fatto che il fenomeno di cui parlano sia più o meno lo stesso. Per le scienze empiriche le ragioni della coestensionalità sono ampiamente superate, oggi, dai vantaggi apportati dallo sviluppo di un linguaggio artificiale esoterico. Tuttavia nel caso del diritto, al contrario che nelle scienze naturali, il legame del discorso giuridico con il senso comune è essenziale per non mettere a rischio la pratica del diritto, perché dove i giuristi o i tecnici non comunicano più con gli altri, non ci troviamo di fronte a una disciplina esoterica, ma una gravissima crisi sociale e al potenziale crollo del diritto vigente. Il diritto infatti non deve solo essere applicato dalle istituzioni, ma da tutti. C’è dunque una forte pressione sociale a che la coestensionalità venga mantenuta».

¹⁷ Cfr. M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 12: «Quando ad esempio si parla del diritto italiano vigente si applica per forza un qualche criterio di esistenza: dunque un punto fondamentale e non ovvio, ma sorprendentemente trascurato».

¹⁸ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 20: «Il diritto necessariamente è, in definitiva, quello che tutti pensano che sia. Detto in altro modo, il diritto non potrebbe esserci se la vasta maggioranza della gente non lo considerasse tale, perché il diritto è appunto costituito da ciò che tutti pensano che sia».

¹⁹ M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 13.

giuspositivismo analitico²⁰, che parrebbe identificare l'esistenza di un ordinamento giuridico con l'effettività complessiva dei suoi precetti²¹, la quale a sua volta si realizzerebbe con la spontanea osservanza (della maggioranza) degli stessi da parte dei loro destinatari e/o con l'erogazione di (sufficienti) sanzioni in caso di violazioni riconosciute. Come correttamente rileva Jori, da un certo punto di vista il fatto che un diritto non meramente immaginario debba per forza essere effettivo nella realtà sociale è un elemento del tutto scontato²². Ciò che scontato non è per niente, invece, è che la supposta *verifica* di tale effettività – la quale in astratto dovrebbe costituire l'operazione preliminare di ogni scienza giuridica per poter iniziare le proprie analisi! – curiosamente non sembrerebbe mai rientrare tra le attività concretamente svolte da nessun giurista. In altre parole, non ci sarebbe «nulla di impossibile o contraddittorio in una giurisprudenza fondata davvero su un requisito di effettività. Tuttavia non c'è traccia di ricerche sulla effettività neppure come premessa delle descrizioni tecniche della giurisprudenza; non ce n'è traccia nella storia del diritto né negli studi di diritto»²³.

Né una migliore valutazione, in termini di verosimiglianza, parrebbe in grado di riscuotere il tentativo di Kelsen di ricondurre integralmente l'*esistenza* del diritto – inteso spiritualmente come puro *Sollen* – alla categoria della sua validità tramite il noto espediente della *Grundnorm*²⁴. Invero, «Secondo Kelsen [...] tutto ruota attorno a una norma (ipotetica), la norma fundamenta-

²⁰ Si prenda a generale riferimento sul punto l'influente testo di N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996; ma cfr. anche Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

²¹ Sulla scia delle considerazioni sul principio di effettività svolte in H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, ETAS, Milano, 1974, p. 120 ss.

²² Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 27: «Le teorie che sostengono che il diritto è un fatto sociale individuato con riferimento a fatti sociali, sono tutte contemporaneamente ovvie e sbagliate. Sono ovvie perché il senso comune davvero considera diritto vigente solo qualcosa che goda di una certa accettazione o effettività sociale, e sono sbagliate perché questa posizione non fa riferimento a nessun preciso parametro fattuale e tantomeno a rilievi sociologici».

²³ *Ivi*, p. 54. E cfr. ancora *ivi*, p. 56: «Deve essere altresì chiaro che giuristi, giudici e gente comune partecipanti alla pratica giuridica non mostrano alcuna propensione ad accertare davvero il fatto fantasticamente complesso sul piano concettuale e empirico della effettività sociale di un diritto e di una norma di riconoscimento; né vengono mai scoperti a praticare quello che dovrebbe essere l'atto preliminare di ogni discorso giuridico, la misurazione della effettività complessiva o media delle singole norme da essa riconosciute».

²⁴ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 98 ss.

La letteratura sulla *Grundnorm* e sulle problematiche da essa sollevate è sterminata, ma per fortuna ai ristretti fini della presente indagine se ne può prescindere, così come si può tralasciare un approfondito esame delle oscillazioni anche cospicue che questo costrutto ha avuto nelle varie fasi del pensiero di Hans Kelsen (sulle quali pure giustamente insiste, da ultimo, A. Carri-
no, *Legge e libertà*, Mimesis, Milano-Udine, 2022, p. 78 ss.).

le che non è una norma di diritto positivo ma lo strumento mentale del giurista per decidere della esistenza di un ordinamento giuridico. Si ricava l'impressione che sia ipotetica non solo la norma fondamentale ma anche la operazione mentale in cui essa verrebbe impiegata, visto che i giuristi non la compiono affatto e non sembrano avvertire la necessità di accertare la effettività degli ordinamenti di cui si occupano»²⁵.

L'intuitiva sensazione non soltanto di *debolezza teorica*, ma anche di schietta *artificiosità argomentativa* di tali strategie di fondazione rispetto a un dato pur così decisivo come l'esistenza stessa (o meno) di un ordinamento giuridico rappresenta allora, in questa chiave, la conferma del fatto che una fondazione scientifica del criterio d'esistenza del diritto semplicemente *non c'è*. E non soltanto non c'è qui ed ora per questioni contingenti d'insufficiente e/o lacunosa elaborazione teorica. Non c'è, piuttosto, per ragioni strutturali, atteso che nelle condizioni eccezionali di conflitto tra ordinamenti giuridici "rivali", vale a dire quando più servirebbe risolvere il problema della esistenza/vigenza dell'uno o dell'altro, il raffinato apparato concettuale dei giuristi parrebbe *sostanzialmente inservibile* allo scopo, mentre nelle condizioni di "normalità ordinamentale", vale a dire quando nessuno dubita che l'ordinamento giuridico vigente sia uno ed uno solo, esso sembrerebbe appunto *del tutto superfluo*²⁶.

Nel primo caso invero – si pensi, ad esempio, all'ipotesi della rivoluzione, della guerra civile o dell'invasione straniera che punti a imporre il proprio diritto al posto di quello dello Stato occupato²⁷ – i giuristi, fin tanto che il conflitto tra gli ordinamenti giuridici antagonisti non si risolve con l'affermazione dell'uno o dell'altro, potranno sì descrivere puntualmente le caratteristiche strutturali e i contenuti di entrambe i diritti che si contendono il campo; tuttavia, in tale situazione, sempre i giuristi non sembrerebbero aver sviluppato alcun utile criterio, privilegiato rispetto alle considerazioni di senso comune, per individuare quale dei due sia da considerare "vigente" (cioè a dire il proprio punto di riferimento in quanto diritto "esistente").

Nel secondo caso, invece – laddove cioè vi sia un unico candidato per la gestione sociale coattiva –, semplicemente non vi sarà bisogno di un concetto tecnico-giuridico proprio perché «la individuazione del diritto vigente in ciascuna società non può venire che dalla convergenza delle credenze alla base del senso comune, nei modi conoscitivi tipici del senso comune. Una conoscenza immediata e condivisa, non riflessiva e meditata. Il diritto vigente non è

²⁵ M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 63.

²⁶ Cfr. M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 18: «La giurisprudenza e i giuristi per fare il loro mestiere non sembrano dunque aver bisogno di sapere in che senso un diritto sia vigente, accontentandosi di darlo per scontato».

²⁷ Trattasi di tema classico del diritto costituzionale fin da S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), ora in Id., *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1990 (rist. ed. 1950), p. 131 ss.

individuato dai giuristi. Essi prendono le mosse per le loro operazioni tecniche da quello che tutti pensano e che conoscono benissimo senza studiarlo perché lo condividono»²⁸.

3. Identificazione, individuazione e determinazione del diritto

Il senso comune, dunque, è l'elemento di partenza che guida giuristi e non giuristi all'*individuazione* del diritto (esistente) e prima ancora, logicamente, alla *identificazione* dell'area del giuridico rispetto a quella degli altri sistemi normativi (come, ad esempio, la morale privata, l'insieme delle norme sociali o quello delle norme religiose).

Un'area, quella del giuridico, tipicamente ricondotta alla gestione organizzata (attraverso norme) *della coazione sociale*²⁹, con buona pace delle ricorrenti tentazioni di ridefinire in senso giusnaturalistico il concetto di 'diritto'. Queste ultime, infatti, risultano incapaci di imporsi seriamente sul piano tecnico-giuridico poiché, nel negare la necessaria coercitività delle norme giuridiche e nel predicare invece la loro necessaria corrispondenza a un ideale di giustizia, prima ancora che del "peccato" (veniale) di una certa ambiguità sul piano metodologico³⁰ si macchiano di quello (capitale) di eccessivo scollamento dalla realtà³¹. E, così facendo, fanno venir meno il requisito della tendenziale coestensionalità tra l'idea comune e la nozione specialistica di 'diritto' su cui si fonda la riuscita dell'intera pratica giuridica.

²⁸ M. Jori, *Esistenze*, cit., pp. 29-30.

²⁹ Cfr. sul punto U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1955, p. 91 ss.

³⁰ Sulla quale v. le pertinenti osservazioni di Emanuele Severino riportate in F. Pedrini, *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)*, in *Lo Stato*, n. 1/2013, p. 160: «Sì, *di fatto* può accadere che si neghi il carattere coercitivo delle leggi giuridiche. Ma in questi casi si usa una sola parola ('legge') per indicare contenuti diversi (come se si volesse chiamare 'fuoco' sia una fiamma che ustiona, sia una luce che non ustiona). Dal punto di vista concettuale [...] se una legge non è coercitiva, è desiderio, progetto che si faccia qualcosa. Tale desiderio-progetto può esprimersi o sul fondamento della convinzione che esista una verità in natura, che deve trasciversi in una prescrizione coercitiva, oppure sulla convinzione – propria del diritto positivo – che non ci sia una naturalità della legge, ma che esista la volontà umana di affermare il proprio dominio su altri uomini. In entrambi i casi, se la volontà riesce a ottenere ciò che essa desidera diventa legge, prescrizione coercitiva capace di impedire e di punire la violazione di ciò che essa prescrive».

³¹ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., pp. 31-32: «Senza pregiudizio alcuno per le ragioni del giusnaturalismo, ritengo che il senso comune in qualche modo capovolga la abituale risposta giusnaturalistica su questo punto. Credo insomma che la giustizia sia presente nel pensiero ordinario piuttosto come *carattere negativo* del diritto, cioè come elemento che il diritto comune ritiene che *purtroppo* spesso manchi dal diritto senza che questo cessi per questo di essere tale secondo il senso comune».

Né varrebbe opinare che il senso comune potrebbe rivelarsi “erroneo” nella sua identificazione della giuridicità (prima) e del diritto vigente (poi), atteso che – giova qui ribadire – «la pratica giuridica è costitutiva. O forse dovremmo dire sovrana? Se una comunità crede che un diritto sia il diritto vigente, questo è il diritto vigente, perché la sua esistenza consiste nelle credenze della comunità»³². Il tutto con la conseguenza che «a parte i requisiti minimi di funzionalità, la credenza si autoverifica e semplicemente non ha senso chiedersi se è fondata o veritiera. In questo la opinione della comunità non può sbagliare. Quando la censuriamo stiamo dicendo una cosa diversa, stiamo applicando criteri normativi per valutare il diritto dall'esterno»³³.

Identificata l'area del giuridico e individuato il diritto vigente secondo le modalità ora accennate, del resto, avremo però soltanto un'idea assai vaga dell'ordinamento giuridico esistente e un'idea infinitamente più vaga circa i suoi contenuti specifici³⁴. Avremo insomma «un diritto che tutti sanno qual è, pur conoscendolo di solito molto poco; e senza essere consapevoli delle operazioni concettuali sottintese; cosa che non deve sorprenderci, una volta che riferiamo la pratica giuridica al senso comune»³⁵.

È precisamente a questo punto che, secondo il modello di Jori, entrano in campo i giuristi con la loro opera di *determinazione* del diritto, la quale, pur avendo come vedremo variabili margini di discrezionalità, non si svolge in uno spazio giuridicamente vuoto, bensì a partire dalla “norma di riconoscimento” – il vertice dell'ordinamento giuridico, esprimente la “lista” delle sue fonti – implicitamente e genericamente individuata già dal senso comune³⁶. Altrimenti detto, «il pensiero tecnico indubbiamente va al di là del senso comune nel determinare i confini del diritto; ma questo non sostituisce la individuazione del diritto mediante il senso comune, bensì si basa su di essa»³⁷.

Acquisito che i giuristi contribuiscono – va da sé, non come singoli ma *collettivamente*³⁸ – alla determinazione del diritto, bisogna ora capire meglio di

³² M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 49.

³³ *Ivi*, p. 50.

³⁴ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 33: «La partecipazione alla pratica da parte del pubblico dei profani è necessaria altrimenti il diritto non esisterebbe in una società, ma tale informazione non richiede una conoscenza dei dettagli, solo una conoscenza sommaria».

³⁵ M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 15.

³⁶ *Ivi*, p. 55: «Insieme, clerici e profani guardano all'area della sanzione organizzata e rendono l'intera pratica possibile nella sua complessità. Le operazioni tecniche della giurisprudenza devono corrispondere ai dettami impliciti del senso comune che individua il diritto vigente. Come tali sono ausili della applicazione del diritto vigente».

³⁷ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 55. Cfr. anche *ivi*, p. 56: «La norma di riconoscimento, la lista delle fonti, è in grado di determinare i confini del diritto, può determinare quali norme sono valide e in certi diritti può farlo con notevole precisione, ma per compiere questo lavoro deve essere essa stessa già individuata come “quella buona”, da prendere come la base del diritto vigente».

³⁸ Alla base delle operazioni di determinazione del diritto effettuate dai giuristi, infatti, si

che tipo di contributo si tratti (e, di conseguenza, cosa si debba intendere, nello specifico, con ‘determinazione’). A tal proposito, volendo ancora una volta semplificare, il contributo dei giuristi alla determinazione del diritto potrebbe definirsi come *pragmaticamente necessario, costitutivo e condizionato ma non logicamente implicato* dal senso comune.

Il contributo dei giuristi e in generale di tutti gli operatori giuridici professionali (giudici, avvocati, notai, pubblici funzionari etc.) è *pragmaticamente necessario* perché, senza la loro opera, la pratica sociale collettiva in cui consiste il diritto semplicemente non potrebbe funzionare³⁹. Per dimostrarlo basta riflettere sul fatto che, come già si accennava, tanto i contenuti delle norme sostanziali quanto (a maggior ragione) quelli dei meccanismi procedurali e processuali sono noti al *quibus de populo* solo in modo assai parziale e frammentario⁴⁰. Ne consegue che i comuni cittadini, quando sorgono situazioni conflittuali non risolvibili se non con l’ausilio del diritto, devono giocoforza rivolgersi a un professionista sia (preliminarmente) per conoscere più nel dettaglio la qualificazione giuridica del caso concreto che li interessa, sia (successivamente) per essere assistiti nelle eventuali fasi che prevedono un contatto con le varie autorità del diritto, a partire da quelle giurisdizionali. Né, del resto, tali autorità potrebbero oggi essere esercitate in autonomia esclusivamente da profani, necessitando invece a loro volta la partecipazione di un gruppo di professionisti specificamente addestrati allo studio del diritto.

Il contributo di questi ultimi, inoltre, è *costitutivo* perché, al pari delle credenze diffuse a livello sociale di cosa sia il diritto vigente nel suo complesso, il diritto nei suoi contenuti specifici – a partire dall’esatta individuazione delle fonti, passando alla ricostruzione delle singole norme e giungendo alla qualificazione delle singole condotte concrete – è determinato, per banale che sia evidenziarlo, soltanto di coloro che sono in grado di farlo, vale a dire daccapo

collocano «credenze condivise, che sono assai più stabili di quelle idiosincratiche e private. Si può illustrare il fenomeno con l’immagine del cesto di vimini, che è solido e mantiene la forma per l’intrecciarsi dei singoli vimini che lo compongono, cioè le credenze e opinioni dei singoli, mantenute ferme nella interazione». Così M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 39.

³⁹ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 141, secondo cui per determinare il diritto il giurista «deve conoscere e applicare con la precisione tecnica richiesta le norme che determinano le altre norme giuridiche. Ai giuristi si chiede che producano giurisprudenza, cioè conoscenza specialistica del diritto formulata in un linguaggio adatto, in ultima analisi, a permettere l’applicazione delle norme giuridiche ai casi concreti, in cui i fatti rilevanti sono accettati, anch’essi, nelle modalità prescritte da norme giuridiche. Questo vuol dire far funzionare la macchina del diritto».

⁴⁰ *Ivi*, p. 34: «I profani individuano il diritto secondo modalità frammentarie contemporanee o successive, episodiche e periferiche, ben rappresentate dal noto apologo dei ciechi e dell’elefante. L’utente di senso comune tende infatti a trattare il concetto di diritto come i sei proverbiali ciechi considerano l’elefante: ciascuno ritiene che l’elefante sia quella parte dell’enorme animale che è arrivato a toccare: il senso comune di ciascuno tende a fissarsi sugli aspetti del fenomeno giuridico con cui è a contatto o è più familiare».

i giuristi, seppure in strutturale e necessaria interazione con sentire comune⁴¹.

Il che ci porta alla terza caratteristica del contributo dei giuristi nella determinazione del diritto – che può anche essere intesa come un corollario delle precedenti –, vale a dire il fatto che la relativa attività risulta per un verso *necessariamente condizionata* dal senso comune, e in particolare dalla norma di riconoscimento tramite la quale il senso comune individua il diritto esistente/vigente (in un certo tempo e in un certo spazio). Per altro verso, tuttavia, l'attività di determinazione svolta dai giuristi *non* può dirsi *logicamente implicata*, e dunque interamente predeterminata nei suoi sviluppi, dalla individuazione di senso comune della *Grundnorm* di un dato ordinamento giuridico.

Da un lato, infatti, come già si osservava, nessun giurista può davvero permettersi di contraddire il senso comune circa la norma di riconoscimento, a pena di escludersi in modo radicale dalla pratica sociale giuridica. Il giurista che – per intendersi – provasse a ricostruire l'attuale diritto italiano sulla base dello Statuto albertino, invece che a partire dalla Costituzione repubblicana, non riuscirebbe a determinare proprio nulla perché la sua proposta verrebbe presa per una burla, o lui per matto. Il senso comune circa ciò che il diritto esistente/vigente è non può essere in alcun modo “smentito” (tanto meno sovvertito) dalla determinazione professionale demandata ai giuristi per la banale ragione che la seconda si basa necessariamente – per necessità pragmatica – sul primo. In questo senso, i giuristi sono costantemente e inevitabilmente condizionati dal senso comune nella loro opera di determinazione/costruzione dell'ordinamento⁴².

Dall'altro lato, però, il condizionamento che deriva ai giuristi dalla nozione di diritto di senso comune e dalla relativa norma di riconoscimento risulta per sua natura un vincolo di carattere strutturalmente generico ed elastico⁴³. Il

⁴¹ Cfr. *ivi*, p. 83: «L'elemento costante è il fatto ovvio, ma costantemente ignorato, che il diritto è influenzato da quello che la gente pensa che sia e nel caso del contenuto del diritto è essenziale quello che ne pensano i giuristi, i quali non sono beninteso un gruppo compatto, ma lo specchio più o meno fedele degli interessi, opinioni e pregiudizi della società da cui provengono».

⁴² V. ancora M. Jori, *Esistenze*, cit., p. 31: «I giuristi [...] non hanno mano libera, il diritto non se lo inventano i giuristi perché è quello individuato dal senso comune e presente nella società. Mi pare utile la metafora per cui la interpretazione è come camminare in una foresta. I grandi alberi costituiscono limiti oggettivi al nostro cammino, ma i sentieri possibili sono diversi. I percorsi abituali diventano sentieri tra gli alberi (i precedenti interpretativi)».

Cfr. anche G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Mucchi, Modena, 2014 (ristampa 2016), p. 62: «gli interpreti, e in primo luogo gli organi dell'applicazione, sono effettivamente coloro che controllano, in ultima analisi, l'identificazione delle fonti e la loro ordinazione gerarchica. Tuttavia lo possono fare solo all'interno di vari vincoli, alcuni dei quali possono anche essere molto stringenti».

⁴³ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 111: «il normale concetto di diritto del senso comune in tutta la sua vaghezza [...] è sufficientemente elastico da ammettere, peraltro, delle varianti di credenze che percorrono regolarmente la storia del diritto, la cultura giuridica e

senso giuridico comune circa il diritto vigente/esistente oggi in Italia – per capirci – imporrà senz’altro al giurista di articolare le proprie analisi a partire dalla Carta repubblicana del 1948 (e non dallo Statuto albertino), ma non sarà in grado di esprimere gran ch , anche in termini di efficacia (pragmaticamente) vincolante, circa l’esatta “natura” e il contenuto specifico della Costituzione.

Persino negli ordinamenti giuridici pi  evoluti, dove   riscontrabile una Legge fondamentale che esprime formalmente una disciplina dettagliata delle fonti del diritto ed eventualmente anche della loro interpretazione, «ci sono comunque limiti intrinseci alla determinazione mediante tecniche normative che permangono anche laddove viene perseguita la giuridicizzazione della politica e del potere»⁴⁴.

In altre parole ancora, «Le fonti del diritto, anche se esplicitate in testi giuridici normativi, non potranno fare a meno di lasciare qualche ombra di incertezza su cosa sia o meno parte del diritto. Anche in un diritto contemporaneo a costituzione rigida gestita da una Corte costituzionale ed a struttura ordinamentale, cio  con gradi gerarchici di normativit , rimangono zone oscure o grigie, in cui sono parzialmente incerti i confini tra poteri e i rapporti tra le norme che ne derivano o che li instaurano. Quanto importanti siano queste zone dipende dal diritto in questione e dalla sua capacit  di risolvere in anticipo tali incertezze e dall’atteggiamento e operato dei suoi organi»⁴⁵.

4. *La discrezionalit  della giurisprudenza (in che senso i giuristi “creano” il diritto)*

Siamo cos  arrivati al punto forse pi  interessante dell’analisi metagiurisprudenziale di Jori per il c.d. “giurista positivo” e anche per i ragionamenti che a breve proveremo ad articolare con riferimento alla (perdurante o meno) esistenza del principio di legalit  nel nostro ordinamento costituzionale.

Se si   seguito il percorso finora descritto si sar  compreso come il diritto esiste *nel suo complesso* in quanto sorretto dal senso comune, dalle credenze di tutti i consociati in ordine a ci  che il diritto sia (individuazione *dell’area del giuridico*) e a quale sia il diritto vigente (individuazione *del diritto*); ma esiste *con degli specifici contenuti* grazie all’opera sistematica e ricostruttiva dei giuristi, sicch  le sue concrete fattezze dipendono in ultima analisi dalle credenze collettive di questi ultimi.

Abbiamo anche visto che le credenze (collettive) dei giuristi hanno efficacia

l’operato dei tecnici del diritto. Che sono anche loro comunque legati ai limiti del senso comune nella individuazione/identificazione del diritto».

⁴⁴ *Ivi*, p. 81.

⁴⁵ *Ibidem*.

costitutiva rispetto alle singole norme di un ordinamento giuridico. In questa chiave, quindi, al di là dei vincoli pragmatici espressi dal senso giuridico comune, non ha molto senso domandarsi se i giuristi descrivano *correttamente* i contenuti particolari dell'ordinamento giuridico (le sue singole norme), atteso che in realtà con la loro opera (collettiva) finiscono addirittura per crearli.

Ma *crearli* in che senso⁴⁶? In quali modi? Con quale coefficiente di discrezionalità? La risposta è: dipende. Dipende dagli specifici assetti ordinamentali e dall'altrettanto contingente atteggiamento dei giuristi stessi.

Con riferimento al primo aspetto, i giuristi (giudici, funzionari, avvocati, accademici, etc.) “creano (necessariamente) diritto” antitutto per via della loro discrezionalità legata alla già ricordata indeterminatezza della norma di riconoscimento. La misura di tale discrezionalità dipende, pertanto, anche e prima di tutto dal modo in cui tale norma di riconoscimento (pensiamo, ad esempio, alla nostra Costituzione) è concretamente formulata nel definire sia le ulteriori fonti del diritto, sia la disciplina sostanziale eventualmente dettata, sia la procedura interpretativa eventualmente prevista per le une e per l'altra.

Chiaramente, una Costituzione che preveda regole estremamente analitiche e tassative intorno all'elenco delle fonti del diritto e alla loro interpretazione/applicazione restringerà alquanto la discrezionalità concretamente esercitabile da parte dei giuristi nella loro opera di determinazione del diritto. Non dimeno, anche in una simile situazione, il vincolo pragmatico di senso comune espresso da una Costituzione siffatta sarà solo “su per giù” coincidente con le scelte trasfuse dai suoi autori nella relativa Carta, riproducendone in linea di massima soltanto l'ossatura.

Anche con premesse simili, insomma, «poiché le fonti del diritto per quanto formulate in un linguaggio tecnico-giuridico, sono assai lontane quanto al rigore dai postulati di un linguaggio formalizzato, ecco che le idee che circolano nella cultura giuridica possono facilmente divergere senza presentarsi come violazione delle fonti del diritto»⁴⁷. In altre parole ancora, siccome il vincolo di senso comune che lega i giuristi alla norma di riconoscimento sarà sempre inevitabilmente solo un vincolo (pragmatico) “di massima”, sarà sempre «facile trovare teorie di individuazione del diritto intese e presentate come *completamento* o interpretazione di ciò che non è stato detto e disposto esplicitamente, cioè concetti di diritto che operano nei margini di incertezza delle fonti. In questo caso la correzione non è presentata come tale ma come più puntuale applicazione della norma di riconoscimento»⁴⁸.

⁴⁶ Si tratta di un quesito classico della teoria giuridica, rispetto al quale fondamentale è ancora il contributo “pilota” di G. Carrió, *¿Los jueces crean derecho?* (1961), trad. it. “*I giudici creano diritto?*”, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, p. 397 ss.

⁴⁷ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 82.

⁴⁸ *Ivi*, pp. 79-80.

A questa discrezionalità (*lato sensu*) interpretativa relativa alla norma di riconoscimento, che incide sulla ricostruzione *del sistema delle fonti* di un certo ordinamento, si aggiunge poi naturalmente la discrezionalità interpretativa *delle singole fonti*⁴⁹. Anche qui i giuristi saranno pragmaticamente condizionati dalla specifica conformazione dei singoli atti normativi, i quali potranno essere più o meno precisi nella formulazione dei rispettivi enunciati (ed eventualmente nell'indicare il modo in cui dovrebbero essere intesi ed applicati), ma che pure – s'intende, non su ciascun singolo punto ma *nel loro complesso* – lasceranno inevitabilmente dei margini più o meno ampi di indeterminatezza (interpretativa, applicativa, integrativa etc.).

In tale opera di sviluppo e completamento della fonte sulle fonti e poi a cascata dei singoli atti normativi, il diritto individuato secondo il senso comune avrà, per via della sua inevitabile genericità contenutistica, assai poco da dire. E siccome il diritto in senso tecnico viene in essere solo al seguito e a causa di questa opera di determinazione, per ragioni logiche anch'esso non potrà davvero vincolarla, se non nella misura in cui ogni giurista si troverà inserito in un quadro di precedenti interpretativi dai quali può in concreto risultare faticoso distaccarsi. Buona parte dei condizionamenti, dunque, non potranno che provenire ai giuristi da ulteriori fattori di "precomprensione"⁵⁰, ed è segnatamente in questa chiave che gli operatori giuridici per forza di cose «sono abbondantemente influenzati nella loro attività tecnica da concezioni etiche o metafisiche, nonché da interessi propri e altrui, in altre parole non sono operatori passivi e riproduttori pedissequi delle scelte incorporate nel diritto (nella misura in cui possono essere accertate)»⁵¹.

A volte però la *Weltanschauung* (extragiuridica) dei giuristi esercita la propria influenza non soltanto per quanto concerne la discrezionalità che è inevitabile esercitare *integrando* e *completando* la "trama aperta" della norma di riconoscimento (e degli altri atti giuridici da essa previsti) nei limiti in cui questo sia strettamente necessario perché la pratica giuridica possa nel suo complesso funzionare. Ci sono infatti casi (non così infrequenti) in cui le concezioni assiologiche o gli interessi pratici contingenti dei giuristi possono addirittura

⁴⁹ L'intreccio delle due dimensioni è sottolineato, tra gli altri, da R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013.

⁵⁰ Su questo concetto troppo spesso frainteso, soprattutto allorché da presupposto *ontologico* del comprendere viene trasformato in uno strumento *metodologico* (o addirittura in una giustificazione *bonne à tout faire* per qualsiasi deriva soggettiva) dell'interpretazione il testo di riferimento è sempre J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis* (1970), trad. it. di S. Patti, G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli, 2010; per utili precisazioni cfr. anche D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, n. 1/2006, p. 1 ss.

⁵¹ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 77.

tura porsi in contrasto con alcuni elementi della *Grundnorm* del singolo ordinamento, e allora la discrezionalità delle relative operazioni di determinazione del diritto assume una “colorazione” almeno in parte differente.

Intuitivamente, insomma, il livello di “creatività” delle proposte interpretative (delle fonti e delle norme) avanzate dai giuristi cresce tanto più che ci si allontana da quanto previsto dalla norma di riconoscimento individuata secondo il senso comune. E l’intuizione è essenzialmente esatta, a patto di intenderla come segue.

L’attività di determinazione del diritto effettuata dai giuristi sulla base di concezioni idiosincratiche dello stesso (quelle cioè distanti dal concetto comune) è “creativa” *allo stesso modo* di quella effettuata dai giuristi sulla base di una concezione tendenzialmente conforme al senso comune, se ci riferiamo al fatto che entrambe, qualora divengano credenze condivise in senso alla comunità dei giuristi avranno – come già si diceva – efficacia *costitutiva*. Anche la scelta di restare massimamente fedeli alla norma di riconoscimento individuata secondo il senso comune, in altre parole, è – se consapevole – una scelta (collettiva) che “crea” un diritto con dei contenuti specifici che prima non aveva e che avrebbero potuto essere diversi con un diverso tipo di scelta (idiosincratico e non di senso comune)⁵². In questa prospettiva, non c’è davvero via d’uscita e bisogna concordare circa il fatto che «la descrizione del diritto fatta dal giurista, per quanto miri a produrre conoscenza oggettiva (conoscere il diritto vigente come è), è direttamente uno strumento della pratica: è parte essenziale di una macchina normativa per prendere decisioni»⁵³.

L’attività di determinazione del diritto (effettuata dai giuristi) sulla base di concezioni divergenti dal senso comune, tuttavia, è destinata a *risultare* “creativa” *in una misura assai maggiore*. Ciò poiché – al fine di avere successo nell’attuale pratica sociale giuridica, divenendo credenza collettiva diffusa tra i giuristi stessi⁵⁴ – essa richiede *comunque* di essere esposta, al pari dell’attività di determinazione svolta in conformità al concetto di senso comune, come un semplice sviluppo di quest’ultimo⁵⁵. Il tutto con l’evidente conseguenza – a

⁵² G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, cit., p. 59: «le fonti del diritto non sono, per l’interprete, un dato di cui prendere semplicemente atto; al contrario, gli interpreti hanno a disposizione numerosi strumenti con i quali non solo selezionano le fonti rilevanti rispetto al tipo di caso da decidere, ma altresì accertano la validità e l’applicabilità di una fonte, e in definitiva decidono sul suo carattere precettivo (decidono *se* un documento giuridico abbia valore precettivo, e *quanto* ne abbia)».

⁵³ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 143.

⁵⁴ Diventando quella che Giorgio Pino chiama “ideologia delle fonti”, con ciò intendendo «una generale (e spesso anche generica) concezione del diritto condivisa o presupposta dagli operatori all’interno di una certa cultura giuridica» G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, cit., p. 21.

⁵⁵ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 80: «una concezione del diritto idiosincratica di soli-

differenza dell'attività di determinazione *effettivamente* svolta in conformità al concetto di senso comune – di imporre contorsioni argomentative non propriamente agevoli per (cercare di) camuffare il *proprio* concetto idiosincratico di diritto come la “miglior” spiegazione del concetto *di senso comune* che in realtà vorrebbero modificare e correggere.

E anche qui è Jori a ricordarci egregiamente perché – sempre dal punto di vista del funzionamento macropragmatico del discorso giuridico – non si possa facilmente uscire da questo labirinto di specchi: «l'innovazione non è senza costi, prescindendo dal merito delle questioni. Il diritto è impresa intrinsecamente collettiva, e le opinioni idiosincratice la perturbano. Insomma chi canta in un coro una musica diversa da tutti gli altri rischia di apparire stonato. La via del giurista e la via del giudice richiedono dunque normalmente un passo assai più leggero che non la via del legislatore. L'innovatore in questi casi spesso ha successo convincendo gli altri che l'innovazione non sia in realtà innovazione. Per quanto questo sia più spesso il modo più indolore e rapido di innovare, è pur sempre una pratica fondata sull'inganno»⁵⁶.

5. Oltre la legalità

Esaurita questa lunga ma necessaria panoramica teorica, possiamo ora provare ad affrontare con uno strumentario analitico più affilato anche il tema del principio di legalità e della sua crisi. E se in precedenza ci si è avvalsi della ricostruzione di Jori, qui – come già anticipato – si assumerà a paradigma il recente contributo monografico di Paolo Grossi, *Oltre la legalità*, che peraltro ha anche il pregio di poter fungere da epitome delle precedenti riflessioni dell'Autore sul tema.

Volendo riassumere al massimo la linea di pensiero espressa nell'opera, si potrebbe dire che essa si articola secondo due direttrici convergenti.

La prima è l'opera demolitoria di quelle che Grossi indica come altrettante “mitologie giuridiche della modernità”⁵⁷, a partire dall'aprioristico ottimismo di stampo illuministico circa le virtù regolative del Principe e l'effettiva capacità rappresentativa della “volontà generale” da parte della legge, di cui i principi di legalità e di separazione dei poteri sarebbero appunto il “precipitato” più evidente nel diritto positivo.

La seconda è il (conseguente) progetto di ispirare un nuovo approccio al diritto, più consono alle esigenze di una contemporaneità definita da Grossi

to verrà presentata come una migliore interpretazione delle fonti e/o come una spiegazione di quello che i giuristi già fanno, piuttosto che come una innovazione metodologica».

⁵⁶ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 117.

⁵⁷ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed. accresciuta, Giuffrè, Milano, 2007.

“pos-moderna”⁵⁸, nella quale in parte si suggerirebbe e in parte sarebbe già in corso un “ritorno al diritto”⁵⁹ non già autoritativamente creato dall’alto da parte dei detentori del potere politico ma piuttosto “inventato”⁶⁰ dal basso tramite l’apporto di giudici, giuristi e sapienti quali depositari e interpreti dei valori della relativa comunità.

Andare «oltre la legalità», seguendo la prima delle direzioni indicate, significa dunque anzitutto andare oltre la *retorica* della legalità, oltre l’*ideologia* che la sostiene. Ideologia che impedisce tuttora di vedere che “un altro (e migliore) diritto è possibile”, come già del resto lo è stato in passato⁶¹ e come potrebbe essere nuovamente in futuro al solo patto che si superino presunte certezze – come appunto quella della equivalenza necessaria tra legge e diritto – che oggi, cristallizzate in dogmi, condannano il giurista a un riduzionismo giuridico tanto più inaccettabile quanto più largamente inconsapevole.

Non a caso Grossi rivendica come «suo ruolo culturalmente più rilevante» in quanto storico del diritto quello di «acuire la coscienza critica del cultore di un diritto vigente, dandogli il senso della linea storica in cui il punto preciso del diritto vigente si colloca, impedendogli di isolarlo assolutizzarlo mitizzarlo»⁶². E proprio in questa chiave segnala che sarebbe «semplicemente antistorico perpetuare oggi una nozione di legalità cristallizzando e immobilizzando i suoi contenuti esaltati da tanti nostri illuministi»⁶³, in un tempo in cui «si era snaturato il diritto separandolo dal divenire sociale e dissanguandolo dalla sua intrinseca storicità, o, per usare un vocabolo più evocativo, della sua intrinseca carnalità»⁶⁴.

L’aggettivo ‘intrinseco’, dal canto suo, avanzando l’idea del “recupero” di una dimensione originaria del diritto – verrebbe da dire di *qualsiasi* diritto – è un ponte gettato verso la seconda delle citate direttrici, e cioè della severa ed «indispensabile *revisione*»⁶⁵ dei due pilastri del moderno Stato di diritto, costituiti dal principio di legalità e dalla separazione dei poteri.

Qui non siamo più semplicemente di fronte alla critica della (altrui) ideologia, ma viene introdotto il ruolo più marcatamente attivo del giurista nella costruzione di un nuovo ordine giuridico. Il compito precipuo del giurista sarebbe infatti quello di farsi interprete da un lato della “natura” sociale del di-

⁵⁸ Cfr. soprattutto Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, ed *ivi* in particolare il primo saggio, intitolato appunto *Novecento: un secolo pos-moderno*.

⁵⁹ Id., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

⁶⁰ Id., *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

⁶¹ Cfr. Id., *L’ordine giuridico medievale*, II ed., Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁶² Id., *Oltre la legalità*, cit., pp. 39-40.

⁶³ *Ivi*, p. 23.

⁶⁴ *Ivi*, p. 26.

⁶⁵ *Ivi*, p. 3.

ritto, che andrebbe appunto recuperata, dall'altro delle esigenze di quella società che il diritto sarebbe chiamato a ordinare. Esigenze che appunto suggerirebbero un superamento (o addirittura un abbandono), tra le altre cose, pure del principio di legalità: un «principio che, così immedesimato, non dovrebbe poter restare ancora tra le convinzioni più ferme di tanti giuristi e sul quale ormai è stato deposto un fardello di luoghi comuni, dei quali è sperabile che ci si sbarazzi quanto prima per costruire qualcosa di veramente nuovo»⁶⁶.

Secondo la ricostruzione di Grossi – come pure si accennava – il principio di legalità si mostrerebbe tra l'altro, per certi aspetti, *già* superato sia sul piano della “fangosità” dei fatti concreti sia su quello delle “sfere” più elevate dell'ordinamento giuridico.

Per un verso, invero, sarebbe l'esperienza giuridica quotidiana a segnalare l'inadeguatezza del fossilizzato *Rechtsstaat* ottocentesco alla tumultuosa dinamica delle società contemporanee, le quali hanno «ormai relegato entro un tempo del tutto perento la propria immagine di piattaforma amorfa meritevole solo di essere calpestata, e si presenta[no] ora a noi come una realtà giuridicamente assai articolata, una realtà pluri-ordinamentale»⁶⁷. In questo rinnovato pluralismo sociale, che nella visione istituzionalista di Grossi è di per sé anche giuridico⁶⁸, «spicca [...] il primo contrassegno del secolo e del diritto post-moderni: la fattualità; e spicca, contro il vecchio criterio della validità, cioè della corrispondenza a un modello autorevole a proiezione generale e da obbedire rigidamente, quello della effettività, cioè della peculiare carica intrinseca a taluni fatti e, di per sé, giuridicamente incisiva»⁶⁹, sulla base della considerazione per cui «se senso del diritto è ordinare il magma sociale, lo può fare solo a condizione che tenga conto di valori, interessi, bisogni circolanti in quel magma»⁷⁰.

Per altro verso, sarebbero anche e soprattutto la dimensione costituzionale ed europea dell'ordinamento a denunciare tale impianto come un reperto archeologico ampiamente sorpassato da una architettura pluralistica refrattaria a ogni riduzionistico “legicentrismo”. Bisognerebbe infatti comprendere che la Costituzione «non è la legge suprema di uno Stato per il cui varo è bastevole una maggioranza in Parlamento», bensì «il complesso dei principii giuridici

⁶⁶ *Ivi*, p. 9.

⁶⁷ *Ivi*, p. 24.

⁶⁸ Cfr. P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., pp. 83-84: «Il paesaggio socio-giuridico, da semplicissimo che era (o, meglio, che si era forzosamente ottenuto), sta diventando complesso, ed è proprio con questa complessità che si deve fare i conti: dapprima vivacizzatrice della dimensione sociale, non può che aspirare alla pretesa di un ordinamento giuridico a sé stessa coerente, un ordinamento che registri puntualmente la svolta avvenuta e prenda atto che tutto il “sociale” è alla base del nuovo paesaggio giuridico come ineliminabile e condizionante presenza».

⁶⁹ *Ivi*, p. 102.

⁷⁰ *Ivi*, p. 19.

letti e registrati entro il sostrato valoriale della società italiana da una Assemblée Costituente quale espressione della intiera comunità popolare»; sicché «la Costituzione, riflettendo la società, non può non riflettere il pluralismo che ad essa è intrinseco»⁷¹, non esauribile nella sola fonte legislativa⁷². L'emersione del pluralismo sociale e giuridico sarebbe d'altronde confermata anche dall'ordinamento europeo, il quale, oltre a costituire uno dei principali fattori della marginalizzazione della fonte legislativa dal punto di vista del diritto interno⁷³, si sarebbe trasformato nel corso del tempo in un'autentica "comunità di diritto" soprattutto grazie all'azione maieutica della Corte di Giustizia⁷⁴.

Entrambe queste spinte verrebbero così a confluire tanto nella spiegazione causale quanto nella giustificazione teorica dell'attuale importanza del c.d. diritto giurisprudenziale, opportunamente coadiuvato da quello sapienziale dei professori e dall'eterogenea "officina" degli operatori giuridici pratici (avvocati, notai, funzionari), rendendo palese come «il vocabolo/ concetto legalità sia oggi, di per sé, inadatto, perché incapace di evocare tutta la complessità giuridica che stiamo vivendo»⁷⁵.

Sarebbe lo stesso potere politico, del resto, ad avallare con la propria perdurante e consapevole inazione questo stato di cose⁷⁶, lasciando "per fatti concludenti" «al ceto dei giuristi la responsabilità di formare una nuova coscienza giuridica e di avviare la trama di un nuovo diritto di marchio prevalentemente giudiziario»⁷⁷. Cosa che avverrebbe, in particolare, attraverso l'antica arte prudentiale dell'interpretazione, la quale, «esclusa ieri drasticamente dal processo di rinnovazione giuridica e, quindi, dal nòvero delle fonti, riacquisisce un rango attivo e propulsivo»⁷⁸.

⁷¹ *Ivi*, p. 16 (dove si trovano anche le due citazioni precedenti inserite nel medesimo periodo).

⁷² Per conclusioni sul punto in buona parte analoghe cfr. G. Silvestri, *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2011, p. 95 ss.

⁷³ Cfr., sul punto F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Giapichelli, Torino, 1996, nonché Id., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, pp. 5 ss. e 140 ss.; nel senso indicato nel testo si possono ricordare anche le considerazioni recentemente espresse da Giuseppe Tesauro riportate in F. Pedrini, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)*, in *Lo Stato*, n. 16/2021, p. 183 ss.

⁷⁴ P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., p. 46 ss.

⁷⁵ *Ivi*, p. 29. Ma cfr. anche *ivi*, p. 22: «Il vocabolo/concetto "legalità" sa di passato, di passato remoto; è un fossile lontano, che rinvia a un momento in cui il diritto fu ridotto a un solo produttore, lo Stato, e a una sola manifestazione/fonte, la legge».

⁷⁶ Cfr. *ivi*, p. 24: «È una situazione di cui lo Stato stesso ha oggi coscienza; e lo dimostrano parecchi comportamenti sostanzialmente abdicativi, grazie ai quali si dà spazio a un concorso di altre fonti»; nonché *ivi*, pp. 93-94: «lo stesso legislatore statale, ora che gli è sfuggito di mano il vecchio monopolio, consapevole delle proprie incapacità, si arrende all'onda pluralistica attraverso il riconoscimento di molteplici realtà».

⁷⁷ *Ivi*, p. 75.

⁷⁸ *Ivi*, p. 23.

In questa chiave diverrebbe pertanto massimamente opportuno, oltre che intellettualmente doveroso, prendere atto che le trasformazioni cui stiamo assistendo – e che troppo spesso passano sotto la generica e fuorviante etichetta di ‘crisi *del diritto*’ quando invece bisognerebbe con maggior esattezza parlare di ‘crisi *della legge*’⁷⁹ – non siano affatto episodici difetti dell’ordinamento, bensì il risultato di un suo mutamento genetico, per di più salvifico (e in tal senso schiettamente necessario) dal punto di vista evolutivo. Il tutto con la conseguenza che il logoro armamentario vetero-giuspositivistico della legalità dovrebbe dunque essere abbandonato senza particolari rimpianti *ab imis fundamentis* fin dal livello terminologico, laddove per (comprendere e) descrivere la situazione attuale – non a caso di ampia e strutturale convergenza tra gli ordinamenti continentali e quelli di *common law* – risulterebbe assai «più corretto parlare di ‘Rule of Law’, rendendolo in italiano con ‘primato del diritto’»⁸⁰.

6. Un concetto idiosincratico di diritto

Come si sarà (auspicabilmente) compreso anche solo dalle sintetiche righe del paragrafo precedente, l’idea di “oltrepassare” la legalità non rappresenta un assolo isolato nella produzione dell’illustre Autore, inserendosi invece all’interno di (e fondandosi su) una più ampia e articolata concezione della storia, della società e del diritto.

Con specifico riferimento a quest’ultimo, Grossi – che per certo apparteneva all’esigua schiera dei giuristi autenticamente sistematici e pienamente consapevoli delle proprie premesse teoriche e filosofiche⁸¹ – non ha mai nascosto le matrici istituzionaliste del proprio pensiero⁸². Dei molti passaggi in cui se ne possono ravvisare le tracce, qui ne interessa in particolare uno: quello relativo alla Costituzione, che più volte abbiamo evocato in precedenza in quanto “norma di riconoscimento” degli ordinamenti a diritto scritto come il nostro.

⁷⁹ *Ivi*, pp. 30-31.

⁸⁰ *Ivi*, p. 36. Su questo scivoloso concetto cfr. ora G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of law. L’ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016.

⁸¹ Cfr. sul punto M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 78, secondo cui «Per quanto di minoranza, per quanto i giuristi che sviluppano concezioni compiute di diritto siano una sparuta minoranza dei più riflessivi nel gran mare dei praticanti, queste posizioni possono avere una notevole influenza sulla cultura e sulla vita giuridica».

⁸² Tra le tante testimonianze possibili, mi limito a richiamare quella autobiografica contenuta in P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 31, in cui l’Autore racconta che fin dai primi anni delle ricerche *post lauream* tenesse il suo lavoro più importante di Santi Romano, *L’ordinamento giuridico*, «come una sorta di breviario».

Ebbene, se è ben vero che, nella ricostruzione offerta da Grossi, la stessa Costituzione «si intride del messaggio salvante propugnato dalla riflessione istituzionalistica della prima metà del Novecento»⁸³, sarebbe però sbagliato ravvisare nella *Konstitution* scritta il fondamento di tale approccio al fenomeno giuridico. Quest'ultimo, infatti, potrebbe semmai essere rinvenuto (circolarmente) solo nella *Verfassung*, ossia in quella “dimensione costituzionale” comprensiva «non soltanto dei 139 articoli varati dai *Patres* dopo il loro fecondo lavoro collegiale, ma altresì di quella ‘costituzione materiale’ formata dal sostrato valoriale ancora inespresso ma vivo e vivace alle radici del popolo italiano»⁸⁴.

Detto altrimenti, è proprio una lettura istituzionalistica del diritto e della Costituzione che consente coerentemente a Grossi di valorizzare, anche nella loro testualità, in particolare alcune componenti della Carta costituzionale (come l'art. 2, nella parte in cui «La Repubblica *riconosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo») a discapito di altre (a partire dal “famigerato” art. 101, laddove esso afferma che «i giudici sono soggetti *soltanto alla legge*»).

Ed è sempre (e solo) in forza di tale più ampia lettura – dove l'effettività è non a caso considerata una «peculiare carica intrinseca di alcuni fatti e, di per sé, giuridicamente incisiva»⁸⁵ – che l'Autore può giungere alla conclusione secondo cui «La carica *rivoluzionaria*, che il costituzionalismo pluralistico del Novecento nutre in sé, sta precisamente nel richiamo pressante a cercare e trovare il diritto nel *sostrato valoriale* di una civiltà storica»⁸⁶ o ancora a quella secondo cui pure il progetto europeo costituirebbe «l'affrancamento da una visione inflessibilmente positivista, che è stato il vizio capitale del mondo di *civil law* e che si rivela oggi inadeguata a ordinare la nostra società pos-moderna»⁸⁷.

Ciò che rileva, ai fini della nostra riflessione sull'esistenza del principio di legalità e sulla base delle categorie introdotte in precedenza, è soprattutto il carattere *ampiamente idiosincratico* dell'opzione teorica di Grossi in ordine al proprio concetto di ‘diritto’.

Lasciando da parte il fatto che lontana dal senso comune è probabilmente anche la stessa identificazione dell'area del giuridico⁸⁸, sicuramente lo è – lontana dal senso comune, e in questo senso idiosincratica – la determinazione

⁸³ P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., p. 110.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ivi*, p. 102.

⁸⁶ *Ivi*, p. 68.

⁸⁷ *Ivi*, p. 57.

⁸⁸ Grossi infatti non restringe il diritto al solo ambito delle norme sanzionate (o sanzionabili) in modo coattivo: cfr., *ex multis*, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 22; nonché Id., *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 8-9.

delle fonti del nostro ordinamento. Quest'ultima, infatti, risulta esplicitamente basata su di una norma di riconoscimento che non coincide con la Costituzione "formale" – appunto, il testo della Legge fondamentale della Repubblica nel suo significato –, bensì con quella entità decisamente più impalpabile che passa sotto il nome di Costituzione "materiale"⁸⁹.

La bontà di tale scelta dal punto di vista dei suoi effetti pratici e la sua coerenza rispetto alle premesse teoriche ed epistemologiche dell'Autore non necessitano di essere discusse in questa sede.

Qui interessa soltanto rilevare che una simile opzione pacificamente *non può coincidere col senso comune*, atteso che quest'ultimo – seppure, come già si osservava, in modo indiretto e generico – evidentemente identifica (e non può che identificare) la norma di riconoscimento del diritto italiano oggi vigente *nell'unica Costituzione che* (vagamente) *conosce*, cioè a dire la Carta costituzionale del 1948.

Ne costituisce a mio avviso una conferma indiretta ma significativa lo stesso fatto che in dottrina si continui a chiamare con lo stesso termine, 'Costituzione', anche quella c.d. "materiale", per quanto rispetto alla Costituzione *sans phrase* si tratti evidentemente, nelle stesse parole di Grossi, di cosa assai nobile ma diversissima (il «sostrato valoriale ancora inespresso ma vivo e vivace alle radici del popolo italiano»). Un concetto, per capirci, che forse molti italiani *vorrebbero potesse diventare* la loro Costituzione – plausibilmente dopo essersi sincerati di che cosa esattamente si tratti e come (e da chi) si potrebbe accertare il relativo contenuto –, ma che difficilmente, se interpellati, risponderebbero di *credere che già* (automaticamente) *lo sia*.

Ebbene, segnatamente la scelta di accomunare sotto l'identica rubrica di 'Costituzione' sia il concetto formale che quello sostanziale *a dispetto dell'evidente differenza di struttura e di contenuti*, costituisce a mio avviso un sintomo della percezione, da parte dei giuristi che ricorrono all'idea di Costituzione materiale, della distanza del proprio concetto di 'Costituzione' rispetto a quello iscritto nel senso giuridico comune. E contemporaneamente è un indice della volontà di colmare tale distanza *per lo meno sul piano verbale*, sperando così di incrementare le proprie *chances* di successo all'interno della pratica giuridica complessiva in generale e di affermazione nella mentalità dei giuristi in particolare.

⁸⁹ Il riferimento di rito, in questo caso, è sempre all'opera di C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè, Milano, 1998, ma nel testo si utilizza l'espressione nel senso più ampio di qualsiasi concetto di 'Costituzione' che vada al di là del significato del relativo testo. In argomento recentemente v. anche O. Chessa, *I giudici del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 527 ss.

Una variante originale – che peraltro prova a conciliare la componente testuale con quella co-testuale e con il contesto politico e sociale – è ad esempio oggi la nozione di 'ordinamento costituzionale' di cui discorre A. Barbera, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 5 ss.

Ma v'è di più. Quanto delicata possa essere una simile operazione e quanta forza di resistenza *comunque* opponga il senso giuridico comune alle concezioni idiosincratiche dei giuristi, infatti, è riconosciuto in modo esplicito proprio dallo stesso Grossi, allorché in più sedi vigorosamente segnala la conclamata “arretratezza culturale” della scienza giuridica italiana.

Si pensi, a titolo di esempio, ad affermazioni come quella per cui «Il positivismo giuridico – penetrato nel cervello e nel cuore dei giuristi italiani nella veste di un legalismo protetto dal principio di stretta legalità e ben rivestito di un adeguato mantello mitizzante – è duro a morire»⁹⁰; o secondo cui «Noi giuristi italiani – o, almeno, una grossa maggioranza – crediamo di trovarci all'estremo di una lunga strada che corre assolutamente liscia dal Settecento al 2019, una strada connotata da una perfetta continuità tanto che, grazie ad essa, ci arrivano da allora messaggi con dei contenuti originari ritenuti tranquillamente, pianamente, applicabili nel contesto attuale»⁹¹; o ancora quella per cui «è apprezzabile franchezza ammetterlo: molti, tra noi giuristi, sono ancora proseliti del verbo illuministico, destinatari e, in certo modo, anche vittime del messaggio forte dell'Illuminismo settecentesco»⁹².

È curioso che sia proprio questa dura reprimenda di uno *status quo* ritenuto reativo e insoddisfacente a condurci sulla strada della risposta di cui siamo in cerca. Se poniamo mente al fatto che gli specifici contenuti del diritto *coincidono* con le credenze dei giuristi, poiché giuste o sbagliate che siano esse hanno una valenza costitutiva, allora bisogna ammettere come, *nella stessa prospettiva di Grossi*, il principio di legalità *tuttora esista*. E questo, paradossalmente, proprio a causa di «quella mitizzazione che si trascina stancamente fino ad oggi, ma che è senza dubbio accolta con fervore dalla pigrizia intellettuale di parecchi odierni giuristi beatamente immersi nelle paganti certezze (o ritenute tali, o presunte tali) del pianeta giuridico di *civil law*»⁹³.

7. Decostruzione e ricostruzione del principio di legalità

Sulla base di quanto osservato finora, abbiamo detto che la risposta al quesito circa l'esistenza del principio di legalità parrebbe trovare ancor oggi una risposta positiva.

Del resto, la parte più significativa e per molti versi anche condivisibile della critica di Paolo Grossi alla “mitologia” della legalità, a ben vedere, non era rivolta tanto al relativo principio giuridico, bensì alle sue basi razionali e alla

⁹⁰ P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., p. 108.

⁹¹ *Ivi*, p. 99.

⁹² *Ivi*, p. 6.

⁹³ *Ivi*, p. 4.

loro (in)idoneità al tempo presente. Tuttavia, criticare l'ideologia alla base di certe scelte politiche – di politica del diritto, beninteso – è qualcosa di simile al criticare un palazzo in quanto costruito su fondamenta scadenti. Fin tanto che l'edificio non crolla, esso continua a ergersi, e le rimostranze su come sia stato fabbricato varranno, semmai, come motivo per abbatterlo e riprogettarlo diversamente, ma non per negare che oggi metta in pericolo gli inquilini o deturpi il panorama. Pensare che basti denunciare l'irrazionalità delle storture per cancellarle dal mondo, dal canto suo, è la madre di tutti gli idealismi: utili nella misura in cui convincono un numero sufficiente di persone ad agire (e reagire) di conseguenza, inservibili se non addirittura dannosi nella misura in cui semplicemente pretendano di rappresentare la realtà attuale come già adeguata ai nostri desideri.

La perdurante esistenza del principio di legalità nel nostro ordinamento – si torna a dire – non ha alcun legame necessario con la fondatezza delle convinzioni che hanno portato storicamente ad introdurlo e/o con la sua adeguatezza nel rispondere alle possibili esigenze della contemporaneità. A certe condizioni, esso continuerebbe ad esistere anche a dispetto della propria totale insensatezza, al pari ad esempio di tutti i “negazionismi” che, in quanto fenomeni costituiti dalle relative credenze, esistono (e persistono) anche qualora sia provata oltre ogni ragionevole dubbio l'assurdità della relativa tesi.

Vale però la pena di sottolineare come, nella prospettiva qui accolta, tale situazione da un lato non derivi affatto dalla sua semplice recezione nel documento costituzionale o da qualsivoglia prospettiva “formalista” o “testualista” quanto alla teoria e/o all'interpretazione costituzionale e dall'altro non significhi affatto che tale principio non possa essere (e non sia già in parte) significativamente eroso nei suoi contenuti e nella sua effettiva capacità di incidere sulla realtà proprio in ragione di atteggiamenti dei giuristi contrastanti con la sua logica⁹⁴.

Non è in alcun modo, insomma, in virtù del semplice (e inalterato) tenore letterale dell'art. 101 Cost., secondo il quale «i giudici sono sottoposti soltanto alla legge», che il principio (implicito) di legalità esiste ancora in quella sua componente fondamentale costituita dal principio (esplicito) di sottoposizione dei giudici alla legge.

Anche quest'ultimo dipende in una accezione forte e costitutiva dalle credenze che i giuristi matureranno sul punto⁹⁵. Se la lettera della Costituzione eserciterà su di essi un vincolo, tale vincolo sarà – daccapo – di natura prag-

⁹⁴ Alcuni dei quali sono ora considerati in C. Pinelli, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, p. 1 ss.

⁹⁵ Mi sembra questa la prospettiva che emerge, pur con accenti diversi, anche da R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, nonché in C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016.