

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE  
POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**PAOLO GROSSI, STORICO DEL DIRITTO**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Federico Alessandro Goria

Candidata: Alessia Giudici

ANNO ACCADEMICO 2023/2024

## INDICE

Paolo Grossi: breve biografia

### CAPITOLO I- Il tempo di ieri

1. La modernità, il tempo di ieri
2. Le origini del principio di legalità

### CAPITOLO II- Post-modernità

1. Il secolo post-moderno. Crisi della legge e dello stato
2. Visione post-moderna del diritto e il nuovo ruolo dell'interprete

### CAPITOLO III- Dopo guerra

1. Post-modernità nella costituzione del Novecento
2. Un sentiero tracciato dall'ermeneutica

### CAPITOLO IV- Diritto europeo

1. L'Unione Europea e il cambio di mentalità
2. Il giurista oggi

Conclusioni

Bibliografia

## Paolo Grossi: breve biografia

Paolo Grossi nasce a Firenze il 29 gennaio 1933, si laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Firenze nel 1955 discutendo la tesi sul regime giuridico delle abbazie benedettine nell'Alto Medioevo italiano<sup>1</sup>.

I maestri che più hanno influito su di lui, e a loro ha dedicato il suo volume *Scienza giuridica italiana*: Pietro Agostino D'Avack, professore di diritto canonico, ed Enrico Finzi, professore di istituzioni di diritto privato. Ciò che impressionò nelle loro lezioni Grossi fu la disciplina insegnata da Finzi, collocata al primo anno, che era un insegnamento estremamente 'grammaticale', di grande rigore. Egli era rigorosissimo nell'esposizione, nel disegno dei suoi concetti, e questa educazione al rigore colpì fin dal primo momento Grossi, infatti arrivò nella Facoltà di Giurisprudenza, semplicemente perché dei compagni di liceo (cui era legato da un'affettuosa amicizia) si erano iscritti a Giurisprudenza. Quindi, l'inizio, l'avvio di Paolo Grossi fu all'insegna del caso e della inconsapevolezza.

Però, fu subito conquistato dall'insegnamenti di Finzi, che gli fece capire - e questo fu un risultato cospicuo per lui studente di primo anno - la valenza del diritto come scienza ordinante. D'Avack, invece, riuscì ad introdurlo nel mondo cifrato del diritto canonico con delle suggestioni enormi: era uno straordinario didatta, dotato di un grande carisma. Esercitava a Roma con successo la professione di avvocato rotale, e aveva, quindi, anche dalla sua il pregio di una dizione estremamente sonora e accattivante. Questi sono stati i due maestri più amati e ammirati, anche se nella Facoltà giuridica fiorentina di allora erano molti i docenti che seguì con profonda ammirazione e da cui ebbe molto; tuttavia, i suoi maestri per eccellenza sono stati Finzi e D'Avack. Successivamente, altri se ne sono aggiunti. Subito dopo la laurea discussa con Ugo Nicolini, Grossi accettò l'invito a diventare 'assistente volontario' e, in qualche modo, storico del diritto in erba. Non fu mai conquistato da Nicolini, né ci sono suoi libri che hanno avuto una funzione di *livres de chevet*. Fu, invece, subito conquistato da Calasso, dal suo novissimo *Medio Evo del diritto*. Si trattava di proposte profondamente innovative nel piatto panorama storico-giuridico. Però, la sintesi del suo pensiero si manifestò compiutamente nel *Medio Evo del diritto*, uscito nel 1954.

Mentre la voce di Nicolini apparve a Grossi ispirata a un positivismo abbastanza ottuso, quella di Calasso gli sembrò liberante, affrancatoria. Ne *La società feudale* di Bloch si misurava efficacemente il sapere dello storico come sapere soprattutto intuitivo. Bloch è lo storico che

---

<sup>1</sup> Accademia delle Scienze di Torino, *Biografia di Paolo Grossi*, Torino, 2010, <http://www.accademiadelle scienze.it>

aveva accumulato un forte patrimonio di analisi sulle fonti, ma che al di sotto delle fonti aveva letto quei sentieri non scritti che soltanto l'intuizione del grande storico poteva rivelare.

Fonti, quindi, a due strati: uno superficiale, che ogni erudito legge, ma, al di sotto, uno strato nascosto che solo il sapere intuitivo era in grado di rivelare.

*La società feudale* è certamente il frutto di alta maestria nel possesso delle fonti altomedievali, ma innanzi tutto delle grandi intuizioni che, sole, servivano da direzioni culturali per afferrare la cifra di un'esperienza. Calasso, per primo, gli ha insegnato che lo storico ha bisogno di possedere una forte intelaiatura teorica non per soffocare le fonti ma per ordinarle. La ateoreticità, direbbe Ovidio Capitani, che è un po' il mal comune di tanti storici del diritto, ecco questo vizio Calasso certamente non lo aveva.

E' il motivo per cui, dopo la lettura di Calasso, Grossi si avvicinò a Capograssi, filosofo del diritto, a *Il problema della scienza del diritto*, dove risaltava una nozione di esperienza giuridica rivelata appieno unicamente dalla scienza, in una visione teorica che restituiva al massimo la plasticità dell'esperienza storica.

Paolo Grossi si "innamora" immediatamente di Capograssi, perché gli dava degli strumenti teoretici fondamentali autenticamente ordinanti, ossia capaci di ordinare qualunque passato, egli considerava il diritto come esperienza giuridica; nella vita di una società che tenta di ordinare il diritto e che diventa esperienza giuridica. Mettere insieme Betti ed Orestano, significa mettere insieme due romanisti che hanno delle valenze culturali profondamente diverse ma allora aveva la necessità di esercitarsi su una costruzione concettuale rigorosissima, qualche volta forse anche ispirata ad un eccesso di formalismo, che riusciva a stemperare immergendosi nella lettura di Orestano, cioè del romanista che traduceva Capograssi nella sua visione dell'esperienza giuridica romana. Ecco, questi libri, certo molto diversi, servirono a Grossi per dargli la possibilità di comporre quello che sarebbe stato da allora in avanti un suo breviario metodologico, un breviario da quattro soldi, il breviario semplice per un sentiero che egli tracciava a sé stesso per le sue ricerche future.

Paolo Grossi ebbe, da sempre, un'impostazione non conformistica e il suo itinerario intellettuale che si è sviluppato in un lasso di tempo pari a circa settant'anni ha percorso strade apparentemente differenti ma che in realtà sono stati guardati da occhi diversi quali quelli del giurista, dello storico, del civilista e dell'interprete della costituzione<sup>2</sup>. Egli come giurista è stato uno studioso del diritto, non della legge.

---

<sup>2</sup> M. Maccarelli, S. Solimano, *A colloquio con Paolo Grossi*, 2007, in *historiae iuris*.

Dal 1960 è docente di Storia del diritto italiano prima a Siena (1960-61), poi a Macerata (dal 1962 al 1966) e infine a Firenze (dal 1966 al 2008), dove è stato Preside della facoltà di Giurisprudenza dal 1972 al 1975. A Firenze è stato anche docente, per incarico, di Diritto Comune, Storia del diritto canonico e Diritto canonico.

Dal 2006 al febbraio 2009 ha tenuto la cattedra di Storia del diritto italiano medievale e moderno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

Nel 1971 ha creato il "Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno" con una vocazione di attività a largo raggio, soprattutto interdisciplinare ed è stato da lui diretto fino al 2002, coadiuvato da esponenti come Pietro Costa, Piero Fiorelli, Francesco Romano e Luigi Lombardi Vallari. Il Centro è stato riconosciuto nel 1980 con Decreto del Presidente della Repubblica n.271, come "organismo scientifico specializzato", promuovendo i seguenti scopi: stampa e pubblicazione dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, formare specialisti per le ricerche di storia del pensiero giuridico moderno, sviluppo e collaborazione con organismi aventi medesimi scopi e promozione di studi inerenti alla storia del pensiero giuridico moderno con divulgazione a mezzo pubblicazioni<sup>3</sup>. Il Centro voleva essere un organo che attirasse attorno a sé personaggi e progetti e che mettesse a contatto il giurista di diritto positivo con lo storico del diritto, il comparatista con il filosofo del diritto affinché potessero porre l'attenzione uno sul lavoro dell'altro.

I *Quaderni*, così come affermato più volte da Paolo Grossi volevano collocarsi all'interno dell'universo giuridico, come segno di unità per la scienza giuridica, come strumento di dialogo tra giuristi e come un banco di lavoro.

Nel 2000 ha ricevuto il premio "Giurista dell'anno" dalla European Law Students Association.

Gli è inoltre stata conferita la laurea honoris causa in Giurisprudenza delle Università di Frankfurt am Main (1989), Stockholm (1990), Autónoma de Barcelona (1991), Autónoma de Madrid (1994), Sevilla (1998).

Il 17 febbraio 2009 è stato nominato giudice costituzionale dal Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, in sostituzione di Giovanni Maria Ha prestato giuramento il 23 febbraio 2009.

Come ricorda l'Accademia Nazionale dei Lincei, la sua attenzione di ricercatore è stata in prevalenza rivolta alla storia del diritto privato e soprattutto del diritto di proprietà, con una

---

<sup>3</sup> Accademia Nazionale dei Lincei, *Convegno in memoria di Paolo Grossi*, Roma, 2023, <http://www.lincci.it>

estensione temporale che va dall'alto medioevo all'età contemporanea. Dagli anni Ottanta ha portato avanti l'esigenza di un ripensamento delle fonti del diritto in Italia.

Morirà il 4 luglio del 2022, ne darà notizia l'account ufficiale della corte costituzionale con un comunicato.

## CAPITOLO I- Il tempo di ieri

### 1. *La modernità, il tempo di ieri*

Il passaggio dall'universalismo giusnaturalistico (civiltà giuridica che ha come fondamento il diritto naturale, in cui i diritti storici sono prodotti da diverse entità politiche che non provvedono alla formazione del diritto naturale in quanto diritto superiore) al particolarismo statalistico è ciò che costituisce le fondamenta della modernità giuridica e politica, secondo Paolo Grossi.

Durante la modernità giuridica, quel periodo tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento, la civiltà europea aveva fatto sue alcune certezze ritenendole indiscutibili.

La modernità è definita da Grossi<sup>4</sup> come quella posizione dialettica tra passato e presente ovvero il tempo di ieri (Stephan Zweig invece la denominò "il mondo di ieri", facendo riferimento a quel periodo corrispondente con la sua giovinezza conclusosi con l'inizio della prima guerra mondiale; per lui questo periodo era il tempo della "sicurezza", dove tutto era disciplinato normativamente). Il pensiero di Zweig ben identifica questo momento storico, in cui il diritto è ordinato in norme, è controllato dal potere politico ed è un insieme di comandi.

Lo stato, in questo periodo, riveste un ruolo importante in quanto, come disse Capogrossi è l'unico soggetto chiamato a produrre diritto e la legge è la manifestazione della volontà del potere supremo, non definita come l'unica fonte del diritto, ma come quella che condiziona tutte le altre ordinate in una gerarchia piramidale. Grossi a tal proposito parla di *riduzionismo* consistente in un apparente mantenimento di una pluralità di fonti ma che in realtà si riducono ad una sola ovvero la legge la quale condiziona le altre le quali hanno carattere accessorio.

La modernità mostra i primi segni nel medioevo (volontarismo francescano e l'apparente paradosso del trionfo dell'individualismo possessivo generato dal pensiero di frati che avevano fatto voto di povertà), si manifesta con la tensione del sovrano ad impadronirsi del diritto e raggiunge il suo apogeo con "l'assolutismo giuridico" della codificazione civilistica. Il diritto di questi anni è un diritto autorevole e autoritario perché si riflette nella legge e si parla di assolutismo giuridico in quanto la produzione del diritto viene dall'alto ed è separato dalla società. Il diritto è pensato e voluto dai vertici del potere, è per sempre e il codice è proiettato in un termine infinito.

---

<sup>4</sup> P. Grossi, *Introduzione al Novecento*, Laterza, Bari-Roma, 2012.

La concezione “assolutistica” del diritto prevede che il contenuto di questo è, direttamente o indirettamente, affidato al detentore del potere sovrano, che non incontra limiti sostantivi di fronte a sé, proprio per questo il diritto è fornito di autorevolezza così da garantirsi la piena osservanza da parte dei sudditi.

Le norme risultano essere rigide, astratte e generali, senza alcun condizionamento da parte dei fatti, la loro produzione diventa monopolio dello stato, la comunità non può fornire alcun apporto alla loro formazione, poiché è chiamata alla pura e semplice obbedienza, si può affermare che sono sostanzialmente atti di imperio subiti da una società immersa in un’assoluta passività. Ogni manifestazione del potere legislativo, proveniente dall’organo depositario della sovranità statale, era meritevole di obbedienza, nella realtà dei fatti però la legge era priva di contenuti.

Le norme, atte a disciplinare l’intero ordinamento giuridico, dovettero essere ordinate ed inserite in un codice che divenne espressione della certezza del diritto; il momento apicale di questo periodo, definito “secolo dei codici”, iniziò nei primi anni dell’800 e fu caratterizzato dalla grande opera di codificazione; durante questi anni la borghesia imprimerà la propria idea di proprietà e contratto, tramite la stesura dei codici civili, grazie all’analisi dei codici di commercio, possiamo notare la connessione tra un ceto formato da professionisti e gli interessi economici in continua evoluzione.

I codici, pensati come insieme di articoli vengono applicati ai casi e qualora, ci fossero dei “vuoti”, questi verranno colmati dai principi contenuti all’interno degli stessi. Il Codice diventa il simbolo dell’età moderna dove abbiamo, come rappresentazione di certezza, chiarezza e sistematicità: lo Stato, la Legge e il Codice.

Uno stato protagonista della modernità che gestisce tutto l’assetto giuridico, ha cancellato il pluralismo giuridico, facendo sua la produzione del diritto in una realtà che identifica quest’ultimo nella legge (lo statalismo giuridico e di conseguenza il rigido legalismo e la rivoluzione francese che realizzerà codesto programma).

Gli inizi della modernità coincidono con l’ascesa del ceto borghese e con un assetto pre-capitalistico dell’economia, gli elementi cardine di questo momento storico furono molteplici tra cui il conferimento di una sostanza del tutto nuova al patrimonio (definito come la proiezione verso l’esterno del soggetto). Il proprietario diventa l’elemento centrale dell’ordine pubblico su cui si potrà costruire l’assetto politico.



Il ceto borghese contro i privilegi nobiliari e clericali che è sempre più interessato alla conquista del potere politico e l'idea di uno Stato unitario e compatto con un importante controllo della produzione del diritto.

Paolo Grossi definisce la civiltà di quel momento storico come "borghese", in quanto la borghesia, volta al raggiungimento del profitto e all'accumulo patrimoniale, assunse un ruolo da protagonista e la proprietà individuale totalmente immedesimata con il soggetto, diventò il contributo alla sua individualità<sup>5</sup>.

In Italia il periodo a cavallo tra Settecento e Ottocento è segnato dall'abolizione della pena di morte (Codice Penale 1786) per opera di Pietro Leopoldo.

La diffusione di nuove correnti di pensiero e modelli di comportamento provenienti dalla Francia, modificarono lo stile di vita dei ceti medio - alti della società italiana rappresentata dalla nobiltà, che giustificava i propri privilegi con una vita operosa, e dalle masse popolari, che invece rimasero sempre più escluse da ogni evoluzione culturale e di costume. Così come in Europa, anche in Italia vi è un incremento della popolazione ma le gravi carestie testimoniano il precario equilibrio tra popolazione e risorse.

Nonostante le numerose leggi in ambito penale, commerciale e della navigazione marittima, stilate dalla seconda metà del '600, il diritto civile rimase inalterato fino alla Rivoluzione francese (evento centrale della modernità giuridica che segna una definitiva spaccatura con il passato).

Gli eventi si susseguirono rapidamente a partire dalla richiesta del terzo stato, che fino a questo momento era considerato nulla e che ora chiede di emergere, a tal proposito si dispose nel regolamento elettorale del 1789 il raddoppio della rappresentanza del terzo stato senza definire nulla sulle modalità di voto. Un momento importante fu quando il 26 agosto 1789 l'Assemblea nazionale elaborò la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che definì: completa e solenne affermazione delle libertà fondamentali, eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, divisione dei poteri e della sovranità popolare, i diritti sopra menzionati erano tuttavia riservati ai soli cittadini maschi.

In questo momento critico la classe politica che si era venuta a formare dal 1789, si impose alla guida di un paese anarchico provando a superare numerose difficoltà. Il ceto borghese stava conquistando enormi spazi, volendo porre a fondamento del sistema giuridico l'individuo singolo quale modello astratto e titolare di diritti intangibili tra cui la proprietà.

---

<sup>5</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2009.

### *Il costituzionalismo e la codificazione francese*

Il costituzionalismo moderno (la cui prima espressione compare nelle “carte dei diritti”) costituisce un elemento cardine per la lotta contro l’arbitrio del potere e situazioni giuridiche non espugnabili, il *Bill of Right* è la prima manifestazione del voler porre limiti al potere regio, seguiranno le *Constitutions* degli stati nord-americani e le *Déclarations, Constitutions* e *Actes constitutionnels*, tutte volte ad affermare situazioni giuridiche di cui l’individuo è titolare, nello stato di natura, che devono essere rispettate dal potere sovrano.

Lo stato di natura è una condizione in cui gli individui sono uguali, cosa molto lontana da uno scenario storico in cui il quarto stato non è minimamente considerato e lotta quotidianamente con la fame. Nelle carte dei diritti si affermava il godimento alla vita, la libertà attraverso l’acquisto e il possesso della proprietà, il perseguimento della felicità e il relativo ottenimento. Tutti questi diritti facevano emergere un quadro fortemente elitario, in cui la libertà era strettamente connessa alla proprietà e non vi era spazio invece per l’elencazione dei doveri. Nella *Constitution* della Repubblica Francese del 1795 comparvero, per la prima volta, i doveri morali.

L’obiettivo della Rivoluzione francese era la codificazione del diritto, il primo ad essere codificato sarà proprio il diritto civile, fatto dal terzo stato (la borghesia) vuole un potere forte che protegga le sue conquiste e sia in grado di controllare il diritto, soprattutto il diritto privato, affinché si possa assicurare la tutela dell’appartenenza (proprietà) e la capacità circolatoria di questa attraverso il contratto (che ha forza di legge tra le parti). Questi elementi furono il cardine del Code Civil del 1804 che perde così il carattere della “estrastatualità” per diventare “mancipio dello stato”. Nel 1804 tutto ciò si poté realizzare poiché la Francia era uno stato unitario e centralizzato. Tutto questo significa che accanto alla legge dello stato, la quale occupava il più alto gradino gerarchico, c’è un mondo di privati abbienti che deve essere rispettato nei suoi atti di autonomia: lo stato borghese che determina i contorni entro cui si attua il diritto privato. Il Codice fu una conquista per il terzo stato, il diritto era per la prima volta inserito in un testo chiaro e preciso che il cittadino poteva facilmente comprendere e non poteva essere oggetto dell’arbitrio di giudici scellerati ed era il contenitore di tutti i principi illuministici.

Il Codice civile francese era diviso in tre libri: uno dedicato alle persone, uno alla proprietà e l’ultimo riguardante gli strumenti per la circolazione della proprietà.

Il Code civil costituì un modo nuovo di produrre diritto in cui le norme erano rivolte al futuro e si ebbe la determinazione precisa della nozione di soggetto e di bene (il tutto chiaramente e precisamente disciplinato nei 2281 articoli) proprio con il Code Civil si tentò di

porre ordine alla proprietà ed al contratto, istituti posti a fondamento della civiltà borghese ed elementi cardine del codice stesso. Il contratto era espressione del libero consenso di conseguenza dell'individuo libero e regno dell'uomo d'affari e, pertanto, meritevole di tutela.

Il Codice civile rappresentava il raggiungimento dell'obiettivo della borghesia ovvero quello della libera appropriazione della terra, il cui modello di proprietà risultava essere quello del fondo rustico. In Italia il "Codice Civile" fu una presenza importante e l'iter per la sua formazione fu piuttosto complicato, un primo progetto venne rigettato perché molto simile al Codice Albertino, un secondo progetto seguì la sorte del primo in quanto troppo aderente al Codice Napoleonico e si dovette attendere il terzo progetto per avere quello definitivo. Nel 1806 fu tradotto nella nostra lingua il Code francese e nel 1865 per il Regno unitario ci fu un codice apparentemente autonomo, su modelli di quello napoleonico, composto da 2147 articoli, molti dei quali furono una semplice traduzione di quelli francesi che, pur mantenendo le radici nel diritto romano, erano espressione delle esigenze della classe dirigente. Tuttavia si rilevano nel codice italiano elementi di novità rispetto a quello francese, come ad esempio la menzione della persona giuridica.

Il risultato di questo periodo fu una diffusa incapacità di esprimere una realtà molto più complessa di quella che poteva apparire e proprio a tal proposito si inizia a parlare di *monismo* inteso come presenza di un diritto isolato dalla civiltà con la pretesa, da parte dello Stato, di monopolizzare il sistema giuridico. La legge è vista come unica fonte di espressione della volontà generale e l'ordine giuridico, essendo affidato allo stato rischia di creare definitivamente una netta separazione dal contesto sociale; comincia così una fase di vera e propria legolatria, poiché la legge è la sola espressione della volontà sovrana e per questa ragione viene definita come un oggetto di culto, indipendentemente dal contenuto. In questo scenario la norma risulta essere legittima, non perché conforme a parametri di giustizia, come nella visione dualistica del diritto, ma perché emanata dal potere sovrano, unica fonte di legittimazione e unico detentore del diritto, che esprime la volontà di uno stato monoclasse, dominato da un elitarismo economico e politico in cui la società è fortemente soffocata.

I due pilastri della cultura giuridica di questo periodo sono: il principio di legalità e la separazione dei poteri, intese come *verità* insuscettibili di alcuna discussione; la separazione dei poteri altro non era che il modo per sottrarre i giudici dalla produzione del diritto, senza dimenticare che fino al XVIII sec. questo ruolo era affidato ai giuristi, lasciando piena autonomia al potere politico; il principio di legalità invece era ciò che avrebbe permesso di compiere l'assolutismo giuridico.

La situazione nel resto d'Europa non era molto differente da quella venutasi a creare nel nostro territorio.

### *Codice civile generale austriaco – ABGB*

Il codice civile generale, promulgato da Francesco I nel 1811, abolirà il diritto comune insieme a consuetudini e statuti locali; pervaso da una visione individualistica del diritto è suddiviso in tre parti: - una riferita al diritto delle persone, - una ai diritti sulle cose, - l'ultima riguarda le disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose. Elementi caratterizzanti del Codice austriaco furono il riferimento alla soluzione del problema di eventuali lacune contenute al suo interno, facendo ricorso ai principi del diritto naturale e il passaggio di un bene da un patrimonio all'altro, non concesso a mezzo consenso, ma perfezionato con la consegna (*traditio*); un Codice apparentemente innovativo che conserva in sé anche istituti di epoca medievale quali il contratto di enfiteusi, la locazione ereditaria e il fedecommesso.

### *Codice civile tedesco - BGB*

*Usus modernus Pandectarum* con questo termine si intende la fioritura giuridica che riguardò la Germania dal '500 all' 800, periodo in cui la scienza giuridica e la prassi si intrecciarono e divennero espressione della coscienza giuridica di questo tempo. Con l'espansione dell'Impero napoleonico, il modello francese è vigente nel territorio tedesco annesso all'impero e bisognerà attendere il 1896 affinché la Germania possa avere un suo Codice civile, i cui lavori iniziarono nel 1881, ma che entrò in vigore nel 1900 e il cui destinatario era il giudice.

Il Codice tedesco conteneva concetti che si ispiravano alla Pandettistica, diffidente nei confronti di una società borghese e per questo motivo mantenne un'impostazione individualistica. La parte centrale del BGB era dedicata al negozio giuridico e l'elemento principe di questa codificazione fu la clausola generale intesa come la possibilità data, da parte del legislatore nei confronti del giudice, di poter ricorrere in casi specifici a dati esperienziali, estranei alla legge positiva.

Paolo Grossi considera il BGB un Codice rigoroso nel suo significato storico-giuridico, caratterizzato da esclusività, capace di far riafferrare l'impero della legalità positiva e impone al giudice l'osservanza della legge, infatti il giudice è il suo destinatario. Un Codice in cui

domina il generale e l'astratto, evitando ogni particolarizzazione casistica, mentre gli istituti sono inseriti in una intelaiatura concettuale di grande rigore logico<sup>6</sup>.

Il tratto distintivo di questa codificazione è il ricorso alla clausola generale, ovvero una direttiva che il legislatore fa al giudice autorizzandolo a ricorrere, in determinati casi, a nozioni e dati al di fuori dell'esperienza positiva. Questo permette al giudice di aprirsi alla realtà circostante, senza perdere il carattere dell'esclusività.

Un'altra singolarità del Codice tedesco fu il fatto che la società borghese si dimostrò indifferente verso il sociale e il collettivo, così da riaffiorare il carattere dell'individualismo<sup>7</sup>

### *Codice civile svizzero*

Seppur molti cantoni si fossero dotati di codificazioni, per avere un vero e proprio codice la Svizzera dovette attendere. L'autore del codice fu Eugen Huber (un profondo conoscitore della storia giuridica svizzera) e per questa ragione definito Codice d'autore.

Le caratteristiche fondamentali di questo codice furono molteplici: - il destinatario del Codice di Huber era il cittadino, per questo il linguaggio usato faceva riferimento alla vita quotidiana, - era privo di una parte generale, - trattava delle formazioni collettive e delle clausole generali e - fece della figura del giudice colui che dovesse essere il protagonista della vita giuridica.

Il susseguirsi degli anni successivamente alla produzione dei Codici tutto il territorio europeo dimostrò che la produzione legislativa era incapace di gestire la situazione giuridica di una società che era in continua evoluzione.

Già negli ultimi decenni dell'800 si assistette allo sgretolarsi dell'edificio giuridico moderno che aprì le porte al periodo post-moderno.

Paolo Grossi ricorda la particolarità singolare del Codice civile svizzero. Il destinatario di tale complesso normativo è il cittadino, caratterizzato da un linguaggio piano, conciso, intelligibile a tutti perché costantemente fa riferimenti a momenti di vita quotidiana. Poiché è privo di una parte generale, il diritto appare più concreto, segnato da disuguaglianze di fatto e debolezza sociale ed economica<sup>8</sup>.

La concezione pessimista di Paolo Grossi sulla modernità, vista come decadenza rispetto alla libertà e all'inventiva giuridica medievale, non è però l'unica disamina di questo

---

<sup>6</sup> P. Grossi, *L'Europa del Diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 177.

<sup>7</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 178.

<sup>8</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 179.

passaggio: essa venne condotta più o meno in contemporanea con quella di un altro importante storico del diritto Raffaele Ajello, professore e direttore del Dipartimento di Storia del Diritto e delle Istituzioni dell'Università Federico II di Napoli, definito maestro di trasparenza e lealtà<sup>9</sup>, poiché diceva a tutti ciò che pensava.

Raffaele Ajello avvia il rinnovamento della ricerca sulla storia del diritto italiano nel Mezzogiorno, con l'augurio di liberarlo dalla soggezione alle fonti normative. Con il ripudio per il formalismo giuridico egli aprì la ricerca in funzione di una concezione nuova del diritto: il diritto come prodotto della dialettica sociale e politica.

L'autore, nelle pagine *Il Collasso di Astrea*, cercava di spiegare le cause della frattura tra l'Italia e il resto dell'Europa; consegnando, attraverso un lavoro di indagine, un'esperienza critica del diritto, superando le dogmatiche certezze emergenti dai testi di storiografia giuridica.

Egli riteneva non fosse corretto considerare il diritto come insuscettibile di cambiamenti e come una dimensione statica; ciò difatti avrebbe distolto l'attenzione da una realtà molto più complessa, partendo dalla convinzione che il credere in dati e postulati provvisori o non veri aveva impedito alla scienza giuridica di evolversi, poiché l'indagine era preclusa. Di conseguenza la legge era considerata come un'ipotesi di lavoro. Il formalismo dei giuristi derivava dalla funzione che lo stesso diritto aveva all'interno della società; vi era una diffusa necessità di certezza la quale emergeva dal fatto che ciò che era conforme alla legge era giusto.

Ajello definiva questa continua ricerca della purezza nelle scienze giuridiche una "sterilizzazione del diritto", in quanto fino a quel momento storico il diritto non si era adeguato all'evoluzione della società<sup>10</sup>.

Una sincera passione civile pervade tutto il percorso del professore, vero storico del diritto. In tutte le sue pagine si percepisce l'immenso sforzo di comprendere prima, e spiegare poi, le cause e gli effetti del solco profondo che divide l'Italia dal mondo occidentale e, quindi, dall'Europa intera, nel quale si è prodotto il *Collasso di Astrea*, da cui ha avuto origine una società cosiddetta anomala. Per lui l'indagine storiografica doveva essere un'indagine attivista. Scrive, infatti: "la storiografia ha un senso se si propone di ricostruire il passato in rapporto al presente, se medita sulle origini dell'attualità per migliorarne le condizioni. La storiografia giuridica non è più destinata ad un uso 'professionale' ma, al contrario, sempre più serve a dare un contributo competente alla formazione della cultura storica, alla memoria del passato, alla

---

<sup>9</sup> F. Di Donato, *Il diritto utile. Teorie e storiografie del dissenso in una vita per la critica*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 706.

<sup>10</sup> R. Ajello, *Formalismo e storia del diritto moderno*, in *Quaderni fiorentini*, I, 1972, pag.197.

storia generale”<sup>11</sup>. Da queste parole si comprende il suo senso critico rispetto all’epoca che aveva fatto della storiografia uno strumento ad uso prettamente professionale, inteso a favorire il dialogo d’un certo genere con il giurista. Questa costituisce la premessa alla quale si pone in senso contrario il pensiero di Ajello, il quale, invece, riteneva che ai giuristi dovesse essere attribuito l’arduo compito di storicizzare il diritto.

Il focus del pensiero dello storico è centrato, dunque, sul ruolo eccentrico della storiografia, poiché da questa era possibile cogliere la vera essenza del diritto, insito di storicità. Una storicità che, per lui, deve essere colta in termini di complessità di relazioni, con intrinseca connessione con le dimensioni sociali e spirituali. Da qui, infatti, si può cogliere la similitudine con il pensiero di Paolo Grossi, poiché anch’egli, credeva in una relazione fedele tra diritto e società, sempre più a discapito di un potere politico concentrato solamente nelle mani dello Stato, incapace di instaurare alcuna interazione con la collettività, e sempre più favorevole all’affermazione di un diritto e di uno Stato sociale.

L’elaborazione del concetto di democrazia in un’epoca contrassegnata dall’assolutismo si è spinta fino al punto di affermare che il sovrano è solo l’amministratore di un potere che viene concesso dal popolo e che si esplica attraverso le leggi. La sua critica visione, certamente qualificabile come anti-kantiana e anti-hegeliana per eccellenza, ha solcato la storia giuridica svelando gli *arcana juris*<sup>12</sup> dei giuristi, descrivendo con particolare minuziosità le ingiustizie del formalismo medioevale e la lotta per il raggiungimento alla democrazia moderna.

Il professore era, senza dubbio, un rivoluzionario per vocazione; un uomo di rottura con un passato stanco, sterile e di coraggiosa sfida al futuro.

Per Ajello il problema della storicità del diritto era riconducibile a un motivo ben preciso, ovvero alle difficoltà che hanno avuto le organizzazioni politiche ad uscire dal medioevo, senza demolire i valori sociali.

Il filo rosso che unisce il suo pensiero alla sua produzione si riscontra nella lotta contro il formalismo, con la speranza di aprire un nuovo scenario verso una concezione del diritto come prodotto della dialettica tra il sociale e la politica. Come si legge nei *Quaderni Fiorentini*<sup>13</sup>, un formalismo che, secondo l’autore, fonda le sue radici già nell’epoca dell’Illuminismo, che si propose come soluzione formale al problema della definizione del

---

<sup>11</sup> R. Ajello, *Il Collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medioevale e moderna*, Napoli, 2002, pp. 169-170.

<sup>12</sup> R. Ajello, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli Jovene, 1976.

<sup>13</sup> R. Ajello, *Formalismo e storia del diritto moderno*, in *Quaderni Fiorentini*, I, 1972.

diritto. Una tradizionale visione illuminista che aveva investito ogni dimensione della cultura: dal diritto, alla giustizia fino ad arrivare alla letteratura forense.

Il professore non nutriva un sentimento positivo per l'Ottocento, perché lo riteneva il secolo dell'idealismo, che aveva spianato la strada ai totalitarismi e alle guerre del Novecento.

La critica mossa da Ajello prende avvio dalla necessità di ribaltare la diffusa concezione del diritto tipica del periodo illuminista: per l'autore quel momento storico aveva ricondotto il diritto ad una mera scienza intrinsecamente politica, pertanto non anche giuridica.

La storia del diritto era, dunque, trascurata della sua stessa storicità. Tanto nel periodo medioevale, quanto in quello umanistico, la concezione del diritto diffusasi, la vedeva come la scienza dei valori oggettivi. Una scienza in cui la volontà dei singoli aveva un campo limitato: contava solo il volere degli addetti al culto, come un'interpretazione di strutture oggettive a priori, un complesso di dottrine e sistemi giudiziari che sono al servizio dei potenti, bloccandone la sua produttività. In buona sostanza, le opere del pensiero giuridico illuministico, contribuirono a cogliere la natura politica e fittiziamente tecnica della giustizia.

Questo modo di pensare, sia le tecniche del pensiero che la scienza, doveva subire una profonda revisione, alla luce della sola tecnica acquisitiva che dava affidamento: l'esperienza. Da qui, si ricollega, per l'autore, anche il ruolo che deve assolvere lo storico del diritto. Quest'ultimo, per Ajello, relativizza i problemi, diviene custode della realtà dei fatti, ricostruisce il modo di rapportarsi del soggetto all'oggetto, che è un elemento peculiare di ogni epoca, aperto alla ferma convinzione che è tutto cangiante nella storia, relativo e privo di verità assolute.

L'atteggiamento ideale è di tipo metodologico, cioè rivolto allo studio della società attraverso le vicende che l'hanno caratterizzata, e non alla scelta teorica ed astratta di schemi predeterminati. La scienza giuridica, dal medioevo fino all'illuminismo, era stata assoggettata a strutture giuridiche immutabili e dall'identificazione di tali strutture con quelle elaborate dalla tradizione romanistica.

“Credere ad un diritto espresso una volta per sempre in strutture suscettibili soltanto di marginali sviluppi, ma formalmente definite da tempo immemorabile, è il riflesso dell'incapacità delle istituzioni attuali a compiere il loro ufficio; di suscitare l'osservazione delle continuità sociali”<sup>14</sup>.

È compito della società civile e del suo spirito critico ricordare ai loro rappresentanti le radici della loro ragion d'essere e dei fini del loro agire.

---

<sup>14</sup> R. Ajello. *Formalismo e storia del diritto moderno*, Quaderni fiorentini, I, 1972, pag. 17.



## 2. *Il principio di legalità*

Secondo la visione di Ajello, che in questo modo contraddice quella di Paolo Grossi, il principio di legalità rappresenterebbe, oggi più che mai, la massima espressione e garanzia della libertà, tale da fare della legge il vero strumento del popolo. Se si volesse rappresentare brevemente il significato del principio di legalità, si potrebbe riprendere il brocardo “la legge è uguale per tutti” e il corollario “tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge”. Dalla lettura di queste espressioni, si evince in prima battuta quello che è il suo significato più intimo, che si pone in stretta correlazione con i concetti di garanzia e di certezza del diritto.

Più genericamente, può dirsi che il principio di legalità assume una duplice valenza. Dapprima, la legalità intesa come affermazione ideologica, secondo la quale la potestà punitiva dello Stato deve trovare nella legge una regolamentazione certa, che consenta di limitare l'arbitrio del potere politico e renderne controllabile il suo esercizio. In questo senso, il principio di legalità assume un contenuto principalmente politico. Poi, legalità intesa con una marcata connotazione tecnica -giuridica, per far sì che i comportamenti costituenti reato siano il risultato di un'enunciazione legislativa razionale, per permettere che l'illiceità di una data azione umana sia percepita da tutti i consociati nel modo più chiaro possibile e, di conseguenza, limitare che la legge sia oggetto di un'interpretazione vaga. Due concetti che univocamente si riassumono in quello di certezza del diritto, tanto per i cittadini o comunque per tutti i suoi destinatari, quanto per i giudici che lo devono applicare.

Nonostante lo spiccato ruolo che oggi assume il principio di legalità, le sue radici si radicano in un lontano passato.

Sebbene il principio di legalità e lo Stato di diritto abbiano assunto la loro formulazione a partire dalla fine del XVIII secolo, tale principio è riconducibile già all'età arcaica. A partire dal V secolo a.C. si svilupparono, infatti, le concezioni che contrapponevano il diritto della polis al diritto degli Dei, ma anche le teorie dei filosofi sul ruolo della legge che per tutto il periodo classico saranno debitrice alle opere di Platone e Aristotele e la disputa che vedeva contrapporsi il governo delle leggi e il governo degli uomini.

La storia del pensiero giuridico, dai Greci sino a oggi, è dominata dalla distinzione tra diritto naturale e diritto positivo. Da questa differenziazione iniziarono a diffondersi le diverse scuole di pensiero, ovvero il giusnaturalismo e giuspositivismo. Il diritto naturale, contrapposto al diritto positivo, riceve il suo significato dal termine 'natura', intesa originariamente e prevalentemente come l'insieme degli enti che hanno in se stessi, secondo la definizione di Aristotele, il principio del loro movimento; nascono e si sviluppano in conformità a leggi non

poste né modificabili dall'uomo. Quando questi invece comincia a prendere coscienza della posizione rivestita nel mondo assieme a tutto ciò che lo circonda, si sviluppa la dottrina del diritto positivo. Tutti argomenti antitetici rispetto alla concezione naturale del diritto.

Usando la terminologia oggi corrente, secondo cui all'universo della natura si contrappone l'universo della cultura, la distinzione tra le due specie di diritto si risolve nella distinzione fra il diritto che appartiene all'universo della natura e il diritto, chiamato in seguito diritto positivo, che appartiene all'universo della cultura. Da qui i Greci si posero il problema della definizione del diritto, ovvero iniziarono a chiedersi se esso sia naturale o convenzionale. La risposta fu che il diritto è tanto naturale quanto convenzionale; pertanto la questione dibattuta è arrivata sino ai giorni nostri.

Tutto il medioevo era pervaso dalla concezione della subordinazione della conoscenza umana alla rivelazione divina, in effetti l'universalismo medioevale non prescindeva dalla sfera religiosa. La legge per Tommaso d'Aquino è la legge eterna, divina, ed è conosciuta dall'uomo perché questi la ritrova nella propria ragione. Essa è valida per sé stessa, per la propria intrinseca razionalità e non modificabile nemmeno dalla volontà di Dio.

La crisi strutturale trecentesca ha permesso l'avvio di un rinnovamento a livello di coscienza collettiva, di una nuova visione del ruolo dell'uomo nella società: la nascita di un modo nuovo di concepire la realtà è rinascita della visione classica del mondo.

Anche dopo l'epoca medioevale questa situazione di confusione e disordine persisteva, tanto da indurre il giurista moderno ad avviare una ricerca nelle scienze naturali che potesse garantire un nuovo assetto dominato da certezza giuridica, attraverso lo sviluppo di un nuovo concetto del diritto e della legge.

I secoli XVII e XVIII sono pervasi da una grande avventura del giusnaturalismo moderno. La concezione moderna del giusnaturalismo nasce con Hugo Grozio, con la cui opera nasce la filosofia del diritto vera e propria, svincolata dalla dimensione teleologica. Fino a Grozio il diritto derivava da una realtà oggettiva, la natura o Dio, estranea al soggetto umano. Da Grozio in poi il diritto naturale diviene norma umana.

L'emersione storica del principio di legalità si fa risalire anche al pensiero illuministico, come risposta all'illuminismo politico e allo Stato di Polizia, ovvero come tutela e garanzia del cittadino dagli abusi del potere esecutivo e giudiziario. Il principio di legalità, dunque, era considerato come una verità non contestabile, alla luce di quello che era l'assolutismo giuridico. Il diritto, di conseguenza, era un insieme di leggi generali ed astratte emanate dal potere supremo, generando una situazione di incertezza e confusione.

La giustizia criminale secondo le idee illuministe, veniva spesso amministrata senza chiarezza nella distinzione tra reato e peccato: l'irrogazione della pena era sinonimo di sofferenza, espiazione ed emenda, tipici del concetto religioso, che poi si tramutava nell'inflizione al reo di torture e privazioni. In questo quadro, inoltre, si inseriva una concezione del diritto monista, ovvero prodotto da un'unica fonte quale il potere supremo. Tale principio, infatti, sorge come risposta al potere dell'oppressione dell'*Ancien Règime*, come rifiuto della funzione giurisdizionale, in quanto il magistrato, funzionario del Re, diceva la legge, e la legge proveniva dal Re. Nello Stato assoluto, quindi, il sovrano impone le regole ma è anche giudice di questa applicazione. Il sovrano sovrasta i sudditi, e le regole non sono altro che espressione della sua volontà.

L'assolutismo è certamente rappresentato dal pensiero di Thomas Hobbes. La concezione fondamentale di Hobbes presuppone una visione dell'uomo estremamente individualistica. L'uomo vive come singolo che agisce unicamente in funzione dei suoi interessi particolari, non ha per natura tendenza alla socialità. Trionfano gli egoismi. Per sopravvivere o per vivere in pace e superare la guerra di tutti contro tutti, tipica dello stato di natura, gli uomini stabiliscono tra loro un patto e cedono il loro diritto di autogoverno ad un uomo o ad un'assemblea, ad un sovrano, secondo un contratto che vincola i contraenti a rispettare i patti, ma non il sovrano al quale i diritti di ciascuno vengono concessi ed affidati con facoltà di pieno arbitrio.

In questo contesto illuminista, merita un accenno al pensiero di Paolo Grossi il quale, come si avrà modo di approfondire nel capitolo successivo, si è battuto per il superamento dello statalismo e legalesimo che hanno caratterizzato il Sette e l'Ottocento. Il monopolio statale della produzione del diritto (statualismo) e la risoluzione di tutto il diritto nella legge (legalismo) sono i capisaldi, sui quali poggiava la scienza giuridica, tipici dell'epoca ottocentesca che vengono definite da Grossi come mitologie giuridiche della modernità<sup>15</sup>.

È ovvio, che la compiuta affermazione del principio di legalità, potesse palesarsi solo nel quadro di un mutamento complessivo del rapporto tra Stato e cittadino.

Nello stato di diritto, che viene ad instaurarsi dopo la Rivoluzione francese in molti Stati Nazionali nel corso dell'Ottocento, il sovrano ammette di aver poteri che possono essere limitati in primo luogo dal Parlamento Nazionale, che fa leggi alle quali deve altresì sottostare il potere esecutivo, allora incarnato dal sovrano.

---

<sup>15</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè Torino, 2007, pag. 3.

Fattori di questa idea rivoluzionaria politica e giuridica furono soprattutto i filosofi come Montesquieu e Cesare Beccaria, ai quali si devono le prime elaborazioni teoriche del principio di legalità. Cesare Beccaria infatti affermava che “le leggi sono le condizioni, con le quali uomini indipendenti ed isolati si uniscono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall’incertezza di conservarla”<sup>16</sup>. Le parole di Beccaria vengono considerate una sorta di manifesto, attraverso il quale operare un’attività di limitazione del potere assoluto dello Stato, determinando come limite invalicabile le libertà individuali.

È nel periodo della Francia rivoluzionaria che, agli albori dello Stato di diritto modernamente inteso, all’emersione del principio di uguaglianza dei cittadini si accompagna, nell’ottica delle nuove libertà individuali, il concetto di legalità delle incriminazioni.

Ma la sola sovranità popolare però non basta per una concreta attuazione del principio di legalità. Basti pensare ai regimi dittatoriali in nome del popolo, nati all’indomani della rivoluzione. Imporre regole in nome del popolo, anziché in nome proprio come facevano i monarchi, non è sufficientemente idoneo per cambiare le cose. Qui si colloca infatti l’insegnamento di Montesquieu, secondo il quale, affinché possa dirsi che le cose siano effettivamente cambiate, occorre operare una effettiva distribuzione dei poteri a soggetti diversi, difatti quando il potere di legiferare e quello di dare esecuzione alle leggi sono riuniti nella stessa persona o nello stesso organo dello Stato, non esisterebbe libertà, perché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso Senato creino leggi tiranniche per tirannicamente eseguirle.

Tradizionalmente, si possono dividere i poteri in tre grandi aree: il potere esecutivo, legislativo e giudiziario. Essi spettano, rispettivamente, al governo, al parlamento e alla magistratura.

A dispetto di quello che è oggi, in passato, come sopra approfonditamente evidenziato, i tre poteri erano concentrati nelle mani di un solo sovrano: lo Stato. Questo, quindi, deteneva il potere politico in modo assoluto, pertanto dava esecuzione alle leggi, le legiferava e, in più, ne controllava la loro applicazione. Il principio di legalità, pertanto, può dirsi intrinsecamente collegato al principio della separazione dei poteri. La separazione dei poteri nasce, altresì, come risposta ai soprusi e all’arbitrio del potere politico, attuati proprio per mezzo del controllo assoluto realizzato mediante la concentrazione dei poteri politici in un solo soggetto. Montesquieu idealizzò per primo il nuovo modo di concepire la legalità nell’ottica di un

---

<sup>16</sup> C. Beccaria, *Dei diritti e delle pene*, Bassano, A spese ramondini di Venezia, 1764, pag. 32.

principio che garantisse la separazione dei poteri, ma il suo pensiero non fu l'unico, poiché fu seguito anche da altri filosofi e giuristi. Si può fare un cenno, ad esempio, al filosofo inglese John Locke, il quale sostenne l'importanza della separazione dei poteri e evidenziò gli effetti positivi ai quali fanno seguito.

Sulla scia di quanto approfonditamente hanno sostenuto i più grandi storici del diritto, oggi infatti, la genesi del principio di legalità nello schema di un più ampio fenomeno di trasformazione dell'assetto statale, cui si ricollega il superamento dell'assolutismo e la nascita dello Stato moderno, spiega la sua intima connessione con il concetto di divisione dei poteri: la legalità esprime, anzitutto, l'esigenza di un accentramento delle politiche criminali nel potere legislativo e la sua contestuale sottrazione al potere esecutivo ed a quello giudiziario, con l'obiettivo di contenere il rischio di disuguaglianze ed abusi. Questo assetto trova la sua massima espressione nello Stato democratico contemporaneo. Ecco perché il principio di legalità ha, oggi, rilievo costituzionale: la legalità rappresenta, in un sistema giuridico com'è il nostro, non soltanto un vincolo per il giudice ma anche un limite per il legislatore.

Il concetto di sovranità si rafforza maggiormente nelle Costituzioni liberali e democratiche.

Quanto al nostro ordinamento, prima della formazione dello Stato unitario, il principio era enunciato dall'art. 26 dello Statuto albertino del 1848 e comparve in alcuni codici emanati negli anni successivi alla Restaurazione. Dopo l'unificazione venne affermato in tutti i territori del Regno, per effetto dell'estensione del codice sardo piemontese del 1859.

Il codice Zanardelli del 1889, destinato ad applicarsi in tutto lo Stato italiano, lo sanciva all'art. 1 con una formulazione scritta negli stessi termini nell'art. 1 del codice penale del 1930. Il regime fascista, dunque, con un apparato punitivo ispirato a logiche opposte rispetto a quelle liberali, riproponeva il principio negli stessi termini, poiché, svuotata l'assemblea parlamentare di ogni potere e professata la sua dimensione prettamente tecnica, potendo essere facilmente strumentalizzato per fini autoritari. Sotto la copertura del rispetto formale del principio di legalità, infatti, poteva creare incriminazioni finalizzate alla conservazione del potere e all'annientamento dell'opposizione politica.

La Carta costituzionale del 1948, invece, sotto un profilo garantista e democratico, ha accolto all'art. 25 co. 2 e 3 il principio di legalità delle pene e delle misure di sicurezza

Il principio di legalità, dunque, si sviluppa sotto due ordini di aspetti: quello costituzionale e quello penale.

Sotto il primo aspetto, l'emblema della legalità è garantito dalla disposizione di cui all'art 25 Cost. comma 2, il quale recita "*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge*

*che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”, mentre il comma 3 stabilisce che *“Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*. In questi termini, inevitabilmente il principio di legalità deve essere letto alla stregua del principio della separazione dei poteri. Se il fine ultimo dello Stato è quello di garantire le libertà necessarie, è fondamentale che il potere politico sia ripartito tra diversi corpi e strutture organizzative, segmentato in diverse funzioni attribuite a vari soggetti, perché se si concentrassero i poteri nelle mani di un solo soggetto si sfocerebbe all’arbitrio.

Sotto il secondo aspetto, ossia quello penale, il principio di legalità viene tipizzato, sulla falsariga del Codice Zanardelli, all’interno del codice del 1930 (Codice Rocco), il quale prevede all’art. 1 *“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”*. Ulteriore garanzia di una affermata legalità è rappresentato dall’art 199 codice penale in materia di misure di sicurezza, in base al quale *“nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”*.

Tali principi costituiscono il punto di riferimento per il sistema penale non solo interno, ma anche internazionale e comunitario. Nell’ambito europeo, il principio di legalità è cristallizzato nell’art. 7 della CEDU, che così recita *“Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”*, e nell’art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, per cui *“nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”*.

Una delle prime formulazioni compiute del principio di legalità, a livello internazionale, viene comunemente individuata, proprio nel contesto rivoluzionario, nell’art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789. L’art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall’Assemblea delle Nazioni Unite, ed entrato in vigore il 15 dicembre 1978 (l. 25 ottobre 1977, n. 881) statuisce anch’esso il principio di legalità, affermando che *“nessuno può essere punito per azioni od omissioni non costituenti reato secondo il diritto nazionale o internazionale al momento in cui sono state commesse, né con pena più grave di quella prevista al momento del fatto”*. Il principio di legalità è affermato altresì agli artt. 22, 23 e 24 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato dalla Conferenza delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998 e ratificato dall’Italia con l. 12 luglio 1999, n. 232 5. Infine, il Trattato di Lisbona, sottoscritto il

13 dicembre 2007, sostituendo l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, ha espressamente previsto l'adesione dell'Europa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo 6 e ha riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali.

Nel principio di legalità la parola chiave, certamente, è legalità, che a sua volta deriva da legge. La legge che nel suo ampio significato, può essere inteso, in questa sede, sia come norma vincolante sia come atto che esprime la volontà del popolo.

Il principio di legalità nelle democrazie parlamentari, si è affermato assumendo una portata generale, sia nella sua accezione formale che sostanziale. La legalità diventa formale quando la legge, qualunque sia il suo contenuto, si impone al di sopra di ogni altro atto. Assume, quindi, natura formale, poiché considera reato soltanto la condotta che è formalmente descritta in una legge. La legalità intesa in senso sostanziale storicamente si rinviene negli Stati totalitari, com'è accaduto, ad esempio, nel periodo della Germania nazista o in Unione Sovietica: l'individuazione dei comportamenti criminosi avviene sia per mezzo del legislatore, sia per iniziativa del giudice. Questo modo di concepire la legalità sostanziale consente che siano considerati reati fatti socialmente pericolosi, indipendentemente dalle previsioni di legge. Comporta, pertanto, la punibilità di azioni pericolose, anche se non previste dalla legge come reato; viceversa esclude la punibilità per azioni espressamente incriminate dalla legge e socialmente non pericolose. Il carattere della criminalità è dato, quindi, dalla pericolosità sociale. Il principio di legalità sostanziale implica, dunque, una nozione sostanziale di reato idonea a criminalizzare tutto ciò che offende l'ordine sociale di un determinato Stato.

Nel nostro ordinamento, esso deve essere inteso in senso misto, formale e sostanziale insieme, giacché individua ogni reato che, oltre ad essere previsto dalla legge come tale, sia anche conforme ai principi costituzionali.

Il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, creato da Ulpiano, impone che nessuno possa essere condannato per un'azione che non era prevista come reato al momento della commissione del fatto: la legge penale non ha valore se non per l'avvenire e non può applicarsi a fatti anteriori alla sua entrata in vigore.

Tradizionalmente il principio di legalità, in materia penale, viene ripartito in tre sotto - principi: la riserva di legge, la tassatività e l'irretroattività.

La riserva di legge rappresenta la proiezione più immediata ed intuitiva del concetto di legalità. Essa è prevista all'art 25 Cost, che riferendosi alla legge, individua quest'ultima come l'unico possibile strumento di normazione in materia penale. Si tratta dell'estrinsecazione più immediata della legalità: il riferimento costituzionale alla legge consegue, nello stesso tempo, l'effetto di sottrarre il tema dei delitti e delle pene dalla competenza del potere esecutivo e di

escludere che le incriminazioni possono essere frutto del mero potere creativo del giudice. La sua funzione è quella di esaltare la legge, quale unica fonte formale delle incriminazioni. In quest'ottica, la riserva di legge è sintesi di quell'aspetto della legalità che mira a limitare l'ingresso del potere esecutivo nell'ambito della politica criminale, le cui scelte spettano al parlamento.

La riserva di legge ha un duplice significato: vieta alle fonti subordinate alla legge di disciplinare gli oggetti ad essa riservati; impone al legislatore di disciplinare in modo completo quei medesimi oggetti. La ricezione del principio di riserva di legge nella Carta fondamentale della Repubblica comporta la sua riconversione in elemento fondamentale dell'assetto democratico: vale a dire, presupposto necessario a caratterizzare sul piano formale la democrazia penale.

Anche nel contesto della riserva di legge, ritorna il principio della separazione dei poteri, poiché la legalità si incardina nel modello della divisione del potere. Da un lato, infatti le scelte della criminalizzazione spettano al Parlamento; dall'altro si sancisce il giudice tecnico come terzo imparziale *super partes* rispetto agli altri soggetti processuali.

Il principio di tassatività ha come destinatari sia il legislatore che il giudice, attiene perlopiù il rapporto tra precetto e sanzione. È una regola per la costruzione degli effetti della incriminazione, cioè un principio tecnico di imputazione della pena; postula che la norma penale sia a fattispecie esclusiva, al fine di realizzare una perfetta corrispondenza tra situazione punita ed effetti penali. Tale principio assolve una duplice funzione: il divieto di analogia in materia penale e la sufficiente determinatezza della legge. Quanto al divieto di analogia in *malam partem* in materia penale determina che l'interprete non può spingersi, nella sua attività di applicazione del diritto, fino a sottoporre alla norma incriminatrice fatti e situazioni che la stessa non comprende. Quanto alla determinatezza, l'esigenza assoluta dal principio si riscontra nella certezza del contenuto delle norme incriminatrice, in modo tale da scongiurare qualsiasi interpretazione vaga o indeterminata. Tale carattere attiene sostanzialmente il rapporto tra precetto e fatto. La determinatezza attiene all'ambito delle tecniche di formulazione delle fattispecie incriminatrici, che per loro attitudine devono descrivere e delimitare adeguatamente il campo dell'illiceità.

Il principio di irretroattività, infine, attiene alla vigenza della legge penale del tempo. può considerarsi un riflesso diretto del principio di legalità: il diritto deve disporre unicamente per il futuro, ovvero deve disciplinare fatti avvenuti dopo la sua entrata in vigore. Se così non fosse e le incriminazioni potessero essere applicate a fatti commessi precedentemente la sua entrata in vigore, la libertà del singolo subirebbe una menomazione. Uno dei primari aspetti



della legalità, come visto, implica il poter discernere con certezza il lecito dall'illecito, al fine di orientare chiaramente le proprie scelte comportamentali.

L'irretroattività è previsto all'art. 2 del codice penale, secondo il quale “*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato*”. Ognuno ha il diritto di non essere punito per fatti che, nel momento in cui sono stati commessi, non costituivano reato, o lo erano ma con pena più mite. Il principio di irretroattività trova fondamento sul piano politico nel *favor libertatis*, quale garanzia della libertà personale del cittadino nei confronti degli abusi del potere legislativo. Contrariamente, trova applicazione il principio di retroattività della legge penale più favorevole per il reo. Questo trova supporto nel principio del *favor rei*, di cui all'art 2 comma 2 e 4 del codice penale. Il principio di retroattività della legge più favorevole per il reo, anche se non è previsto come tale, per molti conserva indubbiamente rilievo costituzionale, quale specifica proiezione di cui all'art 3 della Costituzione. Apparirebbe infatti fortemente ingiusto, per uno Stato che intende porre i cittadini in una uguale posizione dinanzi alla legge, continuare a istruire processi e a eseguire pene per fatto di reato che, sia pur previsti dalla legge prima della loro commissione, abbiano però cessato di essere penalmente illeciti in quanto espressamente abrogati.

Per concludere dunque, il principio di legalità è un caposaldo del garantismo nelle moderne costituzioni. Salvaguardato, previsto e garantito non soltanto dalla legge nazionale, ma anche dal diritto europeo e internazionale.

Sulla base degli sviluppi storici che tale principio ha subito, in virtù anche del contesto storico in cui si inseriva, si potrebbe guardare alla legalità come un trionfo raggiunto dopo anni di arbitri. Si potrebbe affermare, inoltre, che non potrebbe esserci democrazia né libertà, se non ci fosse il principio di legalità. Se ogni organo dello Stato potesse decidere autonomamente ed emettere provvedimenti vincolanti, in breve tempo, si giungerebbe alle esperienze già vissute in passato, da ultimo con i totalitarismi del Novecento.

## CAPITOLO II - Post modernità

### *1. Il secolo post moderno. La crisi dello stato e della legge.*

Il tempo storico che si colloca tra il 700 e l'800, la cd. Modernità Giuridica, è, secondo Paolo Grossi, principalmente caratterizzato da uno statalismo esasperato. Quando si parla di modernità giuridica si fa riferimento a una civiltà, che trova la sua massima maturità nei secoli XVIII e XIX. Una civiltà elitaria, composta da una classe borghese che trova la sua ferma convinzione che la dimensione socio-giuridica dovesse essere controllata, puntigliosamente, dallo Stato. Quella modernità che si esprime appieno con il momento giacobino della Rivoluzione francese e, sempre in Francia, con l'opera legislativa di Napoleone. Gli effetti di tale visione sono due: da un lato la consacrazione di uno Stato forte e assoluto, sovrano del suo stesso tempo, uno Stato lontano da quello che poi sarà l'ormai legittimato principio di democraticità; e dall'altro la Legge come espressione del potere statale, slegata dalla sua società ed indifferente dinanzi alla sofferenza dei consociati.

Il tempo tra il Sette e l'Ottocento, nel linguaggio grossiano e da un punto di vista socio-politico, può definirsi, appunto, "borghese", ovvero dominato dal suddetto ceto e disegnato su un assetto politico, che a sua volta trova fondamento nella proprietà privata e nella sua tutela; un'età che aumenta le discriminazioni tra ceti sociali, attribuendo e riconoscendo soltanto ai "ricchi" determinati diritti e poteri. Pertanto, l'Ottocento borghese ha diviso in due l'ordinamento: da un lato quello pubblico affidato allo Stato, e, dall'altro, quello privato, invece, affidato al mercato. Lo Stato si astiene dall'inserirsi negli "affari" privati, e si affida al culto di una legge regnante.

Tutto è ricondotto, e riconducibile, alla codificazione; tutto è potenzialmente programmato e inserito all'interno di Codici. In questa prospettiva, la codificazione costituirebbe il punto apicale dell'accentramento del potere nelle mani dello Stato, subordinando l'emanazione della legge alla volontà dello stesso. Da questo punto di vista e con uno sguardo critico, sarebbe più coerente considerare la decodificazione come riscoperta del pluralismo giuridico e sociale, e come il riemergere di un processo di affrancazione della società civile dalla egemonia dello Stato moderno, la cui crisi avrebbe avuto il pregio di liberare le energie sociali represses dal previgente Stato totalitario.

Il Codice, che era la fonte esemplare del momento storico, si presentava quale intelaiatura, astratta e formale, che vincolava, per lo più, la forza politica che l'aveva

voluta. Inoltre, era colto come frutto estremo del monismo giuridico, che individua la legge al di sopra di ogni altra fonte del diritto, con la conseguente condanna di tutte le altre fonti di rango inferiore.

Lo Stato era, dunque, l'unico artefice del diritto, e, pertanto, la Legge consacrava in sé stessa la vera giuridicità, con la diretta ed immediata conseguenza di un sostanziale riduzionismo delle fonti. Il risultato fu, appunto, un riduzionismo impietoso, impeditivo dell'ormai lontano pluralismo giuridico, un'esemplare riduzione delle fonti, riconducibili esclusivamente alla sola legge, che impedì ogni altra forma di autonomia a fonti che rappresentassero la voce della società, e che quindi erano da ritenersi la vera rappresentazione dei fatti e degli accadimenti sociali.

Gli effetti di questa operazione di politica del diritto erano, certamente, vistosi: si raggiungeva un diritto chiaro e certo, abbandonando il carattere della confusione generato dal pluralismo di ogni società. In virtù di queste caratteristiche, non si ammetteva ignoranza e disobbedienza: la norma era chiara e difficilmente fraintendibile, proprio per la sua intrinseca certezza e chiarezza esplicativa. Un simile assetto sarebbe stato in grado di resistere, e quindi dominare, sino a quando lo strato sottostante della società, sempre più in moto alla fine dell'Ottocento, sarebbe rimasto inerte e facilmente calpestabile.

Vi era un filo conduttore tra Stato e diritto: da un lato lo Stato come unico protagonista, unito all'idea dell'infallibilità del legislatore, e dall'altro la produzione del diritto come volontà espressa dello Stato.

Tutto questo stabile ordine giuridico diventa problematico quando, invece, in esso si avverte la necessità di reagire a questa inerzia, quando comincia a manifestarsi una realtà sociale dinamica che avanza pretese turbative per l'assetto giuridico esistente.

La crisi della modernità può essere ricondotta a un duplice ordine di ragioni: da un lato la crisi dell'effettività, dall'altro lo snaturamento dei valori, privati progressivamente della dimensione sociale. Quanto al primo aspetto, si assiste ad una forte tensione tra i valori proclamati e la realtà giuridica vigente. Parallelamente, si assiste allo snaturamento dei valori sociali. Le parole come dignità, diritti, uguaglianza, a livello normativo, assumono un ruolo prevalentemente statico, banalizzando i valori fondamentali tipici di una organizzazione sociale.

Nel medioevo, invece, l'epoca nella quale hanno preso avvio gli studi di Paolo Grossi, l'organizzazione sociale e giuridica si presenta come un diritto senza Stato, progettato e ordito prevalentemente da un ceto coeso di giuristi, senza che un potere politico totalizzante provasse a controllarlo.

In virtù della sua formazione giuridica e verso la fine degli anni Ottanta, Grossi comincia a denunciare l'ormai annunciato tramonto della civiltà giuridica moderna<sup>17</sup>, che aveva fatto del codice e della sovranità della legge i propri vessilli, avvertendo la necessità di troncare di netto la durata della modernità giuridica e di assegnare alla società la propria autonomia rispetto a quest'ultima. Il punto di partenza per operare un siffatto cambiamento si trova nella perdita di centralità dello Stato, a beneficio di un'autonomia sociale, che per troppo tempo era stata soppressa ed era stata ignorata in favore di un apparato giuridico sempre più forte, solitario, circoscritto e attento alla sua sola volontà.

Paolo Grossi aveva, quindi, una visione diametralmente opposta rispetto alla realtà socio-politica affermatasi nell'epoca moderna. Il giurista definisce tale secolo un "artificioso riduzionismo"<sup>18</sup>, poiché la Legge contenuta nei Codici non era direttamente vicina al cittadino, ovvero non era in grado di stare al passo con i mutamenti sociali, ma, anzi, era rigida, impositoria e distante, determinando, come immediata conseguenza, una importante frattura tra Stato e Cittadino. Lo storico del diritto, non voleva fare del Codice un atto di rottura con il passato, una nuova fonte o un nuovo modo di interpretare e contenere la vecchia scienza giuridica reale, ma piuttosto, era fortemente convinto dell'urgenza di un nuovo modo di concepire la produzione del diritto, e quindi l'intero impianto delle fonti.

Ci sono due fuochi intorno ai quali ruota il pensiero di Grossi: da un lato la critica ai dogmi della modernità, dall'altro la speranza di cambiamento realizzabile attraverso il nuovo panorama giuridico, chiamato post modernità.

Per un verso, Grossi auspicava a un rinnovamento della concezione del diritto tipica del periodo moderno, in base alla quale il diritto altro non era se non l'espressione assolutistica della volontà statale. Esso era stato privato della sua fattualità e socialità: era lontano dai fatti e dagli accadimenti caratteristici di una società civile. In questo modo, gli era stato attribuito e riconosciuto un ruolo passivo e statico: veniva concepito come norma-comando, quale volontà del potere politico.

Questa situazione giuridica propria della modernità, poneva le basi per un cambio di mentalità da effettuarsi nel periodo successivo, ovvero nel post-modernità. Per Grossi il diritto doveva essere concepito come una scienza sociale e fattuale: attenta cioè ai fatti che segnano la collettività. Doveva essere superata la visione di norma-

---

<sup>17</sup> P. Grossi, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida, 1980.

<sup>18</sup> P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pag. 3.

comando, in favore di un'interpretazione secondo la quale il diritto è la massima espressione della volontà popolare. Questo nuovo modo di vedere la scienza giuridica trova giustificazione nel fatto che il diritto nasce con il compito di mettere ordine alle controversie che sorgono tra gli uomini. Ed è proprio per tale compito che il diritto trova la sua genesi nelle questioni umane e giuridiche.

Si tratta quindi di attuare un movimento rotatorio che dalla verticalità statale permetta il passaggio all'orizzontalità della società. Grossi, infatti, può considerarsi, infatti, il fondatore della teoria del diritto orizzontale: un diritto che non nasce dall'alto, cioè dal vertice dello Stato, ma dal basso, dall'orizzonte della società nella quale si inserisce.

La nuova forza, il cambio di rotta può aversi solo partendo da due grandi concetti, che secondo Paolo Grossi, sono due capisaldi di uno Stato di diritto, ma che la modernità giuridica aveva completamente rimosso: la dimensione sociale e la dimensione collettiva. La prima coglie il soggetto come creatura relazionale. L'uomo non può essere visto come singolo, come soggetto fine a sé stesso, ma deve creare e coltivare delle relazioni con gli altri, al fine di garantire, alla sua persona, un idoneo processo di crescita e di integrazione, e di arricchirsi anche interiormente, grazie allo scambio con le diverse esperienze con cui viene in contatto. Questi rapporti, oltre a generare uno *status* di beneficio per il singolo, il quale ritrova una sua identità sociale, sono in grado di limitare l'arbitrio, cui è dotata la realtà statale, attraverso l'istituzione di un nuovo ordine politico-giuridico incentrato tutto sulla dimensione umana concepita non come individualità, bensì come collettività. Il riconoscimento della dimensione sociale dell'individuo e quindi il suo ruolo come parte attiva di una società contribuisce a cambiare il modo di concepire il diritto. Questo diviene una scienza sociale, attenta ai bisogni e alle esigenze dell'uomo, in grado di garantire una sistemazione pacifica alle questioni giuridiche sociali. Il potere esercitato dallo Stato per tutta la durata della modernità era di tipo assolutistico, il cui tratto distintivo era quello di non riconoscere alcuna libertà e soprattutto diritti ai cittadini. Grossi, infatti, definisce l'antichità come una società senza Stato<sup>19</sup>, per sottolineare come in quel periodo lo Stato non avesse alcuna connessione con il territorio amministrato. Il potere, per Grossi, poteva essere fermato attraverso la creazione di strumenti che potessero essere intangibili per tutti: il costituzionalismo e la creazione di una Costituzione superiore a tutti, forte e rigida, per la cui importanza nessuno poteva permettersi di infrangerla. Ed infatti, oggi l'articolo 2 della Costituzione Italiana recita: *“È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e*

---

<sup>19</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pag. 11.

*l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*". Spicca in positivo l'esigenza di calarsi nella centralità dell'esistenza quotidiana del *quisquis de populo*, tra i fatti, che saranno pure un fango ma che è il fango nel quale il cittadino, soprattutto il più debole, è immerso. L'attenzione per la fangosità dei fatti ha un significato profondo: è il ritrovare la storicità dell'uomo e del diritto, facendo di essa il perno attorno a cui deve modellarsi l'intero ordine giuridico. Solo in tal modo si rende veramente il diritto una reale e imprescindibile risorsa dell'uomo concreto.

La dimensione sociale, inoltre, fa sì che il soggetto non venga colto unicamente come titolare di diritti, ingigantendo oltre misura il suo egocentrismo, ma, altresì, di precisi doveri, ineliminabile conseguenza di una sua recuperata socialità. La dimensione collettiva, invece, volge lo sguardo ai rapporti sociali, che non devono essere concepiti come elementi disarticolati o disorganici, ma come unità collegate in grado di congiungere i vari rami di cui si compone una società: la dimensione religiosa, economica, lavorativa e quella politica.

Lo storico del diritto fiorentino si pone dunque in contrasto con i due pilastri dello Stato di diritto ottocentesco: il principio di separazione dei poteri e il principio di legalità. In particolare, Grossi evidenzia come la cultura giuridica di quel tempo abbia dato vita a un assolutismo giuridico rigido e gerarchico, in cui il potere politico si pone come l'unico detentore del diritto, mentre la società ha un ruolo meramente passivo. La finalità di un siffatto Stato, alla stregua del principio di legalità inteso in questo senso, è quello di creare un potere legislativo potestativo, quale espressione della sola volontà statale, e non anche sociale.

La particolare realtà storica-giuridica rileva anche, e soprattutto, nel passaggio tra l'800 e il 900, il momento della massima espressione, e scoperta, della complessità del diritto, che incide negativamente sulla corazza creatasi dall'assolutismo giuridico. Grande periodo storico, specie per l'Italia, poiché quest'ultima sembra attraversare un grande rivoluzione, una inedita esplosione di mutamenti, in virtù dei quali il tradizionale apparato monoclasse cede il posto ad un assetto pluralistico.

Lo statalismo è ormai diventato una realtà difficile, ma necessaria, da sradicare: una burocrazia orientata all'adempimento delle norme piuttosto che incentrata sulla produzione di risultati.

Gli eventi che costellavano tale periodo furono propulsivi per un cambio di tendenza, sintetizzabile nell'espressione "sempre più società, sempre meno Stato".

La difficile realtà diviene oggetto di riflessione per Santi Romano<sup>20</sup>, un grande ricercatore e docente nel campo del diritto pubblico positivo. Santi Romano, uomo che veniva da un passato caratterizzato dalla certezza del diritto, passato chiuso alla confusione giuridica, al dinamismo e ai razionalismi, disse che in Italia si stava consumando una profonda crisi, che aveva come protagonisti principali, lo Stato e il diritto, ovvero l'ordinamento giuridico. In un contesto così critico, Santi Romano, che può ritenersi il fondatore della teoria cd. istituzionalistica, partiva dall'assunto che ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa, ovvero ogni istituzione è un ordinamento giuridico. Lo storico quindi credeva fermamente al pluralismo giuridico, affermando che esistono tanti e diversi ordinamenti giuridici. Istituzionalismo e pluralismo sono le parole d'ordine della teoria del diritto di Santi Romano.

L'ordinamento rappresentato dal giurista, non coincide, certamente, con quello immaginato dell'austriaco Hans Kelsen, secondo il quale si potrebbe pensare all'ordinamento giuridico come una piramide con struttura gerarchica, al vertice della quale si pone un'unica norma fondamentale (cd. Grundnorm). Il filosofo austriaco si contrappone, appunto, alla teoria pluralista, perseguendo invece una visione monista: l'ordinamento è solo uno, esso funge da elemento di coesione, sulla cui base si sviluppa una ulteriore società giuridica, dando vita a piccoli ordinamenti che, però, rimangono legati alla norma principale.

L'idea centrale di Kelsen è la dottrina pura del diritto<sup>21</sup>. L'aggettivo "pura" non stava ad indicare né una dottrina ideologica (come il giusnaturalismo) né empirica (come il realismo). La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Essa vuole conoscere esclusivamente ed unicamente il suo oggetto e cerca di rispondere alla domanda cosa e come è il diritto, non però alla domanda com'esso dev'essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non politica del diritto.

Secondo Kelsen era necessario separare il diritto dalla natura da un lato, e dalla morale e dalla politica dall'altro. Kelsen arriva quindi alla conclusione che solamente se vengono attuate queste due separazioni si può ottenere una dottrina pura del diritto.

Kelsen separa il diritto dalla morale poiché hanno una diversa struttura. Il diritto è un giudizio ipotetico eteronomo, la cui caratteristica specifica è di qualificare un fatto naturale come atto giuridico ricollegando quel fatto naturale (fattispecie concreta) a una fattispecie generale e astratta presente nella norma giuridica imposta dal Legislatore. La norma giuridica non è un fatto naturale ma è un fatto oggettivo poiché si stacca dalla volontà di chi l'emana

---

<sup>20</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Napoli, Quodlibet, 2018.

<sup>21</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. Einaudi, Torino, 1952.

diventando indipendente durante l'atto psichico che la genera. Una norma è valida anche indipendentemente dal suo valore etico-politico: una norma di legge, per essere una norma giuridicamente valida, anche se è del tutto ingiusta o senza efficacia, basta che sia emessa in modo conforme alla Costituzione; la validità della singola norma infatti, è costruita in base a un criterio puramente formale. Quando parliamo delle norme costituzionali, si deve determinare che non esistano altre norme al di sopra della Costituzione.

La norma nasce da un fatto naturale (la norma è una categoria che non esiste in natura, ma è un prodotto intellettuale) ed è collegando questo fatto naturale a una fattispecie generale e astratta attraverso il nesso di imputazione che questo si qualifica come atto giuridico. Quindi ciò che qualifica il fatto naturale in atto giuridico è il significato oggettivo/giuridico imposto dal Legislatore e contenuto in una norma sul fatto naturale. Il diritto è un fenomeno sociale la società è però un oggetto completamente diverso dalla natura essendo un nesso del tutto diverso di elementi, e, se la scienza del diritto non deve confondersi colla scienza della natura, il diritto dev'essere allora staccato il più chiaramente possibile dalla natura.

I punti essenziali di Kelsen in merito alla norma giuridica e alla Costituzione possono essere così riassunti: la *Grundnorm* non è posta, ma presupposta; essa è l'estremo fondamento di validità della costituzione e dell'ordinamento.

In altre parole, se fosse posta, non sarebbe suprema, cioè fondamentale. In tal caso, infatti, sarebbe stata un'autorità a parola, la quale – a sua volta – avrebbe agito in base a un'altra norma, e così via. Per arrestare il regressus ad infinitum occorre, dunque, definire la norma fondamentale come presupposta, ossia come esistente nel pensiero e non già sul piano delle volizioni concrete, degli atti umani percepibili coi sensi nel mondo reale. In quanto norma fondativa presupposta, la Grundnorm “*istituisce la fattispecie fondamentale per la produzione del diritto; in questo senso, la si può designare come costituzione in senso logico giuridico, per distinguerla dalla costituzione in senso giuridico-positivo. È il punto di partenza di un procedimento: il procedimento di produzione del diritto positivo*”<sup>22</sup>.

Occorre menzionare brevemente anche l'idea di Stato secondo Thomas Hobbes<sup>23</sup>. Hobbes pensa che lo Stato sia un prodotto artificiale dell'uomo e che, prima del patto sociale che lo istituisce, la condizione naturale degli uomini sia quella di tutti contro tutti. La consapevolezza del fatto che il male comune richiede un rimedio comune

---

<sup>22</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960; trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pag. 223.

<sup>23</sup> T. Hobbes, *Il leviatano*, 1651, trad. it. Di G. Micheli, La nuova Italia, Firenze, 1976.



è ciò che fa sorgere la morale, che proibisce di fare ad altri ciò che non si vorrebbe fosse fatto a sé stessi, e lo Stato, il quale nasce da un contratto in base al quale gli individui cedono ad una forza sovra-individuale il loro diritto naturale e rinunciano a esplicare la propria volontà di domini. Per garantire il rispetto del patto non sono sufficienti né la morale né il desiderio di pace: è necessario che l'uso della forza al quale i singoli rinunciano sia ad essi definitivamente lasciato allo stato stesso, che la esercita nell'interesse di tutti senza doverne rendere conto a nessuno. Perciò, nonostante l'esistenza delle leggi di natura (come la giustizia, l'equità, la modestia, la misericordia) se non è eretto un potere o se non è abbastanza grande per garantirne il rispetto, ogni uomo può contare solo sulle proprie forze e sulla propria arte. La sola via per erigere un potere comune che possa essere in grado di difendere gli uomini dall'aggressione e dalle ingiurie reciproche, è quella di conferire tutti i loro poteri e tutta la loro forza ad un uomo o ad un'assemblea di uomini che possa ridurre tutte le loro volontà, per mezzo della pluralità delle voci ad una volontà sola. Così che la moltitudine unita in una sola persona viene chiamato Stato, in latino Civitas.

Hobbes si occupa anche della distinzione tra le leggi fondamentali e non fondamentali. La legge fondamentale è quella che, ove venga abolita, lo Stato cade e si dissolve completamente. Pertanto una legge fondamentale è quella in forza della quale i sudditi sono tenuti a sostenere ogni potere dato al sovrano, senza il quale lo Stato non possa sussistere. La legge non fondamentale è quella la cui abrogazione non comporta la dissoluzione dello Stato.

Il concetto di post-moderno non ha un significato univoco, infatti per taluno è il ritorno al premoderno<sup>24</sup>, ovvero la fine della lunga parentesi della modernità giuridica. La riflessione sul postmoderno nasce dunque con lo scopo di cogliere lo spirito dei tempi, di spiegare il presente, tracciandone una mappa che segua allo stesso tempo i mutamenti della realtà materiale e dell'immaginario. Postmoderna è l'epoca in cui è venuta meno la fiducia tipica del moderno in un progresso lineare e illimitato e in un racconto filosofico, razionale e unitario capace di restituirlo.

La locuzione "diritto postmoderno" è utilizzata facendo riferimento al diritto vigente, ed è diventata di uso comune per i più grandi studiosi di ogni branca del diritto, ivi compresa la filosofia del diritto.

In Italia il postmodernismo filosofico ha conosciuto una sua versione locale che va sotto il nome di "pensiero debole". Vattimo e Rovatti affermano che il pensiero debole si deve intendere essenzialmente "come uno slogan polivalente e dai confini non segnati, ma che

---

<sup>24</sup> G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, I, Roma, 1984, pag. 123.

fornisce un'indicazione" - ossia l'indicazione che "la razionalità deve, al proprio interno, depotenziarsi, cedere terreno, non aver timore di indietreggiare verso la supposta zona d'ombra, non restare paralizzata dalla perdita del riferimento luminoso, unico e stabile, cartesiano"<sup>25</sup>.

Una delle definizioni più chiare che troviamo nel libro è quella che ci viene da uno dei sociologi, Franco Crespi<sup>26</sup>. Per Crespi il pensiero debole si identifica con il pensiero consapevole dell'assenza di fondamento: "la consapevolezza circa i limiti del sapere viene infatti a contrapporsi all'esperienza *forte* del pensiero caratterizzata dal possesso della verità e del fondamento assoluto, e incrina radicalmente le basi della legittimazione del potere e della norma" Più in particolare, questa consapevolezza, da parte del sapere, dei limiti del sapere si specifica, secondo Crespi, nel riconoscimento "della fine di ogni prospettiva di un avvento futuro dell'essere" e qui ritorna il tema postmoderno, lyotardiano, della fine dei "grands recits"; nella denuncia del "carattere metafisico" dei modelli neopositivisti di tecnologia sociale

Nel 1979 Jean-François Lyotard pubblicava *La condizione postmoderna, Rapporto sul sapere*, libro con il quale introduce il dibattito filosofico sul postmoderno. In questo scritto Lyotard infatti denuncia la delegittimazione dei grandi sistemi speculativi ed emancipativi (in particolare il sistema hegeliano e quello marxista) sviluppatisi sull'idea del progresso dell'umanità e sulla concezione cumulativa del sapere, facendo leva per la propria argomentazione proprio sul concetto, introdotto dalla modernità, di nuovo inteso come "rottura" con il passato. Lyotard afferma che l'attuale condizione del sapere può essere chiamata "post-moderna" perché "designa lo stato della cultura dopo le trasformazioni subite dalle regole dei giochi della scienza, della letteratura e delle arti a partire dalla fine del XIX secolo". Le "grandi narrazioni" e la loro funzione formativa perdono il loro senso: "la funzione narrativa perde i suoi funtori, i grandi eroi, i grandi pericoli, i grandi peripli ed i grandi fini". Siamo ormai dispersi in "una nebulosa di elementi linguistici", insieme narrativi, denotativi, prescrittivi, descrittivi, ecc. e dobbiamo confrontarci con una "pragmatica delle particelle linguistiche" alla ricerca di una nuova "legittimazione", che eviti il nichilismo e, anzi, raffini "la nostra sensibilità per le differenze" e rafforzi "la nostra capacità di tollerare l'incommensurabile"<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> G. Vattimo, P. A. Rovatti, *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Torino, Feltrinelli, 1983, pag. 10.

<sup>26</sup> G. Vattimo, P. A. Rovatti, *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Torino, Feltrinelli, 1983, pag. 244.

<sup>27</sup> J. F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, 1979, trad. it. C. Formenti, Collana: I nuovi testi, Milano, Feltrinelli, 1981, pag. 5.

Un “post moderno”, che Paolo Grossi non nasconde essere un periodo di transizione e incertezze, dove il pensiero sempre più frequente del pluralismo non implica soltanto l’effetto della inadeguatezza della legge, ma anche l’esigente perdita della sua autorità<sup>28</sup>.

Rispetto all’espressione post-modernità, l’autore ha palesato un duplice, e contrastante, sentimento: se da un lato, nutre un disagio, dovuto al fatto che tale termine si presenta senza un contenuto specifico; dall’altro ha la ferma convinzione che il Novecento sta andando verso una nuova dimensione, ovvero si stava determinando un nuovo scenario, connotato da caratteri di novità e diversità.

Sui grandi e profondi insegnamenti di Santi Romano, Paolo Grossi definisce il periodo post- moderno un momento caratterizzato dalla crisi dello Stato, della Legge e dell’assetto gerarchico delle fonti. Una crisi che, però, per lo stesso autore, non ha necessariamente una accezione negativa o una visione pessimista, poiché sostiene che la crisi sia fonte di cambiamento, innovazione e mutazione, e che tali eventi possono avere effetti positivi, ovvero costituire un precedente, una benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progresso. Grossi eleva la crisi dello Stato moderno a sorta di rivoluzione copernicana

Sotto il primo aspetto, Grossi ritiene evidente che la produzione normativa non possa essere monopolio degli Stati nazionali, i quali devono dividere la loro funzione legislativa con altri soggetti pubblici interni, quali enti territoriali, autorità amministrative; ma anche esterni, come il mondo europeo e internazionale<sup>29</sup>.

Sotto il profilo della Legge, lo Stato non può definirsi soggetto unico del diritto, altrimenti la legge non è fatta e pensata per i cittadini, ma per lo stesso Stato.

Secondo l’autore, dopo decenni di dominio della legge intesa come unica e sola espressione della volontà statale, il diritto doveva slegarsi dalla “pigrizia” che la caratterizza e, di conseguenza, abbandonare la convinzione che lo Stato sia l’unico soggetto a creare norme giuridiche. Il castello delle certezze perdeva sempre più campo.

Alla frattura tra “alto” e “basso” che, rispettivamente, rispecchiava la spaccatura tra Stato e società, doveva sostituirsi un tempo moderno, rappresentato come un processo complicato per l’affermazione di un nuovo e distinto ordine giuridico. In altre parole, il medioevo era considerato un “blocco”, mentre la modernità un “percorso” in divenire, che sfocia nel periodo post-moderno, il quale pone le basi per una nuova rinascita, conclamata con l’avvento del Novecento.

---

<sup>28</sup> P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, pag. 106.

<sup>29</sup> P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

Secondo Grossi, occorre partire dalla premessa che il diritto è cemento importante per il potere politico e che, al tempo stesso, il potere politico è interessato al mondo del diritto<sup>30</sup>. La conseguenza di questo rapporto, quasi simbiotico, è certamente il monopolio che il potere politico esercita sul diritto, che a sua volta diviene legge. La legge, dunque, secondo Paolo Grossi, è la dichiarazione di volontà di tutti coloro che sono investiti di quel potere politico, è sempre stata concepita come un atto supremo di autorità. Nell'epoca rivoluzionaria, esisteva proprio questa considerazione della legge: il diritto è legge, che a sua volta diviene tale ciò che il potere politico definisce legge. Quindi, solo la legge era in grado di esprimere la volontà generale.

Forte di questo momento, Grossi si fa carico dei migliori contributi offerti da La Pira<sup>31</sup> e Togliatti<sup>32</sup>, mostrando la volontà di demolire la muraglia cinese costruita fra società e diritto durante la modernità e riscoprire la natura autentica di questo come ordinamento della società, recuperando quella antichità che lo statalismo moderno aveva, per un verso, depauperato, e per l'altro verso, profondamente alterato.

La rivoluzione francese ebbe un ruolo determinante, in questo senso, poiché affidò nelle mani dei “forti” il potere di codificare, di racchiudere in un testo normativo la volontà generale, che però non rispecchiava quella popolare. I cittadini non vedevano lo Stato come loro rappresentante, ma anzi erano, e si consideravano, sudditi, sottoposti alla volontà dei potenti.

L'idea di Grossi ha il pregio di connotarsi in termini di selettività razionale e di intrinseco merito. La caratteristica del suo pensiero risiede essenzialmente nell'idea di utilizzare il metodo della meritevolezza<sup>33</sup>, lo stesso rinvenibile nel capoverso dell'articolo 1322 del codice civile, in cui i fatti e gli interessi umani convergono unitariamente nel crogiolo dei valori sociali.

Il passo, dunque, per Grossi è rivolto, innanzitutto, alla configurazione di un ordine giuridico declinato al plurale, in cui anche, e soprattutto, i consociati partecipano alla dimensione normativa. Un pluralismo degli ordinamenti giuridici e politici, che convivono, anche dialetticamente. La tesi della pluralità degli ordinamenti, è certamente il corollario della teoria dell'istituzionalismo, che riconosce la presenza del diritto non

---

<sup>30</sup> P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>31</sup> G. La Pira, *Premesse della politica e architettura di uno Stato Democratico*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1945.

<sup>32</sup> P. Togliatti, *Discorsi alla Costituente*, Editori Riuniti, 1973.

<sup>33</sup> P. Grossi, *Il diritto civile in Italia tra moderno e postmoderno – dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Firenze, Giuffrè, 2021.

solo nell'ordinamento dello Stato, ma in ogni corpo sociale che incarna i valori sociali. Si deve avere un'inversione di marcia, passando cioè, contrariamente a quanto avveniva nell'assolutismo giuridico tipico del periodo moderno, alla statalizzazione della società e alla socializzazione dello Stato.

Paolo Grossi scrive, sulla scia di uno Stato moderno quale Stato mono-classe, un inno ai principi più tipici, quello della libertà e dell'uguaglianza, superando la visione precedente insita nella borghesia del tempo, che invece faceva leva all'assolutismo della Legge e, perciò, dello Stato.

Lo Stato post moderno deve essere, secondo Grossi, attento alle cose<sup>34</sup>. Non deve porsi più in continuità con la carta dei diritti ottocentesca, che aveva determinato lo Stato monoclasse, come ribadito anche dal giurista italiano Massimo Severio Giannini<sup>35</sup>, ovvero lo stato costruito *ad hoc* per una classe di potere. Massimo Severo Giannini ha definito lo Stato del XIX secolo come Stato monoclasse, borghese e liberale ed ha sostenuto che il passaggio allo Stato pluriclasse sia stato determinato dall'affermazione del suffragio universale, inteso non come “fatto di rottura formale”, ma come “suggerimento di un cambiamento che già è in corso per itinerari propri”<sup>36</sup>. L'interpretazione muove da alcune convinzioni di fondo, che possono essere schematizzate nel modo che segue: 1) i diversi accadimenti storici occorsi nel XVIII secolo, ivi compreso quelli della Rivoluzione francese, hanno aperto la via allo Stato rappresentativo dell'ottocento; 2) lo Stato affermatosi nel corso del XIX secolo andrebbe definito come monoclasse (rispetto al potere detenuto dalla classe borghese) e liberale (rispetto ai “principi ideologici e politici del liberalismo politico e del liberismo economico” posti a base della sua costruzione); 3) il declino dello Stato del XIX secolo è perciò declino dello Stato borghese: cioè declino della struttura oligarchica intorno alla quale la borghesia aveva organizzato l'esercizio del potere, ma non anche declino dei “principi” che qualificavano lo Stato in senso liberale, in quanto gli Stati pluriclasse storicamente sono continuatori degli Stati monoclasse borghesi; sicché hanno conservato buona parte delle istituzioni di questi, con parecchie e spesso radicali modificazioni, e ne hanno aggiunto di proprie; 4) il declino dello Stato borghese e della struttura oligarchica e la contestuale affermazione dello Stato pluriclasse e della democrazia sarebbero stati determinati dall'ampliamento del diritto di voto. Questa convinzione appare del resto suffragata anche da quanto Giannini scrive nella Prefazione al lavoro di Georges Burdeau su “Il regime parlamentare”: “storicamente il sistema parlamentare si presenta associato con le

---

<sup>34</sup> P. Grossi, *Introduzione al Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

<sup>35</sup> M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, Mulino, 1986.

<sup>36</sup> M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, Mulino, 1986, pag. 56

strutture oligarchiche. Ed anzi si può constatare che esso tanto più è andato declinando quanto più le strutture oligarchiche evolvevano in democratiche”<sup>37</sup>.

Per il giurista fiorentino, occorre cambiare il modo di concepire un complesso di categorie che si rileva essere sovrano di un nuovo Stato: l’organizzazione del potere, la concezione di ordinamento giuridico, i diritti fondamentali e i valori della persona. Questi nuovi valori che orientano gli assetti politici nel passaggio tra l’Ottocento e il Novecento: gli Stati moderni sancivano le libertà e le garanzie dei cittadini verso lo Stato, segnando il nuovo rapporto tra Stato sociale e cittadino.

La società, nel suo complesso di valori, lentamente si avvia a prevalere. Sarà questo il segno distintivo del nuovo secolo, all’insegna di un diverso modo di concepire il diritto e un altro ruolo riconosciuto ai giuristi: il Novecento post – moderno.

Un cammino verso lo Stato costituzionale.

## 2. *Visione post-moderna del diritto e nuovo ruolo dell’interprete*

“Ogni esperienza giuridica nutre in sé, all’esito del suo arco temporale, le cellule tumorali che la condanneranno a morte”<sup>38</sup>. Ecco il senso del cambiamento del diritto, che deve adattarsi ad una società che cambia. A raccontarlo è Paolo Grossi attraverso un insegnamento cruciale: è nella storia che possiamo recuperare le categorie per interpretare il diritto di una società che cambia.

Esiste un palese discrimine tra il modo di concepire il diritto nell’epoca moderna e quello, invece, diffusosi nell’epoca post-moderna. Si potrebbe parlare di due veri e propri percorsi giuridici differenti tra loro, ma l’essenza della concezione del diritto post moderna può essere meglio colta solo se osservata e valutata in un confronto diacronico con quella tipica del tempo moderno, per meglio carpire le singolari caratteristiche nell’oggi. Questa diversa veduta rappresenta una vera e propria antitesi: se da un lato il diritto, nel secolo moderno, appariva lineare, statico e gerarchicamente ordinato, la concezione del diritto nel secolo post moderno, si mostrava, contrariamente, dinamico, complesso e indeterminato. Tali concezioni costituivano, lo specchio, la fotografia, del contesto giuridico in cui si inseriva la scienza giuridica.

Come sopra approfonditamente chiarito, nell’epoca moderna vi era tutt’altra concezione dello Stato: uno Stato assoluto, totalitario, in cui si concentrava tutto il

---

<sup>37</sup> M.S. Giannini, Prefazione a G. Burdeau, *Il regime parlamentare*, Milano 1950, ora in Scritti 1949-1954, III, Milano 2003, pp. 287-304.

<sup>38</sup> Paolo Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, editore il Mulino, 2008.

potere di produzione del diritto, senza lasciare spazio alcuno alle esigenze presenti nella società; pertanto il diritto come espressione di comando.

Nel passato, la “crisi” poteva considerarsi originata da un modo sbagliato di definire il diritto: questo non era colto come ordinamento ma come strumento di potere e di comando, ovvero come la più grande manifestazione dell’ autorità, il che implica profonde conseguenze.

Il concetto di comando viene, in astratto e inevitabilmente, ricondotto alla dimensione di autorità assoluta, un qualcosa la cui produzione è riservata allo Stato, la cui identità è perfetta e compiuta già nel momento in cui viene a manifestarsi, senza necessità alcuna di coinvolgere i consociati o, quantomeno, di dar voce ai loro valori. Il percorso di formazione del diritto è, pertanto, già completa e immutata, senza alcun effetto nel momento in cui viene a contatto con il tessuto sociale.

La modernità giuridica aveva fatto del diritto qualcosa dal carattere astratto e formale, sovraordinato ai fatti, ossia immune dalla contaminazione con i fatti materiali. La sua indifferenza e astrazione dal magma fattuale era la centralità del pensiero degli illuministi settecenteschi e il fulcro dello statalismo giacobino e napoleonico.

Per Grossi però, se la modernità si riduce ad un adesso che si consuma in fretta, una sorta di aritmia o extrasistole incapace di rappresentare il cardiogramma del diritto, un momento breve ed eccentrico, in cui la *lex* riesce sì a impadronirsi dello *ius*, ma per presto abdicare a questo suo effimero trionfo e restituirlo a quella dimensione orizzontale che è ad esso troppo intimamente connaturata; il postmoderno non è tanto un’ età di crisi e di disorientamento, quanto piuttosto, un cambio di rotta dalla direzione precedente. In esso il diritto ritrova le sue antiche radici comunitarie, immergendosi nel pluralismo e innalzandosi “oltre la legalità”<sup>39</sup>. Il post moderno, insomma, come ritorno al diritto.

La tesi intorno alla quale ruota il pensiero dello storico Santi Romano è che il diritto non possa coincidere con le norme che lo compongono. Al contrario, il diritto dovrebbe incentrarsi sul concetto di società, ovvero “*ubi ius societas; ubi societas ibi ius*”<sup>40</sup>. La crisi dello Stato, sostiene Santi Romano, è anche la crisi del diritto. Per lo studioso infatti, il diritto è la massima espressione della società, è un elemento che origina dal basso, che muove i suoi passi tra i cittadini. Sebbene sia opinione comune che il diritto sia sinonimo di regola di condotta, di imposizione, per Romano l’obbiettivo che doveva porsi la nuova epoca era costituito dallo sdoganamento e superamento del binomio diritto-comando. Il diritto non poteva, e non doveva,

---

<sup>39</sup> Paolo Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

<sup>40</sup> S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Napoli, Quodlibet, 2018.

essere più ricondotto al significato più intimo di comando, appartenente ad una classe di potere proveniente dall'alto. Sulla stessa linea di pensiero, si pone Giuseppe Capograssi, giurista e filosofo, il quale definiva lo Stato come un "povero gigante scoronato"<sup>41</sup>.

Il monopolio statale della produzione del diritto (statualismo) e la risoluzione di tutto il diritto nella legge (legalismo) sono i capisaldi, sui quali poggiava la scienza giuridica, tipici dell'epoca ottocentesca che vengono definite da Grossi come "mitologie giuridiche della modernità"<sup>42</sup>.

Statalismo e legalismo hanno però, secondo lo storico del diritto, mostrato, negli ultimi decenni, delle non poche indifferenti fragilità, dovute alla sempre più affermata complessità della società. L'assolutismo delle norme giuridiche e il principio di legalità potestativo non reggevano il peso del dinamismo e del continuo divenire, di valori e principi generali, nonché al pluralismo delle fonti.

Nella civiltà moderna e nel campo della crisi del diritto, l'epicentro investe, indubbiamente, anche le fonti del diritto. I nuovi valori non dovranno costituire mero oggetto di precetti normativi, fermi nel loro aspetto cartaceo, ma dovranno essere la proiezione dei bisogni e delle esigenze di una civile società. Così come concepito nell'epoca moderna, il diritto risultava essere un fermo, e non un acceleratore del sistema. Lo studioso avvertiva quindi una vitale necessità di ritorno al diritto, che non voleva dire un ritorno al passato, ma una presa di coscienza, di consapevolezza delle esigenze della nuova società contemporanea.

Sull'insegnamento di Santi Romano, Grossi considerava il diritto libero da vincoli e sempre più vicino alla società. D'altra parte, il diritto nasce con lo scopo di mettere ordine all'interno di un gruppo. In una realtà complessa, l'unico strumento in grado di garantire un assetto unitario è, appunto, il diritto. Grossi, quindi, ritiene che la società sia il magma del diritto, e che esso sia un qualcosa di appartenente al mondo giuridico, ancor prima di venire ad esistenza. Vi è dunque una sorte di legame indissolubile, quasi materno, tra la società e il diritto.

Per il giurista, dunque, fattualità e complessità sono concetti che si intersecano con il diritto. Per fattualità del diritto si intende una particolare e peculiare relazione tra fatti e diritto. I fatti nascono all'interno di un gruppo organizzato, di un insieme di

---

<sup>41</sup> G. Capograssi, *Saggio sullo Stato-Riflessioni sull'autorità e la sua crisi-La nuova democrazia diretta*, Vol. 1, Giuffrè, 1959.

<sup>42</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2007, pag. 3.



persone, pertanto il diritto trova la sua linfa vitale all'interno di un complesso. Così intesa, la fattualità mostra l'identità del rapporto tra il diritto e il suo territorio. Ciò significa, per Grossi, che il giurista deve mostrare "disponibilità ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante"<sup>43</sup>.

Più in generale, si può attribuire all'autore una visione positiva tanto della scienza giuridica, quanto dell'uomo, ravvisabile nella sua capacità di relazionarsi, regolarsi e autoregolarsi, di darsi una misura mediante il diritto, che viene traslato in norme giuridiche che, però, non sono fissate rigidamente e una volta per tutte, ma sono suscettibili di accoglierne una nuova forma sempre e a seconda delle relazioni che vengono a crearsi nell'ambito della formazione sociale.

Un tempo nuovo e diverso per il diritto e la giurisprudenza; un tempo un secolo di segno opposto dalla modernità giuridica, all'insegna di una forte discontinuità con il passato.

Nonostante la parola *codex* significhi "libro compatto cucito sul dorso", identificando una tecnica di rilegatura del materiale giuridico contenuto in un libro, per Grossi, il diritto non doveva essere concepito come un insieme sommatoria di disposizioni e di aridi comandi, ma come un'attiva relazione sociale, non riconducibile alla sola dimensione statutale.

Ma per l'autore, il diritto, nella sua fattualità e complessità, è anche sinonimo di una categoria ordinamentale. Il cambio terminologico, ossia da norma a ordinamento, non è soltanto un fattore di termini, ma rappresenta un vero e proprio cambio di mentalità. Il diritto quindi può inserirsi in un ordinamento, a patto che sia effettivamente lo specchio dei valori e degli interessi di una determinata società e che si abbiano occhi e orecchie attenti a quanto avviene nel basso, nelle radici di ciascuna organizzazione sociale.

La società, pertanto, rivendicava la sua identità e cominciava a prendere forza, lentamente ma progressivamente, una visione di diritto non più statica, ma dinamica e incline al mutamento e cambiamento nel nuovo secolo.

Una crisi del tempo che abbraccia indubbiamente quello che da sempre viene definita "certezza del diritto". La certezza come valore su cui regge tutto il sistema giuridico-politico dello stato borghese. È un fondamentale principio dello stato moderno, che aveva un duplice obiettivo: da un lato, di conoscenza degli effetti giuridici dell'azione umana, alla quale cioè seguiva una reazione, ovvero come sinonimo di efficienza economica; dall'altro come agevole

---

<sup>43</sup> P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

applicazione del monopolio statale della Legge. Tale certezza era possibile per l'operato riduzionismo delle fonti, poiché era modulata sulle sole norme di fonte statale.

Nell'opera *Introduzione al Novecento*<sup>44</sup>, Paolo Grossi partiva dall'assunto contrario, ovvero dell'incertezza del diritto. La relazione turbolenta tra certezza e incertezza del diritto dura da troppi anni, anzi da sempre. Un discrimine che molto spesso si risolve in favore della certezza del diritto, perché tale certezza è sempre apparsa come un'esigenza di cui uno Stato doveva essere dotato, per la sua stessa credibilità. Quest'ultima è insita nella primaria funzione della certezza del diritto, ovvero la garanzia che all'azione umana segua una reazione dello Stato. Rappresenta, dunque, una *condicio sine qua non* dell'ordinamento giuridico. Questo anche perché tale certezza rappresenta il principio cardine, un elemento di fondamentale importanza, utile all'esistenza dell'apparato statale. Se solo si pensasse ad un ordinamento giuridico in cui manca la certezza del diritto, verrebbe meno la sua stessa realtà; d'altronde non esisterebbe uno stato se non avesse una solida base giuridica.

Questa certezza inizia a vacillare con il passaggio all'epoca post moderna, la causa potrebbe ravvisarsi nel profondo mutamento, nel diverso modo di concepire il diritto, nella differente funzione che si attribuisce allo Stato, nel riconoscimento di una pluralità di fonti e nella valorizzazione dei contesti di svolgimento della persona umana. Nella visione grossiana, la certezza del diritto non era un punto di partenza, uno standard da quale è impossibile allontanarsi; essa è piuttosto una conquista continua alla quale tutti i giuristi devono lavorare.

Il principio della certezza del diritto nella concezione moderna si trasformava nel principio di legalità, che contrariamente Grossi ritiene di dove meglio qualificare come giuridicità del diritto. Per l'autore deve privilegiarsi il ritorno al rapporto che intercorre tra diritto e giustizia, abbandonando il vecchio rapporto morboso esistente tra diritto e Stato. La giustizia rappresenta la capacità dei giuristi di saper mettere il diritto in relazione ai fatti, riconoscendo una continuità naturale e spontanea tra scienza giuridica e fatto sociale.

Il diritto, invece, appartiene alla storia; i suoi tratti distintivi sono l'umanità, la socialità, la storicità. Si deve imporre, per l'autore, un ritorno al diritto, un recupero che può dirsi raggiungibile solo se si irrobustisce la nostra coscienza critica. Occorre prendere consapevolezza del naturale tratto del diritto, ovvero il suo carattere

---

<sup>44</sup> P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

ordinamentale. Il concetto di ordinamento è sinonimo della complessità del diritto, che unisce la dimensione soggettiva dell'ordinatore a quella oggettiva della società. Da qui emerge, inoltre, il carattere della normatività del diritto, che attenua quello meramente potestativo. Questa complessità del diritto, permette, altresì, di non soffermarsi al testo della norma, alla volontà del produttore della Legge, ma di cogliere la pura e semplice volontà dei consociati, permettendo l'incontro tra norma e fatti.

Per Grossi, poi, il diritto è organizzazione sociale. Questo suo modo di concepire la scienza giuridica si evince dall'esempio illuminante che lo storico propone, alludendo al diritto come ad una fila dinanzi all'ufficio pubblico: "Un insieme di povere formiche umane senza nessun collegamento sostanziale tra di loro, occasionalmente accumulate in un minimo spazio per una frazione minima di tempo"<sup>45</sup>. Se in quella fila, qualcuno fa sentire la sua voce, fa determinate proposte innovative per organizzare quella fila, di conseguenza, tutti i componenti, ritenendole giuste e buone, le osservano. Questa fila, diviene un agglomerato, una comunità giuridica, all'interno della quale viene prodotto il diritto. Da queste parole, si evince il pensiero del giurista e lo scopo che viene attribuito al diritto. Questo funge da anello di congiungimento di una pluralità di persone, le quali, una volta divenute unitarie, costituiscono una grande comunità, dalla quale si produce il diritto.

Ritornando all'esempio della fila, l'osservanza delle norme di un ordinamento, da parte di un singolo, deriva dalla consapevolezza, che tutti hanno, del valore e dell'importanza che la sorregge. Le proposte fatte dal soggetto più intraprendente che si trova in fila, vengono "silenziosamente" rispettate da tutti gli altri, proprio perché ritenute oggettivamente buone, utili e giuste per trasformare il presente disordine, in futuro ordine.

Parola d'ordine è, pertanto, condivisione: vi è lo stesso modo di concepire la proposta fatta, la stessa convinzione che quella proposta sia buona e risolutiva di un imminente problema. Questo è reso possibile solo se vi sono le stesse vedute, ovvero se si hanno gli stessi valori. Di conseguenza, ne discende che il diritto è espressione di un ordinamento osservato. Un tale ordinamento, ovviamente, implica che ci siano delle regole, ma con la differenza che non vi è una norma imposta dall'alto, unilaterale e obbligatoria; ma altresì un ordinamento che si origina nell'osservanza e l'osservanza che nasce nel valore che viene attribuito all'ordinamento; ecco perché non è direttamente un comando, ma nasce prima dalla regola, che è il volto della società; per cui il diritto nasce dapprima dalla società stessa.

---

<sup>45</sup> P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Da qui la definizione di valore, per Grossi, come “un principio o un comportamento che la coscienza collettiva ritiene di sottolineare, isolandolo e selezionandolo lo sottrae alla relatività che è propria del fascio indistinto”<sup>46</sup>. Pertanto, il primo passo per concretizzare un recupero del diritto, è l’acquisizione della piena consapevolezza che il diritto attinge a una realtà sommersa di valori, le cui radici possono trovare nutrimento in quello stesso strato.

“Ritorno al passato” ovvero recupero della ineludibile relazione che vincola il diritto alla storia e alla società.

Il diritto quale “invenzione” diventa il fulcro della riflessione del Grossi. Un diritto che non deve essere creazione di un potere politico, ma che deve essere rinvenuto (il latino *inventio*) nelle radici più profonde della società civile, nel cuore della collettività.

Recupero del diritto significa recupero per il rinnovato pluralismo, in cui il giurista guarda alla legge non come osservatore immobilizzato.

Recupero del diritto, significa altresì, giudizialità del diritto, che obbliga i giudici, al servizio della giustizia, a essere interpreti e inventori del diritto.

L’orientamento promosso dall’autore si muove nella direzione del superamento della visione potestativa e del vincolo tra potere politico e produzione giuridica, per far emergere una visione valoriale del diritto, quindi un diritto da scoprire nelle radici risposte presenti in un contesto storico, che deve essere letto, e poi trascritto in un testo normativo.

Per questo il diritto è il risultato di una invenzione.<sup>47</sup> Il termine invenzione deriva dal latino *invenire*, nel senso di cercare qualcosa, reperire. L’autore non assegna, infatti, al termine invenzione il significato che assume nel linguaggio comune, ovvero un artificio o addirittura una falsificazione di un fatto reale. Per Paolo Grossi, l’attività dell’interprete non consiste nel cercare, ma bensì in quella dell’invenire. L’invenzione del diritto è, dunque, un’attività di ricerca dell’interprete e del giurista nelle radici più profonde della società, attraverso una tipica operazione consistente nella lettura e nella conoscenza dei valori più intimi dell’organizzazione sociale.

Grossi si fa portatore, quindi, dell’idea dell’unitarietà soggettiva del diritto, capace di recidere la stratificazione sociale in classi e di affermare, invece, la diversificazione di diritti e obblighi: il soggetto è portatore di diritti e doveri verso lo Stato, ai quali si fa seguito i corollari dei principi di uguaglianza dell’individuo dinanzi

---

<sup>46</sup> P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

<sup>47</sup> P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

alla legge e, di conseguenza, dell'inviolabilità dei diritti dell'uomo da parte del potere politico. Occorre, dunque, ribadire l'idea di soggettività come arma più forte per resistere contro il potere assoluto. Nasce la categoria dei diritti soggettivi, considerati radicati alla natura umana ed espressione del potere della volontà dell'uomo, garantito dal diritto.

Dai suoi scritti, si evince che la battaglia perseguita dal giurista fiorentino è incentrata nel difendere la storicità del diritto, tutelare le sue radici e combattere contro l'atteggiamento di isolamento dalle vicende storiche e dalla vita degli uomini. Questa battaglia ha un solo bersaglio e un unico obiettivo. Il bersaglio è costituito dalla visione moderna del diritto statale, imbrigliata nei dogmi dell'astrattezza e formalismo. L'obiettivo, invece, è il recupero della storicità e del carattere ordinamentale del diritto.

Grossi, può ritenersi l'inventore della teoria del diritto orizzontale: alla verticalità rappresentata dallo Stato come unico detentore del diritto, si batte per l'affermazione di un diritto "orizzontale", che si origina e si forma dal basso. L'immaginario riferimento "all'orizzontalità" può servire per indicare l'avanzata di una società ugualitaria e indipendente da un ordinamento sociale gerarchizzato e autodiretto.

Per Grossi, se ieri fu il trionfo della politica, intesa come tecnica di teorizzazione del potere, immedesimata nel carattere potestativo dello Stato, al quale veniva riconosciuto il monopolio del potere politico; oggi, invece, è il trionfo della economicità, di una società economica e tecnologica, che si fa portavoce di una istituzione sempre più libera e piena di valori.

L'immaginario giuridico grossiano è sostenuto da due elementi: la globalizzazione e il costituzionalismo moderno, ribadendo la necessità dell'affermazione di un diritto sempre più indipendente dagli Stati e legato alla società, un ordine in cui l'interpretazione ritorna a svolgere un ruolo centrale nel dar forma all'esperienza.

Sul piano giuridico progressivamente è stata abbandonata la visione rigidamente potestativa del diritto, sostenuta dalla dottrina del positivismo normativo di Kelsen<sup>48</sup> e Bobbio<sup>49</sup>, in favore di una concezione ordinamentale nella prospettiva di Santi Romano<sup>50</sup> e Giuseppe Capograssi<sup>51</sup>, e cioè di un diritto come ordinamento sociale, che nasce dal basso e si innalza verso l'alto, per adeguare le norme giuridiche ai fatti nuovi. Il ripensamento in favore

---

<sup>48</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. Einaudi, Torino, 1952

<sup>49</sup> N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1961.

<sup>50</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Napoli, Quodlibet, 2018.

<sup>51</sup> *Due convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona 1986): l'individuo, lo Stato, la storia; G. Capograssi nella storia religiosa e letteraria del Novecento*, a cura di F. Mercadante, Milano 1990.

di un diritto ordinamentale ha inciso sulla funzione dell'interpretazione della legge, e dunque, sul ruolo dell'interprete.

Per Grossi occorreva invertire rotta: la riscoperta del nuovo ed importante ruolo degli interpreti e degli operatori del diritto (giudici, notai, accademici, avvocati) con l'accento puntato alle radici profonde di una comunità, anziché ai detentori di poteri sovrani.

L'obbiettivo, infatti, da lui perseguito, ovvero quello di concentrarsi sul pensiero giuridico moderno, è mosso, oltre che dall'urgenza di colmare un "deplorable e umiliante vuoto storiografico"<sup>52</sup>, dalla necessità di individuare uno spazio all'interno del quale, gli addetti ai lavori, ovvero gli storici e i giuristi, potessero incontrarsi attorno a un banco comune di lavoro, il che avrebbe permesso agli stessi di uscire dal terreno sterile del passato e di liberarsi dal "soffocante bavaglio della codificazione"<sup>53</sup>, che per molto tempo gli aveva incatenati ad un ruolo di mero esecuti.

Il tema dell'interpretazione rappresenta una tappa obbligatoria di quel "ritorno al diritto". Un ritorno o, piuttosto, la riscoperta, quale condizione indispensabile per lo sviluppo dello stesso.

L'interpretazione della legge è, senza dubbio, un pilastro dell'ordinamento giuridico. Essa è per di più un momento fondamentale e ineliminabile di ogni attività che voglia essere anche in senso lato giuridica. Interpreta il giurista quando va in cerca del significato delle norme, interpreta il giudice quando deve applicare una determinata disposizione normativa ad un dato comportamento, ed interpreta perfino il legislatore quando regola i rapporti economici e sociali secondo i suoi fini politici. Notiamo subito che l'attività interpretativa può quindi avere diversi oggetti, differenti campi su cui si esercita. Si parla infatti d'interpretazione delle leggi, d'interpretazione dei fatti, d'interpretazione dei fini politici, dei valori, delle ideologie, e così via.

L'interpretazione ha subito una profonda trasformazione con il passaggio dall'epoca moderna a quella post-moderna. Nel previgente contesto con base potestativa, il ruolo dell'interprete/applicatore della Legge ha una posizione passiva, ricondotta a un ruolo meramente conoscitivo. L'unico soggetto legittimato a volere è il titolare del potere di esprimere comandi, i quali vengono trasferiti nel testo normativo. Un comando, che intrinsecamente, implica la sua obbedienza, e che questo ruolo impositivo che si tramuta nella norma giuridica, è capace di fugare qualunque tentativo di inosservanza e disobbedienza.

---

<sup>52</sup> P. Grossi *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, in Quaderni Fiorentini, Firenze, 1972, p.3

<sup>53</sup> P. Grossi, *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, in Quaderni Fiorentini, Firenze, 1972, p.4

Gli illuministi mostrarono una profonda diffidenza nei confronti dell'attività interpretativa. Essi erano principalmente colpiti dall'arbitrio dei giudici e dall'oscurità delle sentenze degli esperti di diritto. Addirittura lo stesso termine "interpretare" era diventato sinonimo di "creare diritto", come scritto da Cattaneo<sup>54</sup>. I riformatori del Settecento auspicavano una rigida subordinazione del giudice alla legge ed ammettevano solo un'interpretazione letterale. La supremazia della legge era divenuta l'onnipotenza di un legislatore, che avrebbe spacciato per leggi della natura e della ragione i dettami della propria volontà. Questa volontà che poteva essere realizzata solo da un legislatore espressione di uno stato così potente da assumere decisamente il monopolio del diritto. Il Codice napoleonico del 1804 fu il risultato di ciò. La sua lunga preparazione diede modo di travasare in esso le ideologie illuministiche, ma fu la volontà del legislatore a dare ad esse vita.

Nell'opera *L'impero del diritto* di Dworkin<sup>55</sup> l'interpretazione costruttiva deve essere trasformata in uno strumento adeguato allo studio del diritto concepito come usanza sociale. Nell'opera, Dworkin procede innanzitutto a una distinzione analitica fra le tre fasi dell'interpretazione. In primo luogo, deve sussistere una fase pre-interpretativa, in cui si identificano le regole e i criteri che forniscono il contenuto provvisorio dell'usanza. In secondo luogo, deve esistere una fase interpretativa, in cui l'interprete stabilisce alcune linee generali di giustificazione degli elementi caratterizzanti l'usanza, individuati nella fase pre-interpretativa. Egli proporrà un argomento che spieghi perché può essere utile studiare un'usanza generica di questo tipo. La giustificazione deve consentire all'interprete di vedere sé stesso nell'atto da interpretare quell'usanza. Infine deve esistere una fase post-interpretativa o riformatrice in cui l'interprete determina ciò che a parer suo l'usanza richiede effettivamente.

È Hart<sup>56</sup> che, alla fine degli anni Cinquanta, distingue tre teorie dell'interpretazione: formalismo interpretativo, teoria mista e scetticismo interpretativo.

Secondo la prima teoria, tutte le disposizioni giuridiche hanno un solo significato e tutti i casi d'applicazione sono facili. In questo modo, i formalisti ammettono l'esistenza di controversie interpretativo-applicative, ma pretendono che dalle varie interpretazioni-applicazioni proposte, una sola debba considerarsi vera, giusta o corretta. Questa pretesa è del tutto comprensibile nella pratica, perché quando un giurista è chiamato a giustificare un'interpretazione al posto di altre, l'unico modo per farlo è ignorare le altre possibili interpretazioni e pretendere che la propria sia l'unica interpretazione vera. Così come sosteneva

---

<sup>54</sup> M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, edizioni di Comunità, 1966, pp. 143-164.

<sup>55</sup> R. Dworkin, *L'impero del diritto*, 1986, trad. it. Il Saggiatore, 1994.

<sup>56</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 2002.

Dworkin, Hart affermava che nel linguaggio giuridico non dovrebbe esserci vaghezza e ambiguità, e pertanto le controversie nel diritto devono essere assolte dall'interpretazione, concepita come attività che consisterebbe appunto nel discutere, in teoria e nella pratica, sulla soluzione giuridicamente e moralmente migliore. Il giurista deve cercare l'unica risposta esatta perché, per ogni problema interpretativo-normativo, deve esservi sempre una soluzione giusta. Formalismo interpretativo significa dunque che l'interprete è il custode della forma giuridica che la legge dà ai rapporti sociali. È un tecnico che sorveglia il buon funzionamento della macchina del diritto, disinteressandosi dei fini che sono perseguiti dal potere politico.

Per la seconda teoria dell'interpretazione, detta mista, le disposizioni giuridiche hanno a volte un unico significato, altre volte più significati. Per comprendere al meglio questa teoria Hart fa l'esempio del divieto di ingresso dei veicoli nel parco. Chiaramente, esso fa riferimento al divieto di transito delle automobili, ma non si comprende se faccia altrettanto riferimento a tutti gli altri mezzi. Detto altrimenti, le disposizioni giuridiche, formulate con termini vaghi come "veicolo", potrebbero presentare casi di applicazione facili o difficili. Per casi facili, si intendono quelle situazioni in cui le disposizioni giuridiche certamente non si applicano. La chiarezza applicativa in questi casi porterebbe il giudice a non avere scelta sull'applicazione o meno di una determinata disposizione. I casi difficili, invece, si riferiscono alle situazioni dubbiose, cioè quelle in cui un vocabolo o una disposizione appaiono ambigue. In questi casi il giudice avrebbe potuto operare secondo la sua discrezionalità e quindi avrebbe deciso se applicare o meno una determinata disposizione. Questa teoria è stata però definita dell'applicazione, piuttosto che dell'interpretazione.

La terza teoria dell'interpretazione, lo scetticismo interpretativo, sostiene che le disposizioni giuridiche non hanno mai un significato univoco e tutti i casi di applicazione e interpretazione possono diventare difficili. Secondo questa teoria, le disposizioni non hanno alcun significato prima dell'interpretazione: si tratta di enunciati che acquistano un senso solo quando l'interprete glielo attribuisce, ricavandone una norma. Le norme non sarebbero prodotte dal legislatore, ma dai giudici: in questo senso l'interpretazione giudiziale appare come libera creazione del diritto, limitata solo dai vincoli cui sono sottoposti l'interpreti.

A prescindere dalle differenze specifiche fra queste varie posizioni, l'idea centrale comunemente condivisa è quella secondo cui l'attività interpretativa genuina crea il significato della disposizione nel momento in cui applica il diritto al caso concreto



(o, magari, ne prefigura la possibile applicazione a casi-tipo). Vi sono certamente dei casi in cui questa creazione non si verifica, perché la soluzione è talmente scontata che viene direttamente ricavata dalla norma. Nei casi che sono per davvero rilevanti per la teoria dell'interpretazione, invece, il significato non viene colto dall'indagine semantica avente per oggetto una disposizione, ma viene ricavato direttamente dall'esame della realtà economico-sociale sottostante, dalla quale l'interprete trae la soluzione interpretativa più adeguata, individuando valori-guida, selezionando gli interessi più rilevanti, facendo appello al proprio senso di equità, eccetera.

A fine Ottocento l'uomo del secolo capisce che soltanto l'io sociale e l'io collettivo possono salvarlo dall'assolutismo. Si verifica il sorgere di nuovi fenomeni sociali che rimettono in discussione il modello individualistico: lo sviluppo dell'industria favorisce la costituzione di gruppi di attività economica che diventano centri di potere non più controllati dallo stato; conseguentemente si sviluppa l'associazionismo operaio, che nei sindacati trova un nuovo ed efficace strumento di difesa sociale ed economica, e si organizzano i partiti politici. Lo stato allora comincia ad intervenire sempre più nella contrattazione privata ed entra in crisi la tradizionale ripartizione tra diritto pubblico e privato. Si diffonde la convinzione che fonte del diritto non è lo stato, ma la società. Quest'ultima non è la somma degli individui, ma racchiude in sé una pluralità di gruppi.

L'interprete e quindi l'interpretazione, concepita come mera spiegazione passiva di norme giuridiche contenute in un rigido testo normativo, se dapprima aveva il solo compito di assicurare il primato del testo sui fatti, con l'effetto di una separazione sostanziale del testo dagli accadimenti della vita; poi, diviene uno spazio di possibilità entro il quale interpretare, grazie all'interpretazione, una norma. Nel processo di formazione di una norma, l'interpretazione non si pone come appendice esterna, ma come momento interno e indispensabile per la produzione del diritto.

Già negli anni tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento si iniziò a sostenere la concezione di un nuovo diritto, libero dalle imposte dal legislatore e come tale in grado di realizzare un'autentica libertà sociale. La realtà novecentesca ha poi iniziato ad aprirsi all'idea che il diritto ha una sua matrice nella società: un diritto fattuale, complesso, ordinamentale, sociale e osservato, in un dialogo biunivoco con la legge.

L'interpretazione della legge viene considerata come un'operazione linguistica in quanto ha per oggetto il linguaggio del legislatore ed è diretta a determinare il significato dell'enunciato legislativo. Il risultato di quest'operazione è la norma vera e propria. I procedimenti logici che permettono di pervenire a tale risultato non sono quelli della logica deduttiva, per cui da un dato

principio si perviene necessariamente ad una data conclusione, ma quelli di una logica propria del linguaggio morale e giuridico, cioè la cosiddetta logica argomentativa.

## CAPITOLO III- Dopo guerra

### *1. Post-modernità nella costituzione del 900*

L'idea di uno Stato costituzionale è stata sempre presente nella mente degli uomini, già durante il periodo illuministico: essa costituiva un pensiero fisso e costante che, però, si presentava come una volontà dal carattere rivoluzionario, cioè controcorrente rispetto agli ideali e ai principi di quel dato periodo e per questo di difficile attuazione.

Quando si pensa al fenomeno del costituzionalismo indubbiamente lo si associa, quasi come un meccanismo automatico, all'idea di un uomo libero e pieno di diritti riconosciuti. L'insieme di questi diritti e libertà, di cui è da sempre titolare l'uomo, è stato ignorato per molto tempo dallo Stato, tanto da costituire il motivo di rivolte che porteranno al moderno concetto di costituzionalismo.

L'esigenza del loro riconoscimento riaffiorerà, a partire dal Novecento, nella coscienza degli uomini quasi come linfa vitale, perché è soltanto attraverso la fondazione di uno stato costituzionale che ai cittadini verrà assicurato l'esercizio dei loro rimpianti diritti individuali e per mezzo del quale allo Stato, nella sua accezione premoderna, non sarà più lasciato alcun margine di arbitrio.

L'espressione costituzionalismo assume, per tutti e meccanicamente, un'accezione positiva: nell'immaginario collettivo, quindi, tale termine sprigiona una sensazione di libertà, un'allusione ad un mondo di diritti e una presa di coscienza dell'esistenza di garanzie per tutti.

Il costituzionalismo, nella storia passata ed attuale, indica una dottrina, un'ideale, che si è insediato durante lo svolgimento delle grandi rivoluzioni, che hanno interessato i secoli XVII e XVIII, ponendosi come arma capace di scavalcare le forme di dominio tipiche di quel momento storico e di limitare l'esercizio del potere sovrano.

Proprio l'affermazione del principio di separazione dei poteri sarà la caratteristica sottoposta a fondamento di uno Stato dettato da regole di costituzionalità.

Il principio di divisione del potere rappresenta il primo passo nel lungo cammino verso l'affermazione di uno Stato costituzionale, poiché in questo modo si svincolava il potere assoluto, nelle sue tre forme esecutivo, legislativo e giudiziario, attribuito precedentemente ad un unico soggetto, affidandolo, invece successivamente, a tre organi differenti, consentendo, in questo modo, un controllo più assiduo del suo esercizio e un'imparzialità maggiore per il soggetto che lo detiene<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 75.

Quando si parla del Novecento si fa riferimento ad un secolo lungo e caratterizzato da diversi avvenimenti che hanno provocato, al suo interno, un solco profondo, cioè una sostanziale spaccatura. Si può dividere, infatti, il secolo in due diverse parti, totalmente contrapposte tra di loro: la prima parte è stata attraversata da guerre e lotte per il superamento dell'assolutismo giuridico; la seconda, invece, si presentava come terreno fertile per l'avvento del costituzionalismo con l'affermazione di ideali e principi di uno Stato sano.

Dopo anni di assolutismo giuridico, di esercizio arbitrario del potere, di violazione dei diritti della persona, si stava andando verso una nuova parentesi storica, in cui l'uomo sarebbe stato considerato come soggetto titolare di diritti. Soprattutto si stavano affermando dei diritti concreti e pratici, non facilmente oltrepassabili o violabili da parte dello Stato.

Il punto chiave nella storia del costituzionalismo può rintracciarsi nel passaggio dal medioevo al periodo moderno, poiché è questo il momento in cui si assiste al capovolgimento di due concetti fondanti uno Stato: quello di politica e quello di costituzione<sup>58</sup>.

Mentre nel medioevo, la costituzione e la politica erano una prerogativa del Re, al quale veniva riconosciuto oltre che il potere di fare le leggi, di darne esecuzione e di garantire il loro rispetto, anche quello di dar vita a una Carta fondamentale, in maniera del tutto arbitraria e senza alcuna considerazione della dimensione sociale che abbracciava l'uomo.

Nell'età moderna il cambiamento prende avvio perché, innanzitutto, si avverte l'esigenza di trasferire la legge all'interno di una Carta scritta, vincolante per tutti, posta a garanzia dei diritti umani e delle assolute libertà.

Il punto forza di questo cambiamento risiede nel fatto che la creazione di una Costituzione scritta sarebbe stata vincolante per tutti, non solo per gli uomini ma anche per lo Stato, il quale sarebbe divenuto anch'esso destinatario della legge<sup>59</sup>.

Al pari delle lotte e guerre sanguinose che da sempre sono state utilizzate come armi potenti per la conquista di un territorio o come segno di prevaricazione di un soggetto, anche il costituzionalismo è stato utilizzato come strumento, cioè un mezzo attraverso il quale raggiungere il tanto atteso traguardo dello Stato costituzionale e quindi ottenere l'entrata in vigore di una Costituzione.

Il concetto di costituzionalismo va di pari passo con quello di costituzione: se il primo può definirsi un fenomeno o un movimento originato per il raggiungimento di uno Stato costituzionale, la costituzione rappresenta la prova regina della costituzionalità di uno Stato.

---

<sup>58</sup> R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, cit., pp. 37-38.

<sup>59</sup> G. Chiodi, *A proposito di Paolo Grossi. Introduzione al Novecento Giuridico*, Roma-Bari 2012, in "Persona e mercato" 1/2014, p. 13.

Le costituzioni possono considerarsi delle conquiste raggiunte al termine di un lungo, lento e non sempre lineare processo. L'idea di Costituzione, come emblema di una civile società, tesa a regolamentarne gli accadimenti e i rapporti tra gli umani nel pieno rispetto di tutti i diritti, non è stato solo un pensiero che ha caratterizzato la società moderna, ma si è affermata come necessità già nell'epoca di Aristotele e Platone<sup>60</sup>. Mentre Platone, nella Repubblica, aveva immaginato un'unica Costituzione come una Carta fondamentale dalla struttura gerarchica, alla quale affidare il compito principale di reprimere le condotte illecite poste in essere; l'idea di costituzione in Aristotele parte dalla concezione che gli uomini hanno un'inclinazione innata a disobbedire le regole e questa naturale caratteristica può essere corretta attraverso l'emanazione di una costituzione mista, in grado da un lato di bilanciare i conflitti sociali e di arginare le disuguaglianze, e dall'altro di superare l'arbitrio politico. Questo avrebbe garantito la trasformazione della società, in cui venivano assicurati eguali diritti a tutti i suoi membri.

In virtù delle sue antiche radici, si può pensare ad un primo e secondo costituzionalismo, che ha segnato i secoli dal Settecento al Novecento<sup>61</sup>. La scissione tra i due diversi momenti del costituzionalismo, si presenta anche nella diversa struttura delle costituzioni. Mentre, le Costituzioni del Settecento si caratterizzano per essere brevi, cioè facevano solo un rapido richiamo alla sovranità popolare, ma si concentravano quasi per intero sulla formulazione di norme per disciplinare l'organizzazione dei poteri dello Stato; quelle del Novecento saranno, come si vedrà, rigide, lunghe, scritte ma soprattutto votate.

Il secondo costituzionalismo va di pari passo con la fine della seconda guerra mondiale, infatti esso nasce dalle atrocità e sconfitte umane che hanno segnato il corso della storia. Il moderno costituzionalismo si pone come un inevitabile cambiamento e rinnovamento sociale e mondiale per il bene dell'umanità.

Le Costituzioni nate nel periodo del secondo costituzionalismo rappresentano l'espressione del nuovo modo di concepire il diritto e la giuridicità e per questo si contrapponevano alle Carte dei diritti nate nell'epoca settecentesca. In quest'ultime infatti lo Stato deteneva un elenco dei diritti che venivano attribuiti ad ogni soggetto, senza che si tenesse conto della storia e del trascorso di ciascun individuo. Mentre nelle Costituzioni moderne i diritti garantiti rispondono ad esigenze sociali e costituiscono il fulcro del testo normativo.

---

<sup>60</sup> P. Carrozza- A. Di Giovine- G.F. Ferrari, *Diritto Costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 21 ss.

<sup>61</sup> A. Di Giacomo, *La storia europea tra primo e secondo costituzionalismo: due sistemi a confronto*, in "Rivista Cammino diritto", ISSN 2421-7123 Fasc. 03/2022, pp. 2-13.

Queste Carte Costituzionali contenevano i diritti dei cittadini, si fondavano sulla volontà e sovranità popolare e venivano approvate attraverso un rigido meccanismo democratico e il loro rispetto veniva sottoposto al controllo di un organo ad hoc.

Due sono stati i passaggi più importanti che hanno aiutato l'affermazione del costituzionalismo nel Novecento: l'idea di cittadinanza e la diffusione del controllo di costituzionalità<sup>62</sup>. Quanto al primo aspetto, la cittadinanza indica il rapporto tra un individuo e il suo Stato di appartenenza. La cittadinanza indica uno *status civitas*, al quale l'ordinamento ricollega la titolarità in capo al cittadino di diritti civili e politici. Quanto al secondo aspetto, alle basi di uno Stato democratico, e in virtù di una Carta Costituzionale posta alla base di una società, occorre realizzare un organo terzo ed imparziale, al quale affidare il compito di controllare il rispetto nelle norme costituzionali. Solo nel 1948 ci sarà la nascita della Corte Costituzionale e nel 1956 diventerà operativa.

Alla fine del Settecento si avverte la necessità di avviare un percorso verso il costituzionalismo, il quale emerge come necessità assoluta. Esso si annida, principalmente, nella realtà coloniali americane, nel Regno di Francia e nel Regno d'Inghilterra. Queste tre esperienze costituzionali verranno di seguito illustrate al fine di fornire una più ampia panoramica sul fenomeno del costituzionalismo nel mondo.

### *Il Costituzionalismo inglese*

La consapevolezza del lungo processo di modernizzazione dello Stato ha invaso anche l'esperienza inglese che, in termini di costituzionalismo, è stata caratterizzata da un tipico conflitto tra monarca e parlamento, che si risolse in favore dello Stato Costituzionale. Il malcontento popolare si verificò già nel Seicento e fu decisivo per la nascita di conflitti tra i sudditi e le istituzioni di common law, che si protrassero per molti anni.

Determinante fu lo scoppio della Rivoluzione francese perché provocò nel Regno Unito l'instaurazione di una ventata reazionaria, causata sia dalla paura che anche dall'idea che l'Inghilterra possa essere interessata, di riflesso, da uno scombussolamento politico e istituzionale, e poi dal pericolo di un'invasione napoleonica con conseguente conquista del territorio inglese da parte della Francia.

Nel novembre del 1688 il Regno Unito riprende il suo cammino verso la modernizzazione delle istituzioni. Sotto il potere di Guglielmo, il *Bill of Right* divenne la base costituzionale dell'Inghilterra.

---

<sup>62</sup> G. Azzariti, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazioni, diritti delle persone*, in "Rivista web", II 2011, pp. 425-450.

Anche in Inghilterra i filosofi hanno affrontato la questione del costituzionalismo. In particolare, l'esperienza inglese è stata segnata dalle idee di Thomas Hobbes e John Locke, i quali hanno dedicato alcune pagine a questa aria di cambiamento<sup>63</sup>.

Il filosofo Hobbes considera la monarchia assoluta come l'unica soluzione per garantire diritti alla società civile, perché concentrando i poteri nelle mani di un unico uomo, i diritti potranno essere garantiti, a costo di limitare la sfera delle libertà del singolo. Nel *Leviatano*, Hobbes sostiene che solo affidando, attraverso il contratto, il potere ad un'unica persona è possibile porre fine alla guerra di tutti contro tutti caratteristica dello stato di natura.

Il liberalismo politico inglese è legato indubbiamente alla figura del filosofo John Locke, i cui scritti gettarono le basi per la nuova monarchia costituzionale e giustificarono la rivoluzione che l'aveva istituita<sup>64</sup>. Per Locke, i conflitti possono essere risolti attraverso la figura di un giudice imparziale, ovvero neutrale e al di sopra delle parti, in grado di ripristinare la legge qualora questa venga violata e di limitare o impedire lo stato di guerra. In virtù della sua formazione contrattualista, per Locke, anche la costituzione di questo "giudice imparziale" deve avvenire attraverso un contratto. Lo scopo del contratto è quello di tutelare le prerogative, cioè le libertà che i contraenti possedevano già nello stato di natura: si tratta, in altri termini, di garantire i diritti naturali di tutti i singoli individui. Per questo motivo lo stato di Locke si chiama "Stato garantista", ovvero uno stato che deve evitare di intromettere e di interferire nella sfera privata del cittadino.

### *Il Costituzionalismo americano*

La costituzione americana, ancora oggi in vigore nel suo impianto originario, assicura la netta divisione dei tre poteri; garantisce a tutti i cittadini la libertà di manifestare il proprio pensiero e di vivere le proprie convinzioni religiose e politiche. Il riconoscimento della sovranità del popolo divenne l'intestazione della Carta fondamentale americana. Il preambolo recita infatti: *"Noi, popolo degli Stati Uniti (We the People of the United States), al fine di perfezionare la nostra Unione, garantire la giustizia, assicurare la tranquillità all'interno, provvedere alla difesa comune, promuovere il benessere generale, salvaguardare per noi e per i nostri posteri il bene della libertà, poniamo in essere questa Costituzione quale ordinamento per gli Stati Uniti d'America"*<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> M. Menale, *Hobbes e Locke: osservatori speciali dell'Europa*, in "Ius in itinere", 2019.

<sup>64</sup> J. Dewey, *Filosofia sociale e politica*, Federica Gregoratto (cur.), trad. Corrado Piroddi, Rosenberg & Sellier, Torino, 2017, pp. 173-187.

<sup>65</sup> P. Carrozza- A. Di Giovine- G.F. Ferrari, *Diritto Costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 34.

Da quel momento in poi tutte le decisioni fondamentali avrebbero trovato legittimazione nella volontà del popolo americano, e non più in quella degli Stati.

I principi dettati dall'attuale costituzione americana, non sono stati sempre di facile attuazione, infatti il popolo ha dovuto affrontare nel corso di lunghi anni battaglie molto aspre per il riconoscimento e l'affermazione di ideali costituzionali.

A metà del Settecento, il territorio americano era suddiviso in diverse colonie, ognuna delle quali era sottoposta al controllo dell'Inghilterra. Il Governo di Londra esercitava il suo controllo politico attraverso l'adozione di diversi provvedimenti a danno degli americani, ovvero con l'introduzione, in maniera impositoria, di una nuova tassazione su documenti e giornali.

Gli americani risposero invocando il principio, ben saldo nel costituzionalismo inglese "*no taxation without representation*", secondo cui era illegittima qualsiasi tassazione che non fosse approvata dai loro rappresentanti eletti. L'adozione di questi provvedimenti deteriorò i rapporti tra americani e Governo inglese, tanto da costituirne la causa che portò negli anni successivi allo scontro armato. Gli episodi di tensione tra inglesi e colonie americane si intensificarono fino a raggiungere, nel 1775, le dimensioni di una vera e propria grande guerra, che si protrasse fino al 1781, con la vittoria degli americani<sup>66</sup>.

Nel 1776 fu indetto un nuovo congresso a Filadelfia in cui si riunirono tra i rappresentanti dei coloni e durante il quale si approvò la Dichiarazione d'indipendenza americana. Essa rappresenta il simbolo della storia del costituzionalismo in America e costituisce il primo atto con il quale si fissavano i principi politico-costituzionale da porre a fondamento della nuova nazione americana, nei seguenti termini: "*Noi riteniamo che le seguenti verità siano di per sé stesse evidenti, che tutti gli uomini siano stati creati eguali, che essi sono stati dotati al loro creatore di alcuni diritti inalienabili, fra i quali la vita, la libertà e la ricerca della felicità*"<sup>67</sup>.

Nel 1787 si riunirono a Filadelfia i delegati dei 13 Stati Americani, i quali approvarono la Costituzione Americana (17 settembre 1787), la quale entrò in vigore nel giugno 1788<sup>68</sup>.

### *Il Costituzionalismo francese*

Anche in Francia, come in America, la nascita dello Stato costituzionale ha dovuto affrontare grandi questioni, legate soprattutto allo sdoganamento di concezioni assolutistiche.

La società francese reclamava, da molto tempo, tutti i diritti individuali: civili, politici e sociali. Per permettere l'affermazione e il riconoscimento di questi diritti doveva aversi un cambio di

---

<sup>66</sup> R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 40.

<sup>67</sup> R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, cit., p. 40.

<sup>68</sup> R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 41



mentalità, ovvero un diverso modo di concepire la legge, lontano dal significato che gli si attribuì nell'epoca monarchica. Questo nuovo modo di interpretare la legge, all'insegna dei nuovi diritti umani, fu possibile attraverso le idee di Rousseau, il quale si pone come il principale esponente del nuovo pensiero politico e padre fondatore della rivoluzione francese, pertanto il suo pensiero sarà alla base della moderna concezione dello Stato democratico<sup>69</sup>.

Nella sua opera *Contratto sociale* Rousseau ipotizza, sulla convinzione che si debba limitare la propria libertà qualora si violi quella degli altri, un patto tra gli uomini, i quali si uniscono rinunciando ai loro interessi in funzione del bene comune. Ogni cittadino deve partecipare direttamente alla gestione della politica in una forma di democrazia diretta, senza delegare a qualcuno il loro diritto di rappresentanza, esercitata dal popolo riunito all'interno di una assemblea. Nell'opera inoltre l'autore definisce la Costituzione come astratta, sottile e corrispondente all'espressione della volontà generale.

Alla base della rivoluzione si possono rintracciare cause di diversa natura. Dapprima vi sono motivi di tipo economico e finanziari che hanno causato l'attuazione di una politica di spese a danno del popolo debole e povero e la previsione di esenzioni fiscali, invece, a vantaggio degli aristocratici. Le cause politiche sono legate all'assolutismo monarchico che si dimostrò insensibile a tutte le richieste riformiste che erano state proposte. Le cause sociali, infine, sono riconducibili alla classificazione in ceti della società francese, suddivisa in nobiltà, clero e terzo stato<sup>70</sup>. La rivoluzione francese esprime fedelmente l'età del Codice, perché, fin dai suoi primi passi, esige la codificazione del diritto fino ad allora non disciplinato legislativamente<sup>71</sup>.

Nel maggio del 1789 si registravano importanti buchi economici e pertanto le casse dello Stato necessitavano di un intervento che favorisse delle entrate cospicue che potessero far fronte al debito pubblico. Per raggiungere questo risanamento economico si rese necessario la tassazione dei ceti dei nobili e del clero. Per affrontare la questione vennero convocati a Versailles gli Stati generali ossia l'assemblea nazionale dei rappresentanti dei tre ceti (nobiltà, clero, Terzo stato). In questo caso però si ebbe una rottura di pensiero tra i ceti alti e quelli medi. Questa rottura interessava il differente ruolo che venne attribuito all'assemblea: da un lato, l'intenzione dei ceti privilegiati era, infatti, quella di servirsi dell'assemblea per ridimensionare il potere del sovrano, dall'altro quella dei rappresentanti del Terzo stato era di costringere nobiltà e clero a pagare le tasse eliminando situazioni di disuguaglianze e di privilegio. Queste

---

<sup>69</sup> M. Fioravanti, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nella legge costituzionale del 24 giugno 1793*, in "Historia Constitucional", 8/2007.

<sup>70</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 129-135.

<sup>71</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 135.

diverse vedute portarono ad una rivolta dei rappresentanti del Terzo stato i quali si autoproclamarono Assemblea nazionale e giurarono di non sciogliersi prima di aver dato una costituzione alla propria patria. Il re non poté che prenderne atto trasformando l'assemblea degli Stati generali in una Assemblea nazionale costituente. Queste tensioni stavano interessando tutta la Francia, infatti anche a Parigi questa situazione di forte agitazione culminò 14 luglio del 1789 con l'assalto della Bastiglia ad opera di un corteo di cittadini.

Sulla scia di queste forti tensioni, il 26 agosto 1789 si approva la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che rivendica i diritti fondamentali di libertà e uguaglianza tra tutti i cittadini di fronte la legge, la limitazione del potere tramite il principio della separazione dei poteri<sup>72</sup>.

Se il primo passo verso l'affermazione del moderno costituzionalismo aveva richiesto di superare i vecchi miti legati alla legge, il fenomeno richiedeva anche un ulteriore sforzo, questo rintracciabile all'abbattimento delle disuguaglianze tra il popolo, perché solo in questo modo si poteva affermare uno stato di tipo costituzionale.

Oggi, l'idea di costituzionalismo francese è racchiuso nell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, adottata dall'Assemblea nazionale costituente francese nel 1789. Alla base della Dichiarazione si pone un fondamentale ed importante concetto: ogni società nella quale la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri non sono assicurati, è una società priva di costituzione<sup>73</sup>.

### *Costituzionalismo italiano*

L'esperienza del costituzionalismo italiano prende piede, nella prima metà dell'Ottocento, quando si verificò il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato democratico costituzionale.

Nell'Ottocento in Italia vigeva lo Statuto Albertino, costituente una vera e propria monarchia guidata da Re Carlo Alberto. Quest'ultimo emanò l'omonima Costituzione, sintetizzabile nella previsione che tutto il potere era detenuto, in maniera assoluta, dal Re<sup>74</sup>.

Lo Statuto si presentava come una Costituzione flessibile, perché poteva essere modificata senza procedure speciali e in qualsiasi momento, a seconda delle esigenze del sovrano e del governo.

---

<sup>72</sup> R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, cit. p. 39.

<sup>73</sup> Art. 16, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 26 agosto 1789.

<sup>74</sup> R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 124-125.

Questa realtà monarchica costituiva malcontente nel popolo, perché esso lamentava l'assenza di una Carta fondamentale capace di tutelare e garantire eguali diritti, promotrice dei concetti di libertà e indipendenza.

Nel 1944, Badoglio e il Comitato di Liberazione nazionale raggiunsero un'intesa, il cd. Patto di Salerno, con il quale si decise che, al termine della guerra, si sarebbe dovuta convocare un'assemblea costituente, nominata a suffragio universale con il compito di scegliere la forma di stato e dare al paese una nuova costituzione.

Fu eletta l'Assemblea costituente a suffragio universale, composta da 556 membri, alla quale fu affidato il compito di "scrivere" la Costituzione.

Con il referendum, strumento con il quale il popolo fu chiamato a votare in favore della repubblica o della monarchia, si raggiunsero n. 12.717.923 voti per la repubblica e 10.719.284 per la monarchia.

La costituzione della Repubblica venne promulgata il 27 dicembre 1947 ed entrò in vigore il 1 gennaio 1948.

Nello stesso anno venne approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che enuncia all'articolo 1 che *"tutti gli esseri umani nascono liberi e in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza"*.

Alla luce delle lotte che si sono susseguite nel tempo, oggi il termine costituzione, impiegato nel linguaggio giuridico, può assumere significati differenti. "Costituzione" viene utilizzato sia per indicare un insieme di elementi che caratterizzano un determinato sistema politico, il modo in cui esso viene organizzato e funziona e, in questo senso, si potrebbe dire che ogni società ha una sua costituzione che la rappresenta al meglio; sia inteso, perlopiù dai giuristi, come manifesto politico, in cui la Carta fondamentale veniva finalmente richiesta e voluta dal popolo.

Inoltre la costituzione viene pensata come mezzo attraverso il quale garantire i diritti fondamentali di tutti i cittadini, l'arma più forte per assicurare il controllo costituzionale delle leggi, attraverso una politica controllata e anche attraverso la separazione del potere. Questi tre presupposti costituiscono le colonne portanti di uno Stato costituzionale, in quanto la dichiarazione dei diritti risulta una risposta alle atrocità commesse durante le guerre: massacri, genocidi e delitti più efferati. In più, essa rappresenta la prova della repressione di tutti quei comportamenti che hanno caratterizzato gli anni passati, pertanto costituisce la svolta verso l'affermazione della dignità inalienabile dell'essere umano, della libertà di ogni individuo, del rispetto e dell'uguaglianza di ognuno. Il controllo costituzionale delle leggi è un'esigenza

correlata all'assolutezza della Costituzione: non potrebbe esistere uno Stato costituzionale, se non ci fosse un organo neutro ed imparziale che garantisca il rispetto dei principi statuiti all'interno del testo normativo, posto come sindacato di costituzionalità delle leggi. Il principio di separazione dei poteri raffigura il solido terreno cui poggiano le garanzie e le libertà del cittadino da ogni abuso del potere politico. Tale principio rappresenta l'ultimo elemento di cui deve essere dotato uno Stato democratico, ma al tempo stesso costituisce il primo pensiero se si guarda con gli occhi del cittadino.

La Costituzione, però, da tutti i cittadini, indistintamente, viene intesa come il documento fondamentale che sancisce la vittoria politica di un'organizzazione sociale e stabilisce la sua forma istituzionale. Alla Costituzione viene riconosciuta solennità in quanto non è superabile da nessuno, ma anzi funge da ostacolo nell'esercizio di qualsiasi potere, sia pubblico che privato.

La costituzione della Repubblica italiana segna, dunque, la rottura definitiva con la monarchia, che si può cogliere già all'articolo 1 della Costituzione, il quale afferma che l'Italia è una Repubblica democratica e che la sovranità appartiene al popolo, la quale viene esercitata attraverso il riconoscimento di un diritto, di cui l'uomo era stato da sempre privato: quello del voto. Sono due, quindi, gli strumenti più importanti attraverso i quali viene garantito l'esercizio del diritto al voto: quello delle elezioni e del referendum.

L'attenzione dei nostri padri costituenti si è focalizzata specialmente sui diritti costituzionali e fondamentali, che trovano una precisa collocazione all'interno della Costituzione, infatti essi costituiscono la prima parte, l'apertura della Carta fondamentale. Essi sono: il diritto alla vita e alla salute, la libertà di pensiero, di parola e di stampa, la libertà di poter praticare liberamente la propria fede religiosa e politica, la tutela della riservatezza, la possibilità di essere difesi se accusati anche se non si può sostenere le spese di un avvocato, il rispetto della proprietà privata e della persona.

In Italia, Paolo Grossi ha dato un contributo decisivo nel campo del costituzionalismo.

Costituzione è un termine polisemico, sostiene Grossi, perché può essere assunto in un'accezione del tutto generica, volendo unicamente individuare quel patrimonio di costumanze e consuetudini secolari. Se, invece, si assume il termine senza genericismi, la Costituzione può essere identificata in un complesso organico di principi e regole fondamentali e supreme che il potere costituente desume dai valori portanti del suo popolo in un determinato momento storico<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 119.

Si tratta di principii giuridici, primo fra tutti quello di solidarietà, che innerva tutta la Repubblica e non lo Stato. Si tratta di due termini differenti che vanno tenuti ben distinti. Lo Stato è una persona giuridica, un'organizzazione di poteri che, grazie alla sua forza, riesce a mantenere quella sicurezza di cui i cittadini hanno bisogno. La Repubblica, invece, è la proiezione socio-politico-giuridica di una comunità che esprime in essa la sua complessità sociale e, di conseguenza, quella giuridica<sup>76</sup>.

Riprendendo le parole utilizzate da Grossi, si potrebbe definire la Costituzione un "breviario giuridico, un breviario di vita, che fosse in grado di allontanare l'eguaglianza"<sup>77</sup> di tipo formale.

Grossi definisce la Costituzione un atto di ragione, un qualcosa già esistente nel passato ma che solo la Costituente, mossa da una coscienziosa ragione, ha avuto il coraggio di mettere nero su bianco, in una struttura particolarmente complessa, composta da 139 articoli.

*Una Costituzione da vivere*<sup>78</sup> secondo Grossi. Questo costituisce uno scritto di 80 pagine, ma che contribuisce, nel suo piccolo, a dare un nuovo volto al diritto: il diritto, scrive Grossi, è il salvataggio di una civiltà storica, perché è attraverso il diritto, le regole e i principi che una società riesce a progredire.

Grossi pone un accento particolare al carattere della socialità che pervade l'intera costruzione costituzionale: per l'autore, il termine identifica "una comunità storica permeata da un vivace ordito di solidarietà, dove i diritti dell'uno non sono contemplati in una solitaria assolutezza ma in armonia con quelli dell'altro, armonia che si realizza unicamente temperandoli con situazioni di dovere"<sup>79</sup>.

L'autore successivamente rivolge la sua attenzione al termine costituire. La Costituzione è la manifestazione più alta di quel complesso di valori, che, in maniera crescente si stava affermando nel secondo dopo guerra e che è stato trasformato e tradotto in quei 139 articoli che costituiscono la fondazione etica, sociale e politica del popolo italiano e che formano la Costituzione repubblicana, il supremo ordinamento della nostra società. Una Costituzione che è stata capace di far emergere la vera figura del giurista in quanto tale, e non più come un esegeta o un propagandista.

---

<sup>76</sup> P. Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in Rivista trimestrale di diritti e di procedura civile, n. 3/2009.

<sup>77</sup> F. M. De Sanctis, *Dall'uguaglianza fra gli eguali all'uguaglianza degli eguali*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2015, pp. 59-66.

<sup>78</sup> P. Grossi, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Bologna 2018.

<sup>79</sup> P. Grossi, *Una Costituzione da vivere. Breviario ai valori per italiani di ogni età*, cit., p.74.

La Costituzione italiana è intimamente legata alla vita del cittadino qualunque, che “intende superare il predominio dell’*avere* e dell’*abbiente*, e pertanto, sorda a istanze di giustizia sociale”<sup>80</sup>.

Lo studioso scrive, senza mai dimenticare, che la Costituzione è stata il frutto di guerre, sacrifici e morti, avvenute per mettere in luce la dignità umana e che pertanto deve essere sempre glorificata la sua esistenza. Inoltre, dedica il suo pensiero anche ai padri costituenti, osannandogli della forza e della bravura che hanno avuto nel riconoscere i valori primari, nonostante l’Italia avesse un territorio distrutto e conteso tra le diverse concezioni ideologiche.

A differenza della Carta dei diritti, espressione di uno Stato monoclasse e di una civiltà decisamente individualistica, il costituzionalismo novecentesco, post-moderno, testimonianza di uno Stato ormai pluriclasse e, quindi, di una società pienamente plurale, esprime una realtà storicamente ben definita: il contesto concreto del popolo italiano, che sta vivendo, dal 1943 in poi, uno straordinario rinnovamento etico civile politico<sup>81</sup>

Per Grossi, la Costituzione diventa “da vivere” soltanto se i suoi diritti, i suoi principi e anche i doveri in essa contenuti possono essere comprensibile da tutti. Non deve ridursi in un mero testo normativo, accessibile a pochi, ma deve riunire davanti a sé tutti i cittadini, deve guidare la loro ragione, deve indirizzarli verso il giusto, come una sorta di faro.

La grande rivoluzione, che funge da trampolino per l’entrata in vigore di una Costituzione, consiste nell’attivarsi per rimuovere quelle situazione e quegli ostacoli che impediscono di superare le disuguaglianze e che minano l’assetto democratico. A presidio di questi grandi valori si pone la Corte Costituzionale.

Se da un lato l’obiettivo di dare al Paese la sua Costituzione era stato raggiunto, dall’altro emergeva l’esigenza di istituire un organo che controllasse scrupolosamente il rispetto della Carta Costituzione. L’Assemblea Costituente diede concretezza a questi impulsi tanto da inserire agli articoli dal 134 al 137 della Costituzione, per la prima volta, un giudice terzo ed imparziale, come custode dei diritti umani e della democrazia italiana: la Corte Costituzionale.

La Consulta funge come organo di vigilanza, affinché nessun diritto umano venga leso o offeso. Accanto alla previsione normativa dei diritti umani, sociali e politici di tutti i cittadini, si pone la Corte Costituzionale a protezione e sorveglianza di tali diritti.

---

<sup>80</sup> P. Grossi, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, cit., p. 42

<sup>81</sup> P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, lezione inaugurale anno accademico 2016/2017, Università “Sapienza” di Roma, 19 gennaio 2017.

L'unicità della Corte Costituzionale emerge da diversi elementi. Innanzitutto, la sua singolarità emerge dalla sua stessa fonte costituzionale, ovvero dal fatto che viene prevista e garantita dalla stessa Costituzione.

La sua onnipotenza, inoltre, deriva dal riconoscimento del diritto di impugnazione: tutte le sentenze o i provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria sono impugnabili. L'impugnazione è quello strumento attraverso il quale il ricorrente mette in discussione quanto deciso dal giudicante, attraverso l'articolazione di argomenti idonei a confutare le statuizioni dei giudici; pertanto rappresenta anch'esso un mezzo di garanzia per il cittadino, nel pieno rispetto del principio di legalità. Ma l'unicità della Consulta risiede, ancora, nel fatto che nei suoi confronti vige il divieto di impugnazione dei provvedimenti da essa adottati. L'articolo 137 della Costituzione sancisce che "contro le decisioni della Corte Costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione"<sup>82</sup>.

Strettamente collegato all'idea che in uno Stato debba essere garantito il controllo del rispetto della Costituzione, è il tema della giustizia costituzionale. La giustizia costituzionale è un organo di controllo e di verifica delle norme di legge. La sua attività si estrinseca essenzialmente nella sindacabilità di tutte le disposizioni normative che vengono emanate. Il limite di queste sta proprio nel rispetto e nella non contraddittorietà della legge ai principi sanciti all'interno della Costituzione. È impensabile la validità di una legge, o di qualsiasi atto avente forza di legge, che legittima un comportamento vietato dalla Costituzione. Ed è proprio in questo contesto che emerge la solennità della Carta Costituzionale rispetto alla politica adottata nel passato: non è più concessa alcuna possibilità di emanare provvedimenti o atti che si pongano in contraddizione alla Costituzione e, quindi, in contrasto con i diritti fondamentali<sup>83</sup>.

Oggi, i principi dettati in nome del costituzionalismo si mostrano scontati o elementari.

Tutti noi in qualsiasi situazione ci facciamo portavoce di tutti i diritti contenuti all'interno della nostra Costituzione, come se fosse in diritto che ci appartiene già dal principio.

Questo modo di vivere appare come un diritto ineliminabile per l'uomo, ma in realtà è bene tener sempre in mente e riflettere sul fatto che questo lungo e lento processo di affermazione è stato attraversato da guerre, lotte e rivoluzioni e che l'idea diffusasi di costituzionalismo, così come noi oggi lo intendiamo, costituì, nel Settecento, una veduta lungimirante, in quanto costituiva la promessa di cambiamento e di speranza che si sarebbe

---

<sup>82</sup> E. Malfatti- S. Panizza- R. Romboli, *Giustizia Costituzionale*, Giappichelli, Pisa, 2018, p. 1.

<sup>83</sup> E. Malfatti- S. Panizza- R. Romboli, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 12.

attuata nel futuro. Già in passato divenne comune l'idea che una società, come quella in cui noi oggi viviamo, sarebbe stata la salvezza dell'intera umanità e dell'ordinamento giuridico.

## 2. *Un sentiero tracciato dall'ermeneutica*

Nel diritto, l'interpretazione è un'attività essenziale che viene svolta attraverso l'utilizzo di determinati criteri, per mezzo dei quali si attribuisce a testi autorevoli un significato semplice, diretto o indiretto, per la risoluzione del problema pratico.

Si può parlare di una vera e propria teoria dell'interpretazione giuridica che cerca di ricondurre una parte della realtà a un determinato modello, ovvero un'attività di schematizzazione semplificata che dovrebbe rendere la realtà osservata più trasparente e accessibile alla conoscenza<sup>84</sup>. Allo stesso tempo, la teoria dell'interpretazione giuridica è un'impresa di tipo conoscitivo, alla quale viene assegnato il compito di elaborare modelli, concetti ed elaborazioni al fine di rendere più semplice una sfera di realtà, che appare particolarmente complessa<sup>85</sup>.

Il termine "ermeneutica", seppur derivi dal greco, corrisponde al termine latino *interpretari*, essa però non ha una definizione univoca, ma abbraccia diverse tipologie di attività.

Dapprima si può ricollegare l'arte ermeneutica all'interpretazione delle parole e quindi al linguaggio spiegato: l'interpretazione crea concetti di diritto di riferimento e quindi fornisce una chiara spiegazione a testi giuridici che utilizzano un difficile linguaggio tecnico.

Poi, il concetto di ermeneutica si riferisce anche alle condizioni sociali, esistenziali, culturali, che si pongono alla base dell'elaborazione dei testi.

Si può definire generalmente l'ermeneutica come l'arte dell'annunciare, del far interpretare, dello spiegare e abbraccia la tecnica del comprendere.

Quando si parla di ermeneutica è quasi automatico il richiamo a Hans Georg Gadamer, filosofo tedesco, considerato il più grande esponente dell'ermeneutica filosofica tedesca del Novecento.

Il suo pensiero si sviluppa intorno al concetto di "ragione ermeneutica": una nuova tipologia di ragione, non riconducibile a una struttura rigida o a un insieme di regole sempre valide, ma piuttosto riferibile a una ragione pratica, capace di orientare le preferenze individuali e anche collettive, in favore di scelte dettate dalla ragione umana.

---

<sup>84</sup> P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

<sup>85</sup> G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021.



Nella sua opera *Verità e Metodo*, una delle più importanti, Gadamer racconta come la ragione costituisca essenzialmente quel potere che permette all'uomo di distinguere i mezzi dai fini, quello strumento capace di orientare l'agire umano. Ecco perché, Gadamer preferisce parlare di razionalità piuttosto che di ragione.

Egli formula per la prima volta la teoria dell'interpretazione circolare o circolo ermeneutico, ovvero afferma che l'interpretazione è un'arte che presuppone una prima comprensione, dalla quale, attraverso la stessa attività, si perviene a una nuova spiegazione interpretativa. Le prime interpretazioni costituiscono dei precedenti, dei modelli preconstitutivi, dei pregiudizi, ovvero delle valutazioni e delle idee già esistenti nella nostra mente<sup>86</sup>.

Per Gadamer il pregiudizio non implica direttamente un qualcosa di negativo, ma, anzi, diviene lo strumento utile che conduce l'uomo alla verità. Si innesca così un circolo ermeneutico, e non vizioso, che avvicina l'uomo alla verità. Attraverso la precomprensione l'interprete abbozza un primo significato a quel testo. La correttezza del significato attribuito mediante la prima interpretazione sarà valutata alla stregua di una seconda interpretazione del testo, e via via fino a raggiungere il significato più vicino alla verità, che in quel momento orienterà l'agire dell'uomo. Questo meccanismo è possibile in virtù della conoscenza e dell'esperienza che accompagnano costantemente l'uomo: tutto ciò che si apprende deve misurarsi con la storia umana. Ecco perché l'interpretazione è un compito infinito. Gadamer ritiene che ci sia un legame indissolubile tra conoscenza e coscienza: la conoscenza sarà raggiungibile solo qualora l'uomo utilizzerà la sua coscienza e quindi solo qualora sarà capace di andare oltre le prime interpretazioni<sup>87</sup>.

Paolo Grossi identifica l'opera di Gadamer una sorta di modello esemplare per l'esperienza dei giuristi, considerandolo come colui che ha operato un rivolgimento rinnovatore, dal quale Grossi individua gli insegnamenti più significativi: a) il testo non è una realtà autosufficiente; b) l'interpretazione non è atto passivo meramente ricognitivo, ma è comprensione e, quindi, mediazione fra testo, immobile nel suo passato prossimo o remoto, e la attualità dell'interprete; c) l'interpretazione è una fase interna al processo di produzione del diritto, che lo compie e lo conclude rendendolo vivo con la immersione nel concreto della vita quotidiana; d) il naturale protagonismo dell'interprete<sup>88</sup>. Da ciò emerge l'indole ideologica di

---

<sup>86</sup> D. Antiseri- G. Reale, *Storia della filosofia. Fenomenologia, esistenzialismo, filosofia analitica e nuove tecnologie. Gadamer, la teoria dell'ermeneutica e i suoi recenti sviluppi*, Vol. 10, Bompiani, Milano, 2014, p. 1.

<sup>87</sup> D. Antiseri- G. Reale, *Storia della filosofia. Fenomenologia, esistenzialismo, filosofia analitica e nuove tecnologie. Gadamer, la teoria dell'ermeneutica e i suoi recenti sviluppi*, cit., pp. 1-2.

<sup>88</sup> P. Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e di procedura civile*, n. 3/2009, pp. 773-774.

riduzionismo dell'interprete del Settecento e la credenza che la legge disponeva ciò che era buono e vietava ciò che era cattivo, riducendo l'interprete, e la sua arte dell'interpretazione, a una specie di automa, con volontà compressa.

Oggi, invece, all'interprete fa capo una attiva funzione, cioè quella di comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al caso concreto, trasformandosi in un inventore<sup>89</sup>

Di fenomenologia ermeneutica se ne è occupato anche Heidegger, il quale la concepiva primariamente come un concetto di metodo, bensì come sentiero e cammino volto alla comprensione, mai definitiva ed esaustiva, ma sempre sottoponibile ad altro domandare<sup>90</sup>.

L'ermeneutica, e quindi l'arte dell'interpretazione, non è un'attività che nasce nell'epoca moderna, ma conserva le sue radici già nell'antichità. Nasce in Grecia, come arte dei poeti e degli oracoli, che trasportano i messaggi degli dei. Nell'antichità greca, infatti, Platone riconduce il concetto di ermeneutica a Hermes, il dio mediatore tra gli dei e gli uomini, a rappresentazione dell'esistenza tra il mondo sensibile e il mondo intelligibile. Platone quindi idealizza l'ermeneutica come attività di ragionamento orientata al raggiungimento di una verità assoluta. Diversamente insegna Aristotele, il quale aveva fatto dell'ermeneutica un'attività finalizzata alla ricerca del vero. L'uomo si serve dell'interpretazione per raggiungere la verità insita nelle cose.

A differenza del passato greco, quando oggi, invece, parliamo di ermeneutica ci catapultiamo principalmente nell'epoca moderna, perché è in questo momento che prende avvio un moderno modo di concepire il metodo e la scienza. L'ermeneutica moderna rappresenta appieno la consapevolezza metodica.

Durante gli anni '50 del secolo scorso sono due pensatori italiani a considerare l'interpretazione come questione filosofica di fondamentale importanza: Emilio Betti e Luigi Pareyson.

Nella sua opera *Teoria generale dell'interpretazione*<sup>91</sup>, che inizialmente sarà ignorata dalla cultura italiana, Betti partiva dalla convinzione che l'ermeneutica nasceva da una categoria oggettiva, secondo la quale l'interpretazione costituiva il processo di "intendere" la struttura interna di un oggetto. L'interprete ha il compito di captare il senso, sia quello oggettivamente riconoscibile, quello intenzionale e sia quello intrinseco

La riflessione filosofica di Luigi Pareyson parte da una ipotesi storico-teorica sull'esistenzialismo e concentra il suo pensiero sull'ermeneutica in una serie di saggi nel

---

<sup>89</sup> P. Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, cit., p.774.

<sup>90</sup> A. Argiroffi, *Ermeneusi e diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, serie V, n. 3/2003.

<sup>91</sup> E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, II vol., Milano, 1955.

volume *Verità e interpretazione*<sup>92</sup>. Per Pareyson la verità origina dal pensiero filosofico e il discorso del pensiero filosofico non è sede della verità. Da qui, l'interpretazione deve essere concepita come strumento di rivelazione della libertà, con una conseguenza di grande rilievo anche per la funzione di critica culturale e di affrancamento morale assegnata al pensiero ermeneutico.

L'interpretazione è una tecnica che scorre assieme al tempo e che subisce le influenze tipiche del contesto storico in cui si inserisce. Per questo ogni cambiamento, trasformazione e rinnovamento culturale e storico comporta un mutamento nell'arte dell'interpretare, perché assegna un nuovo significato alle parole e ai motivi che hanno spinto lo scrittore a scrivere quelle parole.

L'incidenza del tempo sull'interpretazione ha creato un conflitto tra atteggiamenti ermeneutici originalisti ed evolutivi. Specie, se si pensa all'interpretazione in correlazione con la Costituzione scritta.

L'approccio originalista comporta un'interpretazione di tipo formale e cognitiva, in contrapposizione a quella di tipo scettico-realista. Si può tracciare una netta differenza tra questi due modi di interpretare: per l'approccio formalistico-cognitiva, la norma nasce nel momento in cui il legislatore la pone in essere: essa dunque preesiste e prescinde dall'attività dell'interprete, si pone dunque a monte rispetto ad essa.

Differentemente, secondo la visione scettico-realista, la norma esiste solo a valle dell'interpretazione e, pertanto, viene ad esistenza solo quando sia stata oggetto di interpretazione da parte dell'interprete.

Il diverso modo di concepire l'interpretazione, di riflesso, interessa anche il differente ruolo che viene riconosciuto all'interprete e alla sua attività: nel primo caso, l'attività dell'interprete è volta a conoscere un significato già presente all'interno di in una qualsiasi disposizione. Nel secondo caso, non esiste una corrispondenza innata tra enunciati e significati. Le parole sono espressioni intrinsecamente vaghe e, pertanto, questa ambiguità può essere fugata solo attraverso l'attività dell'interpretazione.

L'avvento della Costituzione rigida ha permesso il passaggio da un atteggiamento ermeneutico dogmatico a un'ermeneutica orientata secondo una scala di valori vigenti: così che la Costituzione diviene il reale centro della teoria pratica dell'ermeneutica dell'ordinamento.

Il problema dell'interpretazione, nell'ambito del pensiero giuridico europeo, si è affermato in maniera incisiva nel corso del tempo. Un ruolo importante, al riguardo, ha avuto

---

<sup>92</sup> L. Pareyson, *Verità e interpretazione*, Mursia, Milano, 1971.

proprio la corrente ermeneutica. Tale corrente, si è affermata in Germania tra la prima e la seconda metà del Novecento e si è sviluppata sotto il nome di “Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea”. Questa corrente non si configura come una “scuola”, ma come un vero e proprio “movimento”, i cui esponenti hanno condiviso una serie di tesi, di idee e di categorie teoriche organizzate attorno ad essa. Si tratta dell’idea secondo la quale, nel campo dell’esperienza giuridica, vi è una decisiva e stretta correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale, resa possibile attraverso la dialettica tra questi due elementi. Il primo elemento risiede nel dettato normativo della disposizione; il secondo invece tiene conto della fattualità, ovvero dei valori sociali e culturali tipici di una società moderna.

In Italia, l’Ermeneutica Giuridica tedesca contemporanea ha avuto un’influenza particolare. Da un lato questo movimento ha ispirato, intorno agli anni Settanta la riflessione di importanti filosofi del diritto; dall’altro, ha riscosso a partire dagli anni Novanta un interesse crescente tra i penalisti più autorevoli.

Se in Italia il pensiero ermeneutico è stato da sempre accompagnato dal “pensiero debole” o dal “postmoderno”, è anche vero che all’interno di esso si è fatta strada l’idea più moderata e realistica attribuibile a Umberto Eco. Se si dovesse riassumere brevemente il tratto principale del suo pensiero, si potrebbe affermare che Eco ha dedicato l’intera ricerca filosofica ad individuare i limiti dell’interpretazione. Da queste ricerche, infatti, emergono due considerazioni: da un lato, che i testi non sono contenitori di significato rigido e preconstituito, ma i codici interpretativi possono essere oggetto di trasformazioni; d’altro canto, emerge una dimensione morale con la quale l’interpretazione deve fare i conti.

Paolo Grossi ha dedicato parte della sua riflessione giuridica al problema dell’ermeneutica ed infatti ha offerto un grande contributo partendo dal concetto di fattualità del diritto, che più volte ricorre nel suo pensiero. Tale fattualità ha rappresentato, per lo scrittore, una sorta di miraggio: il diritto durante l’epoca moderna era stato svuotato della sua fattualità, ovvero della connessione tra diritto e fatti. L’affermazione delle idee tipiche del periodo dell’illuminismo ha comportato l’esilio della fattualità dal territorio della giuridicità, determinando una sorta di oscuramento del mondo dei fatti ormai soggetto al controllo del potere.

Il diritto non può, infatti, essere ridotto ad una mera categoria di nuova creazione da parte del legislatore, ma deve essere considerato, cercato e trovato “nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nella identità più gelosa di una coscienza collettiva”<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari 2017, pag. 10

Si avverte, quindi, l'esigenza di dar vita ad una nuova interpretazione del diritto: è necessaria una liberazione della scienza giuridica da quello stato di soggezione, nei confronti della legge, al quale si era, in precedenza, sottoposto. Il compito dell'interprete, dello storico del diritto e del giurista non è quello di dare applicazione al diritto, attraverso l'attuazione di disposizioni normative, ma è quello di interpretare la legge, di creare e inventare il diritto.

È di Paolo Grossi l'affermazione secondo cui nell'interpretazione si incarna il diritto<sup>94</sup>, riprendendo il concetto di circolo ermeneutico di Gadamer. Con questa espressione Grossi intende sottolineare come essa sia un momento importantissimo che, però, viene confinato al di fuori del processo di produzione del diritto. È solo grazie all'interpretazione, invece, che il testo raggiunge la sua compiutezza e perfezione. Inoltre, la funzione dell'interpretazione non si risolve nella conoscenza ma anche nella comprensione del testo, poiché fa da intermediazione tra il messaggio del testo e l'attualità di chi lo interpreta.

Si può parlare per Grossi di interpretazione creativa. L'interprete crea nel momento stesso in cui è chiamato a colmare il fossato che separa la previsione normativa astratta, immobile nella sua rigida forma testuale, dalla viva carnalità del reale; ma va guardata, secondo la prospettiva ermeneutica, come parte inscindibile di un più ampio processo di "concreazione" giuridica del quale il giurista-interprete diviene necessario e insostituibile artefice<sup>95</sup>.

Grossi osserva come proprio la nostra Carta Costituzionale, che intende il cittadino quale vero protagonista, in quanto titolare di diritti e doveri, non si ponga come un contenitore di disposizioni normative, ma come insieme di principi armonicamente e dinamicamente coesi volti all'affermazione di valori ed interessi diffusi e condivisi.

L'interpretazione ha il compito, appunto, di interpretare la generalità e astrattezza della norma, riconoscendo al giudice il delicato compito di orientarsi e incaricando l'interprete di ritrovare il significato del diritto attraverso l'utilizzo della norma giuridica. In ragione della indeterminatezza ed elasticità che i principi pretendono di essere interpretati. L'interprete, dal canto suo, che non deve limitarsi a spiegare e chiarire, ma deve assolvere una funzione valutativa che gli permetta individuare il principio nel concreto dell'esperienza e convertirlo in strumento efficacemente disciplinatore del magma sociale<sup>96</sup>.

L'asse portante della nostra civiltà si sposta sulla figura dell'interprete, così da rimodulare l'interpretazione: ieri concepita come un'appendice esterna ed estranea al

---

<sup>94</sup> P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, pp. 103-112.

<sup>95</sup> A. Spinoso, *L'Interpretazione come Missione. Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi*, in *História do Direito*, vol. 3, n. 5, pp.40-52, 2022.

<sup>96</sup> P. Grossi, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giustizia Civile*, Giuffrè, n. 4/2014, p. 944.

procedimento di formazione della norma; oggi si trasforma non solo in un momento interno ma addirittura nel momento più rilevante, giacché è quello che determina il disciplinamento della fattispecie<sup>97</sup>.

Quanto detto, viene sancito anche nel secondo comma dell'art. 101 della Costituzione, affermando il principio per cui “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”, conferendo all'organo giudicante indipendenza e autonomia, senza le quali il giudice non è interprete e neanche inventore.

La Costituzione, insomma, come interpretazione; anzi, come criterio per ogni interpretazione in grazia della sua capacità inventiva. Il che può dirsi ugualmente del carattere inventivo della Corte Costituzionale<sup>98</sup>.

Grossi in questo si interroga anche sul ruolo assunto nell'attuale vicenda storica italiana dal principio di legalità. La modernità e, soprattutto, il pluralismo giuridico, hanno profondamente eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità. Se le fonti si sono pluralizzate, occorre parlare, ormai, di principio di giuridicità, anziché legalità<sup>99</sup>.

Paolo Grossi, inoltre, rivolge una raccomandazione, affinché non vada perduto il valore dell'interpretazione: tutti i giuristi devono avere uno sguardo aperto e attento a tutto quello che succede fuori, in modo da cogliere tutti gli aspetti che sono scritte nelle cose.

Paolo Grossi, infatti, ricorda gli insegnamenti di Santi Romano, dal quale, sostiene, il giurista deve riprendere il suo spirito di osservazione, il suo “aprire le finestre dello studio per liberarlo del fetore di stantio e per non privarsi di un orizzonte meno limitato”<sup>100</sup>.

Il distacco tra apparata normativa e società civile fanno della legge una disciplina dettagliata, inserita in una cornice o in una legislazione per principi. Da ciò discende che alla legge viene riconosciuto un ruolo sempre più appartato, ma riacquista centralità l'arte dell'interpretazione, in tutte le sue molteplici manifestazioni. Ma, l'interpretazione non è da intendersi come strumento legato alla sola volontà dell'interprete, anche se quest'ultimo possa considerarsi il titolare del potere supremo.

Interpretare è sempre un fare i conti con qualcosa che esorbita la soggettività solitaria e si colloca in rapporto con una realtà esterna al soggetto interprete; è, infatti, sempre ricerca e

---

<sup>97</sup> P. Grossi, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 944.

<sup>98</sup> P. Grossi, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta post-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 47, n. 1, 2018, p. 310.

<sup>99</sup> P. Grossi, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 948.

<sup>100</sup> P. Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, cit., p. 772.

reperimento, invenzione, magari sorretta da forti intuizioni e può spesso concretarsi anche in sviluppo e costruzione<sup>101</sup>.

L'importanza dell'ermeneutica giuridica nel Novecento, comporta una breve riflessione sul ruolo che ha assunto con l'avvento della realtà digitalizzata, ponendosi come interrogativo la questione se sia possibile o meno che un'arte con radici così antiche sia capace di resistere ad un'era totalmente tecnologica.

Da qualche anno ormai, è in atto un processo di informatizzazione, per effetto del quale la documentazione cartacea viene sostituita dalla documentazione digitale.

L'informatica o la digitalizzazione dei dati, anche se oggi costituisce la normalità, ha sollevato, e lo fa tuttora, importanti problemi interpretativi e incidenti sul ruolo dell'interprete. Se un tempo la scansione dei testi avveniva manualmente per mano dell'interprete, attraverso la lettura e la reinterpretazione delle informazioni, oggi questa attività è stata affidata a una macchina informatica. Questa digitalizzazione, che indubbiamente questo processo ha influenzato qualsiasi ramo del sapere, e pertanto anche il mondo del diritto, ha un effetto più diretto per la scienza giuridica. Si pensi, ad esempio, al giudice che redige una sentenza attraverso un supporto informatico.

Da qui, la fondamentale criticità, alla luce della digitalizzazione giuridica, che emerge è se l'attività ermeneutica, avente ad oggetto l'interpretazione di testi giuridici o la redazione di sentenze o altri provvedimenti, possa essere affidata a un calcolatore.

La questione nel campo dell'ermeneutica richiama, inevitabilmente, lo stretto rapporto sussistente tra il diritto e il linguaggio tecnico-giuridico che da sempre contraddistingue la materia. Il linguaggio può essere definito come un mezzo attraverso il quale veicolano i concetti di diritto, attraverso la traduzione, diffusione e reinterpretazione delle parole. La scienza ermeneutica quindi presuppone la diffusione di concetti attraverso un linguaggio semplificato, che può essere scritto, parlato o informatico.

Per cui, l'avvento dell'informatica nelle operazioni giuridiche non implica un decadimento dell'operazione ermeneutica ma, al contrario, assicura una sua distribuzione su più livelli: non solo il giurista-interprete deve infatti conoscere il diritto, ma deve anche saper usare lo strumento informatico, ma le informazioni attraverso la digitalizzazione arrivano a più utenti possibili ed in poco tempo.

Sulla base di questo, è ancora attuale l'idea per la quale l'ermeneutica giuridica non può considerarsi soltanto come metodo o strumento di interpretazione, ma deve definirsi come una

---

<sup>101</sup> P. Grossi, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta post-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 311.

vera e propria filosofia che indichi come muoversi, quali criteri adoperare e come agire nel mondo.



## CAPITOLO IV – Diritto Europeo

### *1. L'Unione Europea e il cambio di mentalità*

Un tempo l'Europa appariva come la casa di tutti i popoli, quel posto sicuro in cui i loro diritti, elencati e riconosciuti a livello nazionale, venivano consacrati in un apparato politico e giuridico più ampio. La vasta ampiezza che si aveva di questo sistema sembrava apporre una maggiore garanzia al rispetto e alla tutela di questi diritti, pertanto la creazione di questo luogo dal carattere europeo veniva avvertita come una necessità sempre più imminente, proprio perché questa vastità aggiungeva maggiore concretezza all'assistenza, alla difesa e alla sorveglianza dei diritti umani.

Un obiettivo così grande affondava le radici, indubbiamente, nel tormentoso passato, fatto di guerre, conflitti, prevaricazioni, atrocità. Questo bagaglio culturale doloroso fa da sfondo, quindi, ai grandi conflitti che hanno interessato l'Italia e il resto del mondo. Le guerre avevano portato fino a quel momento solo dolore e sofferenze, pertanto non apparivano più le armi giuste per l'affermazione di un dato ideale, piuttosto ne era arrivata la conferma che non erano più utili al raggiungimento dell'obiettivo proposti.

Pertanto, maturava nelle menti comuni l'idea di creare una nuova arma strategica per combattere pacificamente le atrocità commesse in passato e per tutelare i diritti fino a quel momento violati senza alcun ripensamento. Questo strumento però doveva essere più potente e pertanto richiedeva la collaborazione di tutti gli Stati, perché solo con la loro complicità e partecipazione si sarebbe raggiunta la pace universale.

Questa arma strategica, consistente in una rete in grado di mettere in comunicazione le diverse realtà giuridiche, doveva possedere innanzitutto un complesso organico, fatto di istituzioni specificatamente preposte allo svolgimento di funzioni ben determinate, superando le vecchie abitudini dell'esercizio arbitrario del potere ad opera di un solo soggetto giuridico. Secondariamente, doveva prevedere nei confronti dei cittadini degli stati che entravano a far parte di questo nuovo progetto un nuovo status, ovvero doveva essere attribuiti loro una specifica cittadinanza alla quale ricollegare una serie di garanzie; inoltre doveva porsi al centro della sua attenzione una serie di diritti da riconoscere al suo cittadino ovunque si trovi, senza limiti di spazio né di tempo.

Sulla base di queste idee e progetti si è fatta strada, insistentemente, la creazione di una Europa unita, che giunge, oggi, al 31esimo anno di vita.

Da un lato il nome Europa, secondo un pensiero diffuso, deriverebbe dalla lingua asiatica “*ereb*”, indicando con tale espressione un posto formato da tutti i paesi occidentali<sup>102</sup>. L'utilizzo del termine unita troverebbe la sua motivazione nel fatto che racchiudeva intorno a sé tutti gli Stati che, volontariamente, decidevano di unirsi nel perseguimento degli obiettivi. La peculiarità di questa Europa Unita può ravvisarsi, infatti, nel carattere della condivisione: le decisioni, le strategie politiche, gli interventi tecnici sono oggetto di discussione e soggette all'attenzione di tutti i rappresentanti degli Stati partecipanti, con un tipico sistema elettorale.

Accanto all'idea di Europa, come spazio di garanzia e tutela dei diritti, emergeva anche quello di posto sicuro come sinonimo di quella fiducia che i cittadini riversavano nelle istituzioni. Gli indirizzi politici attuati dallo Stato assolutistico avevano sfiduciato il cittadino, il quale non era più posto nelle condizioni di credere nell'efficienza del sistema giuridico, ma anzi si considerava una sua vittima o uno strumento attraverso il quale lo Stato soddisfaceva le proprie esigenze. Troppi anni passati a essere oggetto di una forma di Stato prevaricatrice, indifferente di fronte alle difficoltà del singolo e lontana dai suoi cittadini, attenta soltanto al raggiungimento di una situazione di benessere che potesse soddisfare esclusivamente i suoi interessi.

Era venuto meno, nel corso del tempo, oltre che alla fiducia, anche il sentimento di non sentirsi parte integrante di qualcosa; il cittadino non si rispecchiava negli ideali e nelle politiche attuate dal suo Stato, perché questo, appunto, proseguiva indisturbato dagli accadimenti sociali e umani. Il cittadino, pertanto, si sentiva solo, inserito in una società senza Stato, non rappresentato da nessuna istituzione e non considerato oggetto di alcun intervento normativo.

Si avvertiva, così, l'esigenza di costruire un nuovo sistema, fatto di istituzioni che ponevano al centro la persona, costruito nell'interesse del cittadino e che intervenisse, dal punto di vista legislativo, in suo favore.

La fiducia dei cittadini veniva, così, riposta in un'entità sovranazionale, quale, appunto, l'Europa.

L'idea di Europa unita, che ha pervaso l'immaginario collettivo, si può già registrare nell'epoca medioevale, durante la quale si presentava come risposta all'assolutismo degli Stati, con la finalità di contrastarne il totalitarismo e le relative politiche restrittive. Questo pensiero dal carattere europeo appariva come posto sicuro per l'umanità in cui venivano rispettate diverse e fondamentali libertà, sia attinenti la circolazione che il commercio ma anche i diritti,

---

<sup>102</sup> AA. VV., *Europa*, in Enciclopedia Treccani, <https://www.treccani.it/enciclopedia/europa>.

in cui, cioè, il rispetto delle rispettive garanzie riconosciute all'uomo venivano attribuiti ad un'autorità sovranazionale.

La tangibilità di questo posto sicuro sia per i cittadini che per gli Stati, che ne avrebbero preso parte, si inserisce concretamente nel secondo dopoguerra. Le atrocità che avevano accompagnato gli uomini a partire dal primo conflitto fino ad arrivare al secondo dopoguerra, contribuirono all'esigenza di creare un ambiente in cui garantire un nuovo ordine di diritti e libertà, un nuovo assetto armonico tra gli Stati, una nuova dialettica pacifica tra le Nazioni.

La storia dell'Europa inizialmente si afferma, per lo più, come un territorio geograficamente unito, ovvero come spazio territoriale in cui confluivano una serie di Stati diversi tra di loro, uniti solo perché facenti parte della stessa dimensione geografica, senza alcuna attività di collaborazione, comunicazione o coordinamento che gli avvicinasse per davvero. Seppur uniti a livello geografico, restavano, pur sempre, lontani ed estranei tra di loro.

Solo dopo alcuni anni, si espanderà anche all'esigenza di condividere al suo interno tanti altri valori e ideali che possono essere utilizzati come arma di congiunzione tra i suoi membri.

Questa idea europea non ha trovato immediatamente applicazione, ma si sono succeduti diversi avvenimenti, che hanno portato all'attuale Unione Europea.

I primi tentativi di unione sovranazionale si possono scorgere nel 1464, anno in cui Giorgio di Boemia presentò la proposta di stipulare un trattato, attraverso il quale realizzare una alleanza tra gli Stati internazionali e istituire una Corte di Giustizia, chiamata a difendere tutte le Nazioni dall'attacco dei Turchi<sup>103</sup>. Anche la Francia avanzò la proposta di costituire una federazione mondiale, che abbracciasse non solo gli stati europei ma che estendesse il suo raggio anche alla Turchia, Cina, all'Africa.

I dissapori tra le diverse forze politiche e militari fu la causa che si pose alla base del cosiddetto Patto di Parigi, stilato nel 1928 rispettivamente tra il Presidente del Consiglio e il segretario americano, al fine di vincolare gli Stati firmatari del Patto a non ricorrere allo strumento della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali o interne<sup>104</sup>.

Una spinta importante verso la federazione di Stati fu data dall'esperienza americana. Il Piano Marshall del 1947 prevedeva aiuti economici per il ripristino dei territori che presentavano crepature legate al secondo conflitto in cambio di una cooperazione dell'Europa

---

<sup>103</sup> A.M. Del Vecchio, *L'identità europea nella considerazione dei principi e dei valori affermati dalle istituzioni europee*, Studi Urbinati, Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche, serie A, 58/3, 2007.

<sup>104</sup> *Ivi*.

Occidentale, che avrebbe costituito un freno all'espansionismo sovietico<sup>105</sup>. L'idea che viaggiava tra gli Stati era quella di contrastare la diffusione del comunismo, che altro non avrebbe portato se non povertà e instabilità, in favore di una più grande costruzione organizzativa che avrebbe, invece, apportato un ammodernamento industriale e una ripresa del commercio, specie quello americano.

La legge che prevedeva l'erogazione di questi contributi garantiva l'istituzione di un'organizzazione ad hoc che provvedesse all'attuazione di una politica amministratrice ed economica comune. Nasceva così l'OECE, l'Organizzazione europea per la cooperazione economica.

Un'altra tappa fondamentale alla costruzione del nuovo mondo europeo fu il Congresso dell'Aja, tenutosi nel 1949. Con esso nasceva il Consiglio d'Europa, il quale si poneva come primissimo obiettivo, sancito ai sensi dell'articolo 1 di *“creare una più stretta Unione fra i suoi membri” da raggiungere con la “discussione di questioni di comune interesse, con accordi e mediante un'azione comune nei campi economico, sociale, culturale, scientifico”*.

Il 1950 è un anno particolare ed importante, in quanto viene firmata a Roma la cosiddetta CEDU, ovvero la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. È composta da 59 articoli che sanciscono i diritti fondamentali dell'uomo, ovvero diritti legati alla vita, alla libertà, alla sicurezza, al rispetto della vita provata di qualunque cittadino, vietando ogni forma di tortura e discriminazione. Questa Convenzione vincola tutti gli Stati firmatari al rispetto della dignità umana, proibendo la tortura, la schiavitù, i lavori forzati, ovvero tutto ciò che viola e contrasta con i diritti sanciti al suo interno.

Nel 1951 nacque la Comunità Europea del carbone e dell'acciaio (CECA), un'organizzazione nazionale sottoposta al controllo dei Governi, ma al contempo un'area doganale priva di barriere e restrizioni tariffarie, di discriminazioni di mercato, in cui sostanzialmente veniva garantito la libera e leale concorrenza, il cui potere decisionale delle politiche attuative veniva affidato ad un organo *super partes*, l'Alta Autorità.

Lo spirito di unione contribuì, altresì, alla nascita di un'altra forma di organizzazione: la Comunità Europea di Difesa, istituita nel 1952 attraverso la stipulazione di un trattato che vedeva l'Italia, la Germania, la Francia, il Belgio, l'Olanda e il Lussemburgo unirsi attorno alla costruzione di un organismo di tutela, ispirato dai valori democratici. La CED, quindi, si poneva a garanzia della difesa dell'Europa e del controllo democratico.

---

<sup>105</sup> *Ivi*.

La nascita della CED mosse l'Italia, allora guidata da De Gasperi, il quale invitò gli Stati a dare atto a una più grande forma di federazione che comprendesse una pluralità di Stati, ovvero la Comunità Politica Europea (CPE), alla quale demandare il compito inerenti la politica estera, la difesa, la protezione dei diritti dell'uomo e inoltre l'economia sociale. Questo progetto, però, non andò mai veramente in porto, perché ci fu il rifiuto da parte del Parlamento francese, secondo il quale fu mosso dalla paura di un radicale e decisivo espansionismo sovietico.

Fortunatamente, questo vuoto creato nella realizzazione del sogno europeo, fu colmato qualche tempo dopo con l'estensione del Patto di Bruxelles, un trattato che, sostanzialmente, si garantiva una barriera protettiva dei Paesi stipulanti contro qualsiasi tipo di aggressione che avesse minacciato o potuto mettere in pericolo la comunità. L'adesione del territorio tedesco e italiano portò alla nascita dell'Unione Europea Occidentale, UEO.

Contemporaneamente il Belgio introdusse per la prima volta il concetto di Comunità Europea. Ed infatti, il 25 marzo 1957 nascevano la Comunità Economica Europea (CEE) e la Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEA o EURATOM).

Il Trattato istitutivo attribuiva alla Comunità Europea, ai sensi dell'articolo 2 dello stesso, il compito di *“promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune ed il graduale riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati Membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazione tra gli Stati che ad essa partecipano”*.

All'articolo 3 del Trattato, poi, vennero elencati tutte le condizioni che avrebbero comportato e garantito le finalità di cui la disposizione precedente. La Comunità Europea avrebbe potuto adempiere all'obiettivo propostosi attraverso, l'abolizione tra gli Stati di dazi doganali e delle restrizioni di tipo quantitativo delle merci, sia in entrata che in uscita (lett. a); la previsione di una comune tariffa doganale e politica commerciale (lett. b); un'assicurata libertà di circolazione delle persone, delle merci e dei servizi (lett. c); l'adozione di una politica normativa comune nel campo dell'agricoltura, nel settore dei trasporti e della concorrenza leale (lett. d, e, f); la previsione di procedure tese a favorire un coordinamento tra stati, anche nella politica economica (lett. g); la collaborazione dei governi nazionali (lett. h); la creazione di un Fondo sociale europeo, volto a contribuire allo sviluppo ed accrescimento dell'occupazione europea e all'innalzamento del tenore di vita (lett. i); la creazione di una Banca centrale europea degli investimenti (lett. l) ed infine l'associazione dei paesi d'oltreoceano sempre nell'ottica di favorire il loro sviluppo (lett. m).

L'articolo 4 prevedeva la suddivisione della struttura organica della CEE in diverse istituzioni, alle quali demandare uno specifico compito per il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Queste sono: l'Assemblea, un Consiglio, una Commissione e una Corte di Giustizia.

Per quanto riguarda invece il trattato istitutivo dell'Euratom l'obiettivo principale, ai sensi dell'articolo 1 comma 2 del trattato, è quello "di contribuire, creando le premesse necessarie per la formazione e il rapido incremento delle industrie nucleari, all'elevazione del tenore di vita negli Stati membri e allo sviluppo degli scambi con gli altri paesi". L'obiettivo era, anche in questo caso, realizzare un mercato comune e libero nella produzione dell'energia nucleare.

L'articolo 2 del trattato indicava i diversi strumenti che avrebbero potuto permettere il raggiungimento degli obiettivi: sviluppare le ricerche (lett. a); stabilire un complesso di norme per la protezione e la vigilanza della salute della popolazione (lett. b); agevolare gli investimenti e le iniziative delle imprese (lett. c); regolare gli approvvigionamenti di minerali e combustibili nucleari (lett. d); garantire gli adeguati controlli alle materie che vengono utilizzate per l'espletamento delle attività (lett. e); riconoscere la proprietà che la Comunità esercita sulle materie (lett. f); creare un mercato comune in cui vige la libera circolazione per assicurare adeguati sbocchi e il miglior accesso ai mezzi tecnici (lett. g); incentivare la collaborazione tra gli Stati e le organizzazioni internazionali per promuovere il progresso nucleare (lett. h).

Il 7 febbraio del 1992 fu firmato il Trattato di Maastricht, all'esito di due Conferenze tenutesi a Roma. Questo è stato il patto che ha dato vita all'Unione Europea, intesa come un'istituzione il cui funzionamento viene affidato a tre grandi pilastri, rappresentati rispettivamente dalla Comunità Europea, dalla Cooperazione in materia di politica estera e di sicurezza sociale (PESC) e la Cooperazione in materia di giustizia e affari interni (GAI). Vengono inoltre ampliate le competenze dell'Unione, in particolare la politica economica e monetaria, le reti trans-europee, l'energia, il turismo, la protezione civile, la protezione della salute umana e l'istruzione.

L'idea di Europa unita posta alla base del Trattato di Maastricht era quella di un territorio senza frontiere, in cui si garantisse come diritto fondamentale e primario la libertà di circolazione all'interno dell'Unione Europea, quindi il diritto riconosciuto a tutti i cittadini di spostare liberamente all'interno degli Stati senza incorrere a alcun tipo di ostacoli o restrizioni.

Un'altra tappa necessaria è rappresentata dalla sottoscrizione del Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999. Il nuovo Trattato andava a rimarcare la grandezza dei tre pilastri istitutivi dell'Europa, individuandone i rispettivi ed ulteriori obiettivi da perseguire, ovvero uno spazio di ritrovo tra cittadini e Unione; riconoscere all'Europa una sua identità internazionale e

elaborare delle istituzioni efficienti. A fondamento di queste finalità si è posto l'articolo 6 del Trattato, il quale ha ribadito nuovamente che *“l'Unione è fondata sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e sullo Stato di diritto. L'Unione rispetterà i diritti fondamentali, come sono garantiti dalla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e come risulta dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”*.

Il Trattato di Amsterdam, inoltre, ha garantito una maggiore sicurezza e controllo a tutela del consumatore, mediante l'introduzione di una previsione normativa più stingente nel campo del commercio e della pubblicità ingannevole, mediante una disciplina sanzionatoria ferrea come risposta alla violazione della dignità del consumatore. Il Trattato ha anche rafforzato i diritti individuali dei cittadini e il divieto di discriminazione.

L'ultimo trattato stipulato nell'interesse di un sistema europeo più garantista è il Trattato di Nizza, entrato in vigore l'1 febbraio 2003. L'intenzione messa alla base del Trattato fu quella di dare un maggiore indirizzo democratico e di trasparenza agli organi europei. Innanzitutto il Trattato introdusse la novità di nominare un Commissario per rappresentare ciascuno Stato che si sarebbe unito nel progetto europeo e poi rafforzò il potere del Presidente della Commissione europea, al quale veniva demandato il compito di chiedere le dimissioni dei commissari.

Durante la stessa Conferenza fu discussa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ad oggi costituisce la massima legge sovranazionale, cui tutti gli Stati sono vincolati nel rispetto dei diritti dettati al suo interno, ed infatti nel preambolo della Carta viene sancito quanto segue: *“l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*. Già nella parte iniziale della Carta si evinceva la finalità che aveva accumulato gli Stati alla fondazione della Comunità europea: dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, democrazia, stato di diritto. La persona umana era divenuta il centro d'interesse cui confluiva l'attenzione degli stati e questo veniva fuori dalla previsione di una cittadinanza tutta europea e di uno spazio in cui si potesse circolare liberamente.

La Carta dei diritti può essere equiparata, come valore ed importanza, alla Costituzione: fissa al suo interno i diritti che devono essere riconosciuti ai cittadini e costituisce l'ostacolo all'esercizio del potere. La Carta è articolata in sette capi che sono: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia e infine le disposizioni generali.

Nel capo I viene ribadita l'inviolabilità della dignità umana, che deve essere rispettata e tutelata; di conseguenza è fatto divieto il ricorso alla pena di morte, alle torture, ai trattamenti inumani o degradanti nonché alla schiavitù e al lavoro forzato.

Nel capo II vengono sanciti la libertà di pensiero, di coscienza, di religione, di espressione, d'informazione, di riunione, d'associazione, nonché i diritti all'istruzione, di proprietà, di asilo e alla protezione dei dati di carattere personale.

Nel capo successivo, relativo all'uguaglianza, vengono riconosciuti: i diritti dei bambini "alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere"; i diritti degli anziani "di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale"; i diritti dei disabili "di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della Comunità"; in fine, il principio di non discriminazione e di parità tra uomini e donne.

Il capo successivo ancora si occupa invece dei diritti dei lavoratori (diritto di negoziazione e di azioni collettive, tutela in caso di licenziamento ingiustificato, diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque, divieto al lavoro minorile), della tutela dell'ambiente, della protezione dei consumatori e della salute umana.

Continuando, il capo V, cittadinanza, riprende i diritti politici riconosciuti ai cittadini comunitari. Per quanto attiene invece alla Giustizia vengono ribaditi i principi della legalità, della proporzionalità dei reati e delle pene e il principio della presunzione di innocenza.

Per finire, nelle Disposizioni generali, si dice che *"la presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nelle altre parti della Costituzione"*.

Dal punto di vista strutturale, l'organizzazione comunitaria si articola in diversi organi. Il Consiglio europeo è l'organo di impulso politico, chiamato a definirne gli orientamenti politici generali, ma privo di poteri normativi propri. È composto da Capi di Stato o di Governo di ciascuno Stato membro e dal Presidente della Commissione.

Il Consiglio esercita, congiuntamente al Parlamento europeo, la funzione legislativa e la funzione di bilancio; coordina le politiche generali di tutti gli Stati membri. È formato da un rappresentante di ogni Stato, componente del Governo.

La Commissione europea è l'organo di propulsione dell'ordinamento comunitario. Essa dispone di poteri di iniziativa normativa per gli atti che il Consiglio adotta, di poteri di decisione amministrativa e di regolamentazione, di poteri di controllo verso gli Stati riguardo all'adempimento degli obblighi comunitari. Inoltre la Commissione può esercitare un controllo



indiretto sugli Stati membri, attraverso le segnalazioni di soggetti privati, cittadini ed imprese, inerente la mancata attuazione dei doveri comunitari.

Il Parlamento europeo è composto dai rappresentanti dei cittadini dell'Unione, eletti in ciascuno Stato. Esso è un organo rappresentativo e dotato di legittimazione democratica, che partecipa pienamente al processo di formazione degli atti normativi, attraverso la procedura legislativa ordinaria, che richiede che gli atti normativi proposti dalla Commissione, ricevano il consenso sia del Parlamento europeo che del Consiglio.

La Corte di Giustizia è l'organo giurisdizionale comunitario, chiamato ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione del Trattato. È possibile adire la Corte mediante la presentazione di un ricorso, qualora ci sia il sospetto che non sia rispettato il diritto comunitario. La Corte valuta la fondatezza del ricorso e, qualora ci siano i presupposti, condanna lo Stato inadempiente.

La Corte dei Conti è l'organo di controllo contabile della Comunità, chiamata ad esaminare le entrate e le spese della stessa e degli organi da essa creati.

L'idea di Europa unita è stata a lungo solo un sogno nelle menti di alcuni filosofi e politici. Il pensiero della costruzione dell'Europa costituiva una speranza per l'intera umanità, la speranza di vivere in un ambiente che riconosce valore e attribuisce importanza ai suoi cittadini e agli stati che la costituiscono.

Il concetto di Europa ha subito nel corso della storia diversi connotati. Dapprima, con riferimento al periodo medioevale, al sostantivo "Europa" è stato attribuito un contenuto prettamente geografico.

Con l'Umanesimo, invece, il sostantivo assunse un significato più ampio, venne inteso come un insieme di valori spirituali e culturali.

Oggi l'uso del termine "Europa" racchiude un insieme di significati e ideali e costituisce uno spazio di tutela e protezione per il cittadino. Con questo termine non si intende più un territorio unito dal punto di vista geografico sul quale si inseriscono diversi Paesi, ma piuttosto un insieme di Paesi il cui anello di unificazione è la storia, la cultura, la tradizione e la mentalità. Si tratta di qualcosa che non si vede, non è un'entità materiale o quantificabile né da un punto di vista economico e nemmeno politico.

Durante il cammino verso l'Europa unita, un importante segno fu quello offerto dagli italiani Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, i quali nel 1941 diedero vita al Manifesto per l'Europa libera e unita. Questo manifesto, volto al rispetto della libertà umana, era stato creato con lo scopo di eliminare le disuguaglianze che fino a quel momento avevano predominato i ceti

sociali, il mondo del lavoro, il campo giuridico. Tale contributo, cosiddetto di Ventotene, costituì le fondamenta di un pensiero unitario federalista europeo<sup>106</sup>.

Entrambi possono essere considerati i padri fondatori dell'Europa, perché da sempre attivi sul fronte della politica europeista. Spinelli credeva fermamente che se non fosse stata costruita una alleanza, gli Stati nazionali sarebbero stati protagonisti di restrizioni e limitazioni nel campo delle libertà umane. Solo l'istituzione e la previsione di una Federazione europea avrebbe potuto superare detti limiti e avrebbe garantito la pace universale. Per Spinelli la concreta realizzazione dell'Europa rappresenta un obiettivo, uno scopo della Costituzione italiana.

Un contributo di fondamentale importanza fu offerto anche da Carlo Cattaneo che, a chiusura del suo volume, scriveva “*avremo pace vera, quando avremo li Stati Uniti d'Europa*”<sup>107</sup>. Cattaneo, convinto sostenitore di una visione federalista dello Stato, partiva dall'idea che l'Europa avrebbe costituito una comunità basata non solo su elementi culturali e civili, ma anche sui fattori economici e sociali. Si sarebbe realizzata la speranza dell'Europa unita solo qualora tutti i popoli che la abitavano, diversi per tradizioni civili e culturali, si sarebbero uniti in una grande famiglia, si sarebbero racchiusi in un unico spazio, al cui sviluppo ognuno di loro avrebbe garantito. Per Cattaneo doveva attuarsi una strategia di avvicinamento tra gli Stati fondanti l'Europa, mediante delle politiche che avrebbero instaurato delle relazioni tra di essi, ad esempio mediante il commercio, le leggi, la scienza, mettendo da parte le vecchie controversie, costituendo invece un rapporto di fratellanza.

L'idea di un unico Stato europeo è stata più volte oggetto di riflessione da parte di filosofi come Kant e di politici come Garibaldi e Mazzini.

L'opera di Kant dal titolo *La pace perpetua* rispecchiava esattamente il suo pensiero generale. L'Europa aveva sete di pace come rimedio allo stato di guerra che da troppi anni l'aveva governata. L'obiettivo della pace sarebbe stato raggiunto da tutti gli stati solo se si fossero uniti in una solida federazione<sup>108</sup>.

Occorre analizzare quegli che erano gli articoli contenuti all'interno del Trattato di pace che secondo Kant costituivano le linee guida per assicurare la pace perpetua. L'autore nel suo progetto iniziale elenca gli articoli temporanei, per poi formulare la produzione normativa definitiva.

---

<sup>106</sup> L. Levi, *Il progetto federale europeo di Altiero Spinelli: dal Manifesto di Ventotene al Progetto di Trattato di Unione europea*, in Quaderni di Ventotene, 2014, <https://www.istitutospinelli.it/>.

<sup>107</sup> C. Cattaneo, *Dell'insurrezione di Milano nel 1848 e della successiva guerra. Memorie*, Lugano, 1849.

<sup>108</sup> Archivio Marini, *Per la pace perpetua*, <https://archiviomarini.sp.unipi.it/>.

L'articolo 1 stabiliva che *“nessuna conclusione di pace, che sia stata fatta con la riserva segreta della materia di una guerra, deve valere come tale”*. Per Kant ciò che veramente poteva scongiurare una guerra futura era la costituzione di uno Stato con la forma di governo repubblicana, perché solo questa avrebbe garantito la pace tra gli uomini.

Il secondo articolo del Trattato di pace prevedeva che *“nessuno stato che sussiste in modo indipendente deve poter essere acquistato da un altro per eredità, permuta, compravendita o donazione”*. Lo stato non deve essere concepito come un avere o un bene di scambio, una proprietà oggetto di compravendita. Lo stato è una società di essere umani e come tale non può oltrepassare la loro volontà.

L'articolo 3 stabiliva che *“gli eserciti permanenti (miles perpetuus) devono col tempo del tutto cessare”*. Gli eserciti militari sono minacce che inducono gli stati alla guerra, il loro utilizzo causa eccessive spese economiche, che cagionano debito pubblico che può essere sanato attraverso la guerra.

All'articolo 4 era previsto che *“uno stato non deve contrarre debiti per valersene in intrighi all'estero”*. Tale previsione, strettamente correlata alla disposizione precedente, qualificava lo strumento della guerra come causa di fallimento dello Stato, perché questo, pur di assicurarsi la vittoria bellica, contraeva debiti pubblici che poi non sarebbe stato in grado di risanare.

All'articolo 5 affermava che *“nessuno stato deve interferire con la forza nella costituzione e nel governo di un altro stato”*. Uno Stato non può inserirsi nelle questioni interne di un altro: la reciprocità di rispetto e non intromissione nelle politiche interne di una Nazione avrebbe aiutato alla creazione di relazioni amichevoli tra gli stati, e dunque la pace tra questi.

L'articolo 5, infine, prevedeva che *“nessuno stato in guerra con un altro deve permettersi ostilità tali da rendere impossibile la fiducia reciproca nella pace futura: come per esempio l'impiego di sicari, di avvelenatori, l'infrazione della resa, l'istigazione al tradimento nello stato con cui si è in guerra etc.”*. Se gli Stati avessero instaurato relazioni di fiducia, queste sarebbero state la salvezza soprattutto all'insorgere di situazioni di combattimento e guerra, perché avrebbero sviato gli Stati dalla possibilità di prendere parte al conflitto bellico, indirizzandoli alla pace.

Gli articoli definitivi del Trattato di pace nel pensiero di Kant possono essere così riassunti. All'articolo 1 è previsto che *“la Costituzione civile di ogni Stato deve essere repubblicana”*. La Costituzione, intesa come legge suprema e garantista dei diritti fondamentali, della libertà, della dignità, delle uguaglianze tra i cittadini, costituisce l'unico mezzo di risoluzione dei conflitti anche l'arma più pungente capace di assicurare la pace perpetua. La repubblica, dal

canto suo, è capace di assicurare un apparato politico fondato sulla sovranità popolare: il diritto di voto dei cittadini, elevato come diritto fondamentale e inviolabile, è lo strumento di pace che permette ai cittadini una partecipazione attiva alla vita e alle decisioni politiche. Inoltre, nella forma repubblicana viene limitato l'esercizio del potere politico mediante la previsione del principio di separazione dei poteri: questi suddivisi tradizionalmente in esecutivo, legislativo e giudiziario e vengono attribuiti a tre soggetti differenti, cosicché tutti e tre hanno poteri limitativamente a quello attribuitoli.

Il secondo articolo definitivo per la pace perpetua prevede che *“il diritto internazionale deve essere fondato sopra una federazione di Stati esteri”*. L'alleanza tra gli Stati europei si estende anche ai rapporti di tipo internazionali, così da raggiungere la pace perpetua tra tutto il mondo.

L'articolo 3 del Trattato sancisce che *“il diritto cosmopolitico deve essere limitato alle condizioni di ospitalità generale”*. Anche oggi, la libertà più fondamentale prevista dall'Unione Europea, è il diritto di ogni cittadino di circolare liberamente in tutti gli altri territori europei diverso da quello d'origine e quello, di conseguenza, si stipulare contratti e stringere trattative sovranazionali. I cittadini che viaggiano in Nazioni diverse da quella in cui è nativo deve essere trattato come ospite e non come straniero, se non minaccia o metta in pericolo la sicurezza del territorio ospitante.

Anche Garibaldi fu un promotore dell'unione Europea dei Popoli liberi e questa speranza lo ha sempre accompagnato anche, e soprattutto, durante il combattimento; infatti nel mezzo della seconda guerra d'indipendenza Garibaldi guardava alla costruzione di uno Stato europeo unito come unica soluzione, che avrebbe permesso all'umanità di vivere serenamente<sup>109</sup>.

Dal punto di vista politico, Mazzini credeva fermamente nell'idea di una cooperazione armoniosa tra i popoli di tutto il mondo, attraverso un nuovo concetto di nazionalità che si estendeva fino a comprendere la dimensione europea<sup>110</sup>. Convinto di questo pensiero ultra nazionale, nel 1834 fonda, sulla scia della *Giovane Italia*, la *“Giovane Europa”*, la prima organizzazione politica avente come obiettivo la realizzazione di una repubblica federale europea, che perseguiva l'unione e la collaborazione tra popoli di tutto il mondo. Per Mazzini l'Europa era *“la terra delle libertà”*<sup>111</sup> e sede dell'umanità. Un'associazione dettata da regole di democraticità e indipendenza dai regimi assoluti, una rete che univa i diversi popoli

---

<sup>109</sup> A.M. Isastia, *Garibaldi, la pace e gli Stati Uniti d'Europa*, <https://www.garibaldini.org/>.

<sup>110</sup> R. Sarti, *Giuseppe Mazzini: la politica come religione civile*, Roma - Bari, Laterza, 2000.

<sup>111</sup> G. Mazzini, *Fratellanza dei popoli*, 1832.

attraverso la fratellanza e il senso di umanità. Un' Europa diversa dai dogmi dell'assolutezza, disuguaglianza, diritti limitati, della rivoluzione francese, che invece poneva al centro un rinnovamento dei valori dell'umanità all'insegna dell'uguaglianza, libertà, fratellanza ed emancipazione tra i vari popoli. Il pensiero di Mazzini ruotava intorno al concetto di nazionalità non restrittivo. Per lui l'ordinamento nazionale costituiva la soluzione alle disuguaglianze presenti nei ceti sociali di ogni Nazione. L'idea mazziniana vantava la realizzazione di uno Stato nazionale e unitario che tutela il suo cittadino, il quale faceva parte di una dimensione più grande, ovvero di una alleanza di tipo intellettuale, culturale, economico e solidare.

A differenza dei principi settecenteschi in cui il cittadino era chiamato ad adempiere ai doveri perché lo Stato era concepita come un'entità assoluta, alla quale nessuno poteva disobbedire, nell'Europa, invece, il dovere era concepito come strumento per il conseguimento del bene collettivo: solo attraverso il rispetto dei doveri umani, nel rispetto della libertà altrui, si può raggiungere uno stadio universale di felicità. L'uomo però non veniva inteso solo come soggetto obbediente, ma anche come persona veniva titolare e bisogna di una serie di diritti civili e politici, i quali gli sarebbero stati riconosciuti tutti egualmente.

Dapprima nel 1850 Mazzini fondò il Comitato Centrale Democratico Europeo che racchiudeva tutti i capi democratici dei diversi paesi d'Europa con lo scopo di dare attuazione al progetto federale dell'Europa. Poi, otto anni più tardi, diede vita al partito d'azione europeo, un'altra alleanza pensata per riunire tutti gli Stati e decidere le azioni politiche da intraprendere per la realizzazione del progetto europeo.

Paolo Grossi, nel suo libro ha affrontato il tema dell'Europa unita, volgendo uno sguardo particolare e critico alla storia passata per sottolinearne i limiti e le disuguaglianze create, al fine di non commetterle più in futuro e con lo scopo di captare l'importanza del raggiungimento e della realizzazione dell'Europa unita<sup>112</sup>.

Nella sua opera Grossi, infatti, volge un'indagine storiografica attraverso l'analisi delle tre tappe che hanno interessato la storia passata.

La scansione storica operata da Grossi inizia dall'analisi delle radici medioevali. Il medioevo, che comincia a disegnarsi nel IV e V secolo d.C., periodo caratterizzato dall'incompletezza del potere politico e da una società senza Stato. Grossi, intende per incompletezza del potere politico l'incapacità e l'indifferenza del potere politico nei confronti delle manifestazioni ed eventi che costellavano la società civile. Il principe medioevale, cioè, si occupava di diversi settori della vita, dal mantenimento saldo del potere, all'amministrazione

---

<sup>112</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, ed. Laterza, 2009.

pubblica, alle imposte, ma tale potere si dimostrava debole e incompiuto, poiché non abbracciava anche i rapporti economici e sociali. La conseguenza di una siffatta realtà fu quella di un vincolo tra potere e diritto, cioè il diritto veniva realizzato quale ombra del potere politico, un diritto proveniente dall'alto, cioè dallo Stato, sotto forma di comando. Questo diritto ha un carattere ordinativo: cioè espressione di una volontà superiore, che piove dall'alto e si atteggia in maniera arbitraria sulla realtà oggettiva. Questa concezione del mondo giuridico fa sì che il Medioevo sia una realtà esclusivamente consuetudinaria, in cui la sola consuetudine è la fonte generatrice e consolidatrice del diritto. La consuetudine è un fatto ripetuto nel tempo all'interno di una comunità. La ripetizione di questo fatto contribuisce ad attribuire ad esso una valenza positiva, tale per cui quella consuetudine assume nel tempo valore vincolante. Questa visione di disordine politico e sociale, di sfiducia totale collettiva, non poteva non avere conseguenza anche a livello antropologico, cioè ripercussioni sul modo di concepire l'uomo nel mondo fisico e storico, il quale risulta imperfetto, fragile e solo.

La fine dell'XI secolo appare caratterizzato da una serie di mutamenti: la precedente sfiducia collettiva sembra riuscire a trasformarsi in un graduale atteggiamento di fiducia. Diversi cambiamenti attengono la coscienza collettiva e la struttura della stessa società occidentale. La consuetudine, quale unica fonte del diritto, trova terreno fertile in una società semplice come quella del Medioevo, una società statica, dalla trasformazione lentissima. Il passaggio dal Medioevo alla modernità mette in crisi la consuetudine e pertanto le fonti del diritto. Viene a delinearsi una società complessa e fattuale, caratterizzata da una vasta rete di rapporti giuridici dinamici e dalla rilevanza dei fatti sociali. In questo nuovo contesto emerge l'esigenza di creare degli schemi generali in grado di organizzare e ordinare i fatti. Due sono le fonti giuridiche idonee a conseguire questo scopo: la legge e la scienza, perché entrambe hanno il potere di organizzare l'ammasso di fatti sociali, secondo schemi, principi e concetti.

Dal Trecento prende avvio un processo di liberatorio: un nuovo ordine che si fonda su una dimensione tutta umana, nella quale non vengono repressi le libertà, ma anzi vengono riconosciute e rispettate. Da un lato l'uomo viene concepito come soggetto fisico e psicologico ma soprattutto libero da strutture e schemi soffocanti. D'altro canto la società diviene un complicato complesso di formazioni intermedie.

In quest'ottica con l'affermazione dell'umanesimo si ha una frattura ideologica con il passato, grazie allo sviluppo di una visione tutta umanistica dei rapporti tra l'individuo e il mondo. L'umanesimo giuridico fu mosso da due anime: quella razionale e quella storica. L'anima razionalista dell'umanesimo permise di concepire il diritto come un tessuto ordinante la realtà grazie alle sue basi logiche, ponendo le basi per il giusnaturalismo. L'anima storica

dell'umanesimo presupponeva che il diritto romano venisse restituito ai romani. Questo poneva le basi per una definitiva rottura tra presente e passato per mettere in luce le specificità del presente. Da qui si sviluppa una nuova idea di diritto come prodotto del suo momento storico: ogni periodo ha il suo diritto, poiché quest'ultimo si sviluppa dai fatti sociali di quel dato tempo e pertanto non può essere calato in un momento diverso.

I secoli XVII e XVIII sono percorsi in tutta Europa dalla grande avventura del giusnaturalismo. Con questo termine si indica una civiltà giuridica che si impernia sulla nozione di diritto naturale, che fa capo all'entità superiore della natura ed è indipendente dall'uomo.

Dopo l'avventura del giusnaturalismo, si diffonde la corrente dell'Illuminismo, quale età dell'assolutismo giuridico. Il movimento illuminista è un'ampia comunità di intellettuali, convinta di essere in possesso dei lumi idonei ad adeguare la realtà storica alle regole naturali. L'illuminismo rappresenta una vera politica del diritto, affronta la questione diritto naturale e potere e lo risolve con la sistemazione delle fonti del diritto.

Gli inizi della modernità coincide con l'ascesa al potere del ceto borghese, con il quale si assiste all'affermazione dell'idea, in tutta l'Europa continentale, di uno Stato forte, unitario e con un ferreo controllo sulla produzione del diritto. L'assolutismo era rappresentata dallo Stato assoluto e totalitario e dalla legge concepita come prodotto del potere politico. Secondo Grossi è in questo periodo che si assiste ad un "esasperato riduzionismo"<sup>113</sup> del diritto, svuotato della sua essenza e ricondotto alla sola concezione di norma-comando, a dimostrazione del potere assoluto dello Stato.

Con l'età del costituzionalismo che finalmente viene frenato l'arbitrio del potere politico, viene garantita la protezione dell'individuo mediante il rafforzamento di situazioni soggettive non soffocanti. Questo è possibile grazie alla realizzazione in forma cartacea delle "carte dei diritti". Queste "carte" raccolgono appieno il messaggio giusnaturalistico: intendono essere lettura della natura delle cose, dei principii e delle leggi supreme in essa scritte, intendono inoltre dichiarare situazioni giuridiche fondamentali godute dal soggetto, nei confronti delle quali il potere politico non ha nessuna possibilità di sopraffare. Le "carte dei diritti" sono ormai testimonianza di un clima costituzionalistico.

Il risultato di questa trasformazione dal medioevo al Novecento portò all'età dei codici. Il XIX secolo è la massima espressione dell'età dei codici. È un secolo che comincia con due grandi codificazioni quella francese e quella austriaca. Il codice rappresentava il cardine dell'ordine giuridico, una costituzione scritta immune da qualsiasi pericolo. Al suo interno si

---

<sup>113</sup> P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, ed. Laterza, 2015.

incarnava una legge generale, semplice, chiara scritta. Il diritto era fissato nella sua totalità all'interno di un testo che il cittadino era in grado di possedere, leggere e comprendere. Era tutto legalizzato.

Negli anni che vanno dal 1939 al 1945 l'Europa e il mondo intero vivono il massacro di una lunga guerra devastante. Anche il tessuto europeo è profondamente segnato dalle conseguenze della grande guerra. Il panorama comunitaria vede l'Italia e la Germania abbandonare i regimi totalitari e nazisti. Nell'Unione Sovietica persistono le ideologie marxiste-leniniste. Nella Spagna e nel Portogallo rimasero per parecchio tempo il regima fascista e salazariano.

Grossi fa cenno, a conclusione della sua opera, al grandioso e anche faticoso processo verso l'unità europea politica e giuridica. Grandioso perché ha istituito un edificio imponente, che nel corso del tempo ha ricevuto l'adesione di molti altri Stati. Faticoso perché la sua costituzione ha visto il susseguirsi di diverse tappe in un ampio arco temporale.

Ad oggi, l'Unione europea è vista come garanzia dei diritti umani. I suoi principi, le sue libertà e i diritti da essa sanciti tutelati costituiscono la miglior prova di uno Stato costituzionale.

A supporto di questo, anche a livello internazionale sono tutelati i diritti umani. La dichiarazione universale dei diritti umani è l'atto con il quale a livello universale viene difeso l'essere umano. Nel preambolo, infatti, si invitano gli Stati a tenere alcune ed importanti considerazioni: la dignità umana, il riconoscimento della famiglia con i diritti che ne conseguono, la libertà, la giustizia e la pace del mondo. Il sentimento, che deve accomunare gli Stati firmatari, di disprezzo e di ostilità nei confronti di condotte offensive nei confronti dell'umanità. L'attuazione delle libertà, quali la parola e la religione che possono arricchire l'esistenza dell'essere umano. La promozione dello sviluppo di relazioni pacifiche tra Stati, ma prima ancora tra gli umani; ed infine la perenne concezione del valore che è riposto nella persona umana. L'annunciata considerazione che l'arma più potente posseduta dagli Stati e volta alla difesa della persona è la produzione normativa, ovvero la legge. Solo attraverso la promulgazione legislativa, gli Stati possono attuare una vera rivoluzione all'insegna della persona. La garanzia che la giustizia nazionale sia orientata ai principi del giusto e dell'equo processo.

La peculiarità è che la produzione normativa in tema di diritti umana è lontana da quelle che possono essere le varie interpretazioni: il rispetto dei diritti umani, così come sancisce la CEDU non possono trovare significati diversi. I diritti, le libertà, il rispetto per la dignità umana sono inequivocabili e non possono costituire oggetto di interpretazioni personali e sono uguali per tutti.



A garanzia di questo elevato rispetto per i diritti umani è posta la Corte Europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, alla quale viene demandato l'arduo compito di controllare e sorvegliare che tutti gli Stati rispettino i principi oggetto di Convenzione.

È previsto il diritto sia degli Stati contraenti che della persona fisica di adire la Corte mediante l'atto del ricorso, all'interno del quale va segnalato la violazione che ha motivato il ricorrente ad adire la Corte.

L'elenco di questi impegni assunti dagli Stati fa da scudo alla nuova concezione, rispetto al passato, che si ha dell'uomo e quindi della persona: non più un essere inerme che non ha alcuna voce in capitolo nella gestione degli affari, non più un singolo privo di pensieri ed intelletto. Ma una persona che, in quanto tale, merita una tutela, una difesa, una mera considerazione. Tali diritti, libertà, regole e principi costituiscono questi riconoscimenti anche e soprattutto alla tirannia che ha accompagnato la passata esperienza.

Sul concetto di Europa, Grossi tenne anche una *lectio magistralis* per mettere a fuoco i problemi, le radici e le prospettive. Incominciando dalle radici, il professore evidenzia come quella dell'Europa sia una storia giuridica medioevale. È in questo periodo che viene a crearsi la sinergia tra diritto e società, il diritto dal basso e la sua dimensione sociale. In questo contesto si concretizza *L'Europa del diritto*, intendendo specificare con questo sintagma che solo nel diritto si ha il risultato di una dimensione unitaria qualificabile come europea<sup>114</sup>. Nella civiltà medioevale si assiste ad un trionfo della scienza giuridica: sulla fondazione dell'antico diritto romano e del diritto canonico. Grossi definisce tale periodo *Ordo, Ordine*, inteso come unità, ma non compattezza, poiché si tratta di una unità che rispetta le diversità al suo interno e, quindi, tutta la propria complessità<sup>115</sup>.

La svolta, il passaggio politico-giuridico si registrò nel Trecento, quando vecchio e nuovo si mescolarono ed è da questo momento che, seppur con estrema lentezza, l'Europa si trasforma in un arcipelago politico e giuridico<sup>116</sup>. È il Regno di Francia il laboratorio più efficiente della modernità, attraverso un itinerario che culmina a fine Settecento con due radicali trasformazioni: le innovative revisioni teoriche dell'Illuminismo giuridico e la Rivoluzione francese. Il continente europeo si riduce a uno spazio meramente geografico; questo perché ogni Stato pretende un proprio diritto, come dimostra l'esperienza francese con il suo *Code civil des français* quale Codice per l'Europa intera.

---

<sup>114</sup> P. Grossi, *Europa: radici e prospettive (osservando il lungo distendersi di un salvante ordine giuridico)*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2022, p. 24.

<sup>115</sup> *Ivi*, p. 28.

<sup>116</sup> *Ivi*, p. 29.

Un momento di effettiva rinascita sociale, politica e giuridica, per l'Italia si registra a metà del 1943, consolidandosi nel 1946, quando ha piena espressione la volontà popolare. In soli due anni di lavori, l'Assemblea Costituente riesce a creare il pilastro portante: è la Costituzione del 1948. Finalmente, scrive Grossi, una Costituzione sociale, perché ha voluto essere una lettura serena dei riemersi valori, ormai circolanti e condivisi alle radici della comunità repubblicana, diventati, anzi, la ossatura della condensa Carta costituzionale; sociale, perché realizzava finalmente una perfetta saldatura fra società e apparato statale; sociale, perché assumeva la società come realtà complessa, non la massa informe e inerte, bensì la persona, lontanissimo dall'egocentrico individuo<sup>117</sup>.

Grossi però pensa all'Europa come una comunità di popoli, piuttosto che come un raccordo tra apparati statuali e governi. Popoli che intendendo collaborare tra loro, sulla base di comuni valori fondamentali.

Paolo Grossi, inoltre, si interroga anche sulle prospettive europee. Lo storico, dunque, si limita a ribadire il ruolo insostituibile dell'Europa unita, sempre più unita. Occorre, altresì, che si mantenga un impegno totale per combattere le *aspirazioni sovranistiche* degli ultimi anni; ma occorre anche che si mantenga integra e forte in noi la virtù grande della speranza, l'unica che può darci il coraggio dell'azione<sup>118</sup>.

## 2. *Il giurista oggi*

Il tema dell'identità del giurista ha sempre preceduto quello della sua formazione. Oggi più che mai, la filosofia del diritto contribuisce alla presa di coscienza dell'identità del giurista.

Il diverso modo di concepire il giurista dipende dal modo di intendere la produzione normativa e le sue fonti. Per questo è opportuno ripercorrere le diverse concezioni del diritto che si sono affermate negli anni.

Con l'espressione giurista, sostanzialmente, può intendersi il tecnico, l'esperto del diritto, che, con la sua esperienza e preparazione, ha maturato le giuste capacità e abilità di interpretazione del diritto. Il termine diritto, invece, deriva etimologicamente dal latino *ius* e si riferisce ad un insieme di disposizioni normative, norme giuridiche, a un complesso di regole, diritti e doveri che costituiscono la base della società.

Spesso la norma giuridica la si associa a un ordine prescritto cui deve seguire l'obbligo rispetto, pena l'irrogazione di una sanzione, ma il concetto di norma giuridica è molto più ampia tanto da comprendere una doppia accezione: una positiva, laddove impone un modello di

---

<sup>117</sup> *Ivi*, p. 32.

<sup>118</sup> *Ivi*, pp. 41 ss.

comportamento; uno negativo allorché vieta una data azione, con la minaccia di una reazione-sanzione.

L'esistenza di queste regole comporta di riflesso il problema della loro interpretazione. È pacifico che il giurista è chiamato a interpretare la legge, questa attività consiste nella capacità di indagare e trovare il significato di quella norma. Molto spesso però l'interpretazione non si esaurisce in un'unica formulazione ma all'interno delle disposizioni normative si annidano varie interpretazioni, suscettibili di individuare quella più attinente al caso concreto.

Questa attività di *ius interpretatio* presuppone due metodi di svolgimento: alcune norme giuridiche contengono delle regole predeterminate rispetto al caso concreto, non soggette ad interpretazione e pertanto troveranno applicazione diretta allorché si verifica il fatto da esse disciplinate; altre norme invece trattano un fatto naturale in maniera generica, non riferibile immediatamente ad una data ipotesi e necessitando la loro interpretazione nella fase di applicazione al caso concreto. Questa capacità, da sempre, viene riferita nell'alveolo delle attività svolte dal giurista.

Le difficoltà che hanno sempre accompagnato la professione del giurista ruotano attorno al fatto che il diritto non è una scienza esatta, immutabile nel tempo e nello spazio. Il diritto è sempre in continua evoluzione poiché deve modellarsi in base ai cambiamenti della società, dell'umanità e della mentalità. L'esperto del diritto, inoltre, deve possedere quella sensibilità e flessibilità tale da ambientarsi e adattarsi al continuo sviluppo del mondo giuridico.

Al contrario di ciò che si può pensare, il diritto non è riconducibile a modelli o schemi predefiniti, ma subisce tutte le trasformazioni che caratterizzano un determinato periodo storico. È una scienza antica, ma questo non fa del diritto una materia immodificabile. Così come il diritto, anche il giurista, che è la persona deputata a risolvere le questioni giuridiche, subisce tutte le influenze e gli sviluppi, che l'evoluzione dell'umanità porta con sé. Pertanto anche la sua figura e il suo ruolo è mutato nel corso del tempo. La figura del giurista si può rintracciare già nell'età arcaica, ma all'epoca non era una classe riconosciuta. Agli antichi giureconsulti veniva affidato il compito di interpretare le consuetudini e gli usi tipici di quella civiltà.

Il passaggio dall'età arcaica a quella repubblicana è il maggior momento in cui si verifica un mutamento dell'identità dei giuristi. Prende forma la liceità della giurisprudenza, con la conseguenza della rottura del rapporto tra diritto e divinità. Si diffonde l'idea del diritto laico e pertanto i giuristi assumevano un ruolo sempre più pratico nella società.

Ai tempi dei romani inizia ad affermarsi un nuovo volto del diritto: esso viene innanzitutto concepito come scienza, *ius*, il cui campo di applicazione era circoscritto nei *mores*, cioè nelle

consuetudini, ovvero comportanti senza alcun fondamento giuridico, ma che la loro costante ripetizione e usualità nel tempo fa sì che vengano interpretati alla pari del valore normativo delle norme giuridiche.

L'attività di interpretazione della scienza del diritto veniva affidata ad una classe di specialisti, i giuristi, il cui compito è proprio quello della risoluzione dei casi pratici. Questo compito li rende creatori di norme, che divengono giuridiche nel momento in cui vengono avvalorate da un consenso generalizzato.

Nel II secolo a.C. compare la figura del *iuris peritus*. Il perito appare come l'interprete della legge, individuando le risoluzioni alle questioni giuridiche con particolare autorità e rigore logico. Il perito applica il diritto attraverso un continuo adattamento e semplificazione della fattispecie astratta al caso concreto. Il giurista valuta e decide, quindi fa diritto. Ma non si addentra nella valutazione concreta dei fatti: questo compito è affidato a colui che deve giudicare e cioè al giudice. Sempre nello stesso periodo, il pretore utilizza dei formulari, all'interno dei quali vi erano contenute le risposte prestabilite a dei quesiti di natura giuridica. Si tratta di formule idealizzate dai giureconsulti, poiché il pretore non aveva una conoscenza totale del diritto. Pertanto, quando le parti si rivolgevano al pretore, questo individuava una delle formule processuali contenute all'interno del formulario, che poteva meglio adattarsi al caso prospettatoli. Successivamente la causa pendente si svolgeva dinanzi al giudice nominato, il quale esercitava tutti i suoi poteri ai fini dell'accertamento dei fatti.

A partire dal XI secolo, divengono operativi nell'esperienza romana i tecnici del diritto. Questi erano giuristi, cd. *iuris periti o prudentes*, che in virtù della loro specifica preparazione giuridica, avevano il compito di tradurre le disposizioni normative che si presentavano non univoche e soggette di molteplici interpretazioni.

Nell'esperienza romana però il giurista era un ruolo rivestito da soggetti privati che godevano delle adeguate conoscenze teoriche del diritto per svolgere l'attività interpretativa.

La principale fonte di conoscenza di diritto durante l'esperienza giuridica romana è il *Corpus Juris Civilis*, realizzato dall'imperatore Giustiniano. Si tratta di un'opera che venne realizzata fra il 528 d. C. e il 534 d.C. e si divideva in tre parti: le *Institutiones*, i *Digesta* e il *Codex*.

La presenza di giuristi e l'utilizzazione della *scientia iuris* secondo un rigoroso linguaggio tecnico giuridico e secondo proprie regole organizzate sono stati dei fatti di forte impatto ed impulso alla costruzione della giuridicità dell'età medievale e moderna.

Paolo Grossi si è interrogato sull'identità del giurista, sostenendo che “*l'odierno giurista è malato di decrepitezza, è sempre più vecchio, ed è soprattutto logorato da un morbo sottile che da sempre è stato il suo vizio occulto, la pigrizia, la pigrizia intellettuale*”<sup>119</sup>.

Il giurista fiorentino nei Quaderni fiorentini invita a rivalutare il ruolo del giurista alla luce delle vicende che hanno permesso il superamento della sovranità statale in favore della tradizione positivista, della dimensione sociale del diritto e del ruolo creativo dell'interpretazione e della prassi<sup>120</sup>.

Per Grossi, il giurista per ben duecento anni ha svolto il ruolo attribuitogli dal potere politico. Il giurista era una sorta di compendio di verità indiscutibili scolpite come una tavola mosaica<sup>121</sup>.

Lo Stato si faceva portatore e rappresentante della volontà popolare, con il primato nella legge che, apparentemente, rispecchiava la volontà generale. Questa realtà socio-giuridica ha svuotato i giuristi della loro attività, rendendola meramente passiva e concorrendo a legittimare il passaggio del diritto nelle mani dello Stato sovrano. In questo modo i giuristi venivano privati del loro dinamismo, assumendo sempre più il ruolo di meri spettatori del diritto. Per Grossi, la passività del giurista, tanto dal punto di vista psicologico quanto intellettuale, non è una caratteristica del giurista ottocentesco, ma anche di quello contemporaneo.

Ancora oggi appare del tutto normale la stretta connessione tra il diritto e il potere politico, anzi appare come una necessità per la buona riuscita del diritto. Il diritto è un prodotto del potere sovrano, consistente in regole generali e rigide espressione dell'autorevolezza statale, in grado di generare nei suoi sudditi una totale obbedienza passiva. Il cittadino non ha nessuna possibilità di offrire dei contributi alla produzione del diritto. Questo è un atto di imperio unilaterale, che si origina dall'alto, ovvero dallo Stato, secondo la genesi del diritto verticale. Eppure Grossi è fautore della teoria del diritto orizzontale, secondo la quale il diritto, poiché ha il compito di regolare rapporti, di mettere ordine all'interno di una comunità, deve nascere e crearsi dal basso, ossia dalle radici più profonde di una società civile.

Deve essere superata la visione potestativa del diritto che ha via via consumato anche il ruolo del giurista. In questo contesto, il diritto è visto come comando che a sua volta è un mezzo con il quale un ente esprime la sua superiorità e presuppone l'esercizio del potere in modo arbitrario senza alcun coinvolgimento con il popolo. Il diritto concepito come strumento di

---

<sup>119</sup> P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 32, 2003, pag. 29.

<sup>120</sup> *Ivi*, pag. 2.

<sup>121</sup> *Ivi*, 26.

potere, piuttosto che come ordinamento della società, comporta due grandi conseguenze. Da un lato, ciò comporta che il diritto sia già perfetto nel momento in cui viene ad esistenza, senza alcuna necessità di essere formato o adattato al contesto in cui viene calato. Viene sminuita anche l'attività di interpretazione e applicazione, così come il giurista finisce per avere un ruolo marginale. L'unico soggetto legittimato è il titolare del comando, che incarna il potere politico e giuridico. L'ulteriore conseguenza è che il comando reca implicitamente la pretesa di essere obbedito. Per fugare ogni possibilità di disobbedienza deve essere ricondotto all'interno di uno scritto cartaceo.

Per riscoprire e attribuire il giusto ruolo al giurista, occorre partire da un recupero dei tratti essenziale e necessari del diritto. Innanzitutto il diritto deve recuperare il suo essere sociale: deve nascere e crescere all'interno della società, poiché è all'interno della collettività che si formano le regole per una civile convivenza. Questo è possibile se si acquisisce la piena consapevolezza che *“il diritto attinge a una realtà sommersa di valori storici, che le sue radici trovano nutrimento insostituibile in quello stato riposto”*<sup>122</sup>. Inoltre, deve essere garantita la funzione ordinamentale del diritto, vale a dire la riscoperta di una dimensione oggettiva. La norma non può limitarsi al testo e alla volontà che il produttore normativo ha voluto immettere, ma deve calare quel dettato normativo all'interno della società. In questo modo, la norma giuridica in ragione della sua astrattezza reca normatività che si estende e si intreccia con i fatti di vita dei suoi destinatari. Ulteriore passaggio è la considerazione della complessità del diritto a fronte della riscoperta complessità sociale. La complessità del mondo giuridica obbliga il giurista ad assumere un atteggiamento attento con la possibilità di filosofare anche su concetti giuridici ma senza creare arcaismi.

Lo scorrere del tempo e il nuovo scenario comporta di apportare un ammodernamento di tutti gli strumenti ideati per lo svolgimento dell'attività interpretativa.

Anche il giurista in questa nuova realtà deve adeguarsi alla continua trasformazione dei mezzi e delle tecniche, tanto che avrà l'obbligo di adottare una *“psicologia attiva e di rimboccarsi le maniche”*<sup>123</sup> affrontando le sfide ordinatorie del presente.

Il ruolo del giudice quindi subisce una notevole evoluzione: da sempre ritenuto il volto della legge e la voce dell'esegeta, ora invece è chiamato a ricoprire il nuovo ruolo dell'interprete e del creatore del diritto, attraverso un'articolata e complessa operazione di ricerca, reperimento

---

<sup>122</sup> Ivi, pag. 47.

<sup>123</sup> P. Grossi, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31, 2002, pag. 300.

e interpretazione delle fattispecie. L'arma più potente utilizzata dai giuristi è, appunto, l'interpretazione e poi il linguaggio.

L'attività dell'interprete operare nel mezzo di due grandi fuochi: da un lato la legge connotata dalla staticità del testo che la compone; dall'altro il diritto inteso come struttura giuridica del sociale. Nel mezzo si pone l'interprete che è chiamato a mettere in comunicazione queste due dimensioni *“sollecitato ad essere attivo intermediario fra norma e vita e contemporaneamente attento lettore di quel substrato valoriale profondo sul quale poggia e avanza storicamente ogni civiltà. Interprete che diviene per questa via «il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale”*<sup>124</sup>.

Per esaltare il nuovo ruolo del giurista, Grossi mette a paragone il vecchio con il nuovo, evidenziando come il primo giurista era completamente lasciato solo e chiamato all'occorrenza, cioè quando era necessaria intercettare il significato di una norma. Il giurista odierno è affiancato da tanti altri esperti e tecnici e ha un ruolo molto ampio, come creatore, inventore e interprete. Nonostante questa grande evoluzione del suo ruolo, al giurista comunque conserva in ogni caso lo stesso compito, ovvero operare *“non come tessitrice di argomentazioni logiche all'interno di un sistema chiuso che essa non ha contribuito a porre ma che essa semplicemente subisce, bensì mediatrice fra generali esigenze sociali e culturali e cultura giuridica, forza viva e creativa della storia nella elaborazione di architetture congeniali ed efficaci a sorreggere, più che il prodotto di un legislatore contingente, una intera civiltà in cammino”*<sup>125</sup>.

Amante della storicità del diritto, Grossi auspicava al superamento della solitudine del giurista di diritto positivo dallo storico del diritto, i quali non devono esiliarsi come singoli all'interno delle rispettive aule giuridiche, ma devono misurarsi costantemente gli uni con gli altri.

Il professore, infatti, partiva dal legame tra il diritto e la civiltà, nel quale il diritto non si propone come una forzatura del sociale, ma piuttosto come una dimensione autentica della civiltà<sup>126</sup>. In questo contesto, il problema risiede nel fatto che il giurista di diritto positivo è abituato ad operare in solitario con modelli assolutistici, concependo il diritto come un mondo privo di aperture mentali. Lo storico, invece, può condurre il giurista verso la giusta strada della complessità del diritto, in favore del recupero della dimensione fattuale del mondo giuridico.

---

<sup>124</sup> P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma- Bari, Laterza, 2017, pag 129.

<sup>125</sup> P. Grossi, *Pensiero giuridico. Appunti per una voce enciclopedica*, in *Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 17, 1988, pag. 264.

<sup>126</sup> L. Iuliano, *Il punto e la linea*, 2013, <https://www.expartibus.it/punto-linea/>.

Pertanto, lo storico parte da un punto dal quale traccia una linea, riuscendo a comprendere al suo interno il punto iniziale.

Nell'idea di punto e linea, si inserisce l'augurio che Grossi fa ai giuristi del futuro, cioè quello che accanto al ruolo di vigile indagatore del punto, tipico del giurista di diritto positivo, si situa, in un rapporto di strettissimo contatto, il sensibile percettore della linea e della sua direzione, ovvero lo storico del diritto<sup>127</sup>.

Scrivo infatti *“lo storico del diritto ha, secondo me, la funzione primaria di fungere da coscienza critica del giurista di diritto positivo. Costui ha di fronte quel punto fisso della linea, che è il diritto vigente, e spesso, isolandolo e immobilizzandolo, è troppo proteso ad assolutizzarlo. Lo storico del diritto deve richiamarlo alla elementare ma salvante verità che quel punto non è qualcosa di distaccato e di distaccabile ma anzi ben inserito in una linea che nasce prima, prosegue fino all'oggi e addirittura continua verso il futuro”*<sup>128</sup>.

Come il passato, anche oggi il giurista e il diritto stanno affrontando un momento di profonda crisi, dovuta dall'incertezza che li circonda; un'incertezza che si annida nel passaggio da un momento storico ad un altro, nel mutamento giuridico e nel cambiamento di mentalità.

Oggi l'attività del giurista non è più circoscritta all'ambito nazionale, ma si inserisce in una dimensione globale, fatta di organi diversi, di forme di diritto differenti e una propria cultura giuridica con una specifica produzione normativa; per questo deve essere capace, mediante i giusti mezzi, di entrare in relazione con le diverse realtà giuridica e non limitarsi al suo tradizionale ambito di applicazione.

Emilio Betti è stato uno dei maggiori giuristi italiani del Novecento, che ha riflettuto profondamente sull'interpretazione giuridica e sui compiti dei giuristi nel nostro tempo<sup>129</sup>. Betti sottolineava la multidisciplinarietà dei giuristi, ovvero la capacità di captare le situazioni giuridiche e di instaurare una relazione con la società. La loro bravura professionale sarà raggiunta qualora il giurista riesca a interpretare il caso concreto attraverso la loro conoscenza generale del mondo, delle cose e del diritto. La loro preparazione non dovrà più essere esclusivamente di tipo giuridico, ma si richiede che essi abbiano una preparazione totale e generiche per far fronte a qualsiasi situazione concreta. La risoluzione di questi fatti non dovrà mai trascendere dai valori etici e storici che accompagna l'essere umano, anzi questi principi e criteri devono essere utilizzati come parametri di valutazione. L'attività dell'interprete infatti,

---

<sup>127</sup> *Ivi.*

<sup>128</sup> P. Grossi, *Storicità del diritto*, Napoli, 2006, p. 9.

<sup>129</sup> E. Betti, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 34, 1988.



tiene conto dei valori e delle regole tipiche di una società, e nel rispetto di questi, giunge alla formulazione di un'interpretazione giusta.

L'interprete non è esente da sviluppi ed evoluzione, pertanto deve essere all'avanguardia e possedere una mentalità incline al cambiamento. Per Betti, infatti, il diritto è una scienza sempre in mutamento, perché, essendo un fenomeno che nasce dalle radici di una società, al fine di ordinarla e darle una organizzazione, non può accrescere in maniera indipendente dai fatti sociali. Se la società evolve, evolve anche il diritto, in stretta connessione.

Questa connessione che lega lo stesso giurista alla società: se il luogo di nascita del diritto è la società, di conseguenza il giurista è chiamato a visionare e prendere coscienza di tutti i fatti sociali, perché sono questi che danno origine a fatti concreti oggetto di conflitto e di interpretazione.

Un altro grande giurista europeo del XX secolo è Massimo Saverio Giannini<sup>130</sup>, il quale ha sempre riconosciuto grande importanza al ruolo dei giuristi come analisti sociali, come un ingegnere sociale o anche come scienziato del diritto<sup>131</sup>.

Per Giannini il diverso modo di concepire il ruolo giurista segue il diverso modo di interpretare la scienza giuridica: se questa viene considerata una materia dal linguaggio tecnico al giurista spetta il compito di interpretare tale dogma, altro non è se non un esegeta; se altrimenti la *scientia ius* viene visto come un fenomeno sociale, risolutivo di conflitti, interprete delle norme, il giurista assume il ruolo di scienziato del diritto e ricercatore.

Per meglio comprendere, ed attuare, questo cambio di mentalità, il primo passo da compiere potrebbe essere quello inerente la formazione del giurista: è necessario che il giurista abbia una formazione non solo nel campo del diritto, ma multidisciplinare, perché soltanto in questo modo avrà tutte le capacità per affrontare qualsiasi sfida per la quale viene chiamato e per risolvere qualunque questione gli si presenta dinanzi.

Per assolvere appieno i suoi compiti e garantire la massima efficienza del diritto, occorre innanzitutto che abbia uno spiccato senso critico, che non si fermi al solo dettato normativo ma vada oltre il suo significato primario. Occorre che il giurista si interroghi sul motivo per il quale il legislatore abbia promulgato quella legge, occorre che indaghi sulle dinamiche che ruotano attorno al diritto e che segua tutti i suoi sviluppi, occorre insomma che il giurista vada oltre i suoi limiti. Solo in questo modo potrà dirsi assolta la sua missione.

---

<sup>130</sup> M. S. Giannini, in *Dizionario biografico degli italiani*, 2012.

<sup>131</sup> M. S. Giannini, *L'unità del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1994.

Il giurista, oggi, si trova ad operare in un contesto di globalizzazione e soprattutto di digitalizzazione. Mantiene in ogni caso il suo tradizionale compito, ossia quello di risolvere pacificamente conflitti sociali, ma in un contesto socio-culturale differente.

Il XXI secolo è connotato da grandi trasformazioni dovuti all'avvento della tecnologia, che ha inevitabilmente notevoli ripercussioni sul ruolo del giurista.

La digitalizzazione può essere considerata una grande rivoluzione e, come tale, ha portato innumerevoli cambiamenti e ha consentito una transazione fondamentale. Nel passato, la rivoluzione industriale acconsentì al passaggio dalla società agraria a quella industriale; oggi la digitalizzazione ha comportato la transazione dalla società moderna a quella digitale.

L'avvento dell'informatica giuridica ha apportato importanti cambiamenti anche per quanto concerne la diffusione del materiale giuridico.

Secondo il pensiero giuridico tradizionale il materiale giuridico, come la dottrina, la giurisprudenza, doveva trovare nel testo il miglior veicolo per garantirne la sua circolazione. Al posto dei faldoni colmi di carta, oggi, con l'avvento della digitalizzazione, troviamo qualsiasi materiale su siti internet.

Oggi si assiste a una sorta di adeguamento dei giuristi all'informatica. Questi quindi sono alle prese con le più innovative evoluzioni tecnologiche come ad esempio l'intelligenza artificiale.

La soluzione potrebbe ravvisarsi nella costante preparazione e continua formazione anche dei giuristi all'uso delle tecnologie più all'avanguardia. Questo d'altronde appare la normalità: non si può pensare ad una attività, anche professionale, lontana dall'utilizzo dell'informatica. Tutto, oramai, ruota attorno al suo utilizzo, anche le attività lavorative più antiche.

Il problema che oggi, più che mai, si presenta è legato all'idea che l'IA, un giorno non troppo lontano, sostituirà l'uomo, e ovviamente anche il giurista. Non ci sarà più il giurista, studioso di questioni sempre più complesse, che interpreta il diritto, che crea ed inventa la legge. Tutto sarà ricondotto ad uno strumento informatico in grado di rimpiazzare completamente l'uomo in ogni sua attività.

La macchina digitale non ha risparmiato nemmeno il catalogo dei diritti umani, che tradizionalmente, vengono contenuti all'interno di una Convenzione o di una Carta fondamentale. La dinamicità del diritto e il suo adattamento agli eventi culturali, sociali politici ed economici hanno messo in discussione i diritti umani già esistenti prima dell'avvento della tecnologica. La domanda ormai ricorrente è se la categoria dei diritti umani necessiti in qualche modo di un "ammodernamento" seguendo il passo della digitalizzazione. E infatti, ad esempio,

la tradizionale libertà di espressione sancita da più parti, sia a livello nazionale, europeo che internazionale, oggi ha subito un profondo mutamento. Tale libertà, così come inteso inizialmente, faceva riferimento alle ipotesi di esprimere il proprio pensiero e la propria idea in merito ad un determinato discorso. Si riferiva a qualsiasi strumenti per mezzo dei quali far veicolare le proprie idee: la scrittura, il disegno, l'arte.

Oggi quando si parla di libertà di espressione, invece, la si ricollega ad internet e a tutte quelle piattaforme informatiche in cui diverse persone di iscrivono per divulgare notizie e pensieri.

Sulla base di tutte queste premesse si evince che l'evento internet ha ormai preso il dominio di qualsiasi ramo della società, tra cui il diritto, e ha influenzato qualunque figura professionale, quale il giurista.

Si tratta di un fenomeno che cammina a velocità massima, per la quale è impossibile porre un freno. Le influenze che porta l'informatica sono diverse, ebbene tenere sempre in mente che esse possano avere un risvolto negativo o positivo, a seconda dell'uso che se ne fa.

Occorre quindi interrogarsi se questi nuovi strumenti tecnologici costituiscano un ostacolo per il mondo del diritto o se, invece, possono considerarsi mezzi ideati a supporto dell'attività svolta dal giurista.

## Conclusioni

Le ragioni che si sono poste alla base della redazione di questo elaborato possono essere sintetizzate nell'espressione "grande Maestro".

Paolo Grossi è stato uno dei giuristi più autorevoli del nostro paese e fra gli accademici più noti e apprezzati, anche a livello internazionale.

Oltre all'incarico ricoperto di Presidente della Corte Costituzionale dal 24 febbraio 2016 al febbraio 2018, il primato riconosciutogli risiede, appunto nella sua figura di guida, ovvero nella straordinaria educazione e formazione offerta agli allievi e ai nuovi giuristi, e nella singolare curiosità che aveva di ascoltare le opinioni altrui, soprattutto dei giovani studiosi, senza mai imporre il proprio pensiero.

Grossi ha saputo affrontare, con particolare originalità, l'annosa questione che per anni ha attanagliato l'Italia: la giuridicità. Lo storico del diritto è partito, innanzitutto, dalla considerazione che la giuridicità non è una tecnica specifica per pochi, ma è una vera e propria cultura. A trattarla come tale è stato proprio il giurista che, lontano dal linguaggio ipertecnico, apriva il diritto alla società, attraverso dialoghi e conferenze accessibili a tutti, anche a cittadini che nulla avevano a che vedere con la professione giuridica.

Questa concezione è stata a lungo il tema che ha interessato i suoi scritti: *L'Europa del diritto*, *Ritorno al diritto*, *L'invenzione del diritto*; tutte opere nelle quali esaltava la imminente necessità di svincolare l'idea di diritto quale espressione del potere politico.

Grossi, infatti, ha più volte osannato il diritto sociale, ovvero una branca che doveva porsi in linea con gli ideali e i valori della società, perché è proprio in quest'ultima che il diritto prende vita, coniando l'espressione "diritto fattuale", ovvero il diritto dei fatti, degli accadimenti e degli eventi che caratterizzano e, giornalmente, contrassegnano la storia della società.

Il diritto, quindi, deve essere espressione della società, prima ancora che dello Stato<sup>132</sup>.

La particolarità del pensiero dello storico si evince anche dal lungo percorso, dettagliatamente ricostruito nei suoi scritti, che il diritto ha dovuto affrontare nella storia giuridica. Ammettendo le criticità e i limiti che per anni hanno vincolato il diritto, riconoscendo l'annosa questione del riduzionismo giuridico che ha rifugiato il diritto nella sola arbitrarietà dello Stato, quale unico produttore della legge e confessando che la scienza giuridica ottocentesca poggiava sul monopolio statale (statualismo) e sulla unicità della legge

---

<sup>132</sup> P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 32, 2003, p. 36.

(legalismo), qualificando tali capisaldi come mitologie giuridiche della modernità<sup>133</sup>, giunge, con un accento anche lungimirante, a ritagliare i caratteri che devono essere propri di una civiltà di diritto: *fattuale, ordinamentale, sociale e costituzionale*.

Infatti, per Grossi la Costituzione ha rappresentato l'evento rivoluzionario per eccellenza, perché ha posto al centro le questioni della civiltà, giuridica e sociale, recuperando il concetto di persona e di dignità umana.

Grossi si è pronunciato, altresì, sul ruolo del giurista, il quale ha rivestito per troppo tempo la figura di esegeta e al quale è stato affidato il ruolo di interprete passivo delle norme. Grossi, invece, credeva fedelmente nella evoluzione del ruolo dei giuristi, nella loro attiva capacità interpretativa e critica della legge. I giuristi, insomma, devono essere non meri spettatori della produzione normativa, ma veri protagonisti.

A distanza di due anni dalla perdita, Paolo Grossi lascia una produzione ricca di saggi, articoli e libri, che costituiscono, e costituiranno, un faro per la storia del pensiero giuridico moderno e, oggi, contemporaneo.

---

<sup>133</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè Torino, 2007, pag. 3.

## Bibliografia

- Ajello R., *Formalismo e storia del diritto moderno*, in Quaderni fiorentini, I, 1972.
- Ajello R., *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976.
- Ajello R., *Il Collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medioevale e moderna*, Napoli, 2002.
- Antiseri D.- Reale G., *Storia della filosofia. Fenomenologia, esistenzialismo, filosofia analitica e nuove tecnologie. Gadamer, la teoria dell'ermeneutica e i suoi recenti sviluppi*
- Argiroffi A., *Ermeneusi e diritto*, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, serie V, n. 3/2003.
- Art. 16, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 26 agosto 1979.
- Azzariti, G., *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazioni, diritti delle persone*, in "Rivista web", II 2011
- Beccaria C., *Dei diritti e delle pene*, Bassano, A spese ramondini di Venezia, 1764.
- Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, II vol., Milano, 1955.
- Betti E., in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 34, 1988.
- Bin R. - Pitruzzella G., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014
- Bobbio N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1961.
- Capograssi G., *Saggio sullo Stato-Riflessioni sull'autorità e la sua crisi-La nuova democrazia diretta*, Vol. 1, Giuffrè, 1959.
- Carrozza P.- Di Giovine A.- Ferrari G.F., *Diritto Costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009,
- Cattaneo C., *Dell'insurrezione di Milano nel 1848 e della successiva guerra. Memorie*, Lugano, 1849.
- Cattaneo M.A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, edizioni di Comunità, 1966
- Chiodi G., *A proposito di Paolo Grossi. Introduzione al Novecento Giuridico*, Roma-Bari 2012, in "Persona e mercato" 1/2014
- Del Vecchio A.M., *L'identità europea nella considerazione dei principi e dei valori affermati dalle istituzioni europee*, Studi Urbinati, Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche, serie A, 58/3, 2007
- Dewey J., *Filosofia sociale e politica*, Federica Gregoratto (cur.), trad. Corrado Piroddi, Rosenberg & Sellier, Torino, 2017.

- De Sanctis F.M., *Dall'uguaglianza fra gli eguali all'uguaglianza degli eguali*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015,
- Di Donato F., *Il diritto utile. Teorie e storiografie del dissenso in una vita per la critica*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- Di Giacomo A., *La storia europea tra primo e secondo costituzionalismo: due sistemi a confronto*, in "Rivista Cammino diritto", ISSN 2421-7123 Fasc. 03/2022,
- Dworkin R., *L'impero del diritto*, 1986, trad. it. Il Saggiatore, 1994
- Filangieri G., *La scienza della legislazione*, I, Roma, 1984.
- Fioravanti M., *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nella legge costituzionale del 24 giugno 1793*, in "Historia Constitucional", 8/2007.
- Giannini M. S., *Il pubblico potere*, Bologna, Mulino, 1986.
- Giannini M. S., Prefazione a G. Burdeau, *Il regime parlamentare*, Milano 1950, ora in *Scritti 1949-1954*, III, Milano 2003.
- Giannini M.S., *L'unità del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- Giannini M. S., in *Dizionario biografico degli italiani*, 2012.
- Grossi P., *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida, 1980.
- Grossi P., *Pensiero giuridico. Appunti per una voce enciclopedica*, in *Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 17, 1988.
- Grossi P., *Assolutismo giuridico e diritto privato. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1998.
- Grossi P., *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002.
- Grossi P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 32, 2003.
- Grossi P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- Grossi P., *Storicità del diritto*, Napoli, 2006.
- Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè Torino, 2007.
- Grossi P., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, editore il Mulino, 2008.
- Grossi P., *L'Europa del Diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

Grossi P., *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in Rivista trimestrale di diritti e di procedura civile, n. 3/2009

Grossi P., *Introduzione al Novecento*, Laterza, Bari-Roma, 2012.

Grossi P., *Sulla odierna incertezza del diritto*, in Giustizia Civile, Giuffrè, n. 4/2014,

Grossi P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

Grossi P., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

Grossi P., *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, lezione inaugurale anno accademico 2016/2017, Università "Sapienza" di Roma, 19 gennaio 2017.

Grossi P., *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta post-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 47, n. 1, 2018

Grossi P., *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Bologna 2018.

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

Grossi P., *Il diritto civile in Italia tra moderno e postmoderno – dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Firenze, Giuffrè, 2021.

Grossi P., *Europa: radici e prospettive (osservando il lungo distendersi di un salvante ordine giuridico)*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2022

Hart H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 2002.

Hobbes T., *Il leviatano*, 1651, trad. it. Di G. Micheli, La nuova Italia, Firenze, 1976

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. Einaudi, Torino, 1952.

Kelsen H., *Reine Rechtslehre*, Wien 1960; trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966,

La Pira G., *Premesse della politica e architettura di uno Stato Democratico*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1945.

Lyotard J. F., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, 1979, trad. it. C. Formenti, Collana: I nuovi testi, Milano, Feltrinelli, 1981.

Malfatti E.- Panizza S.- Romboli R., *Giustizia Costituzionale*, Giappichelli, Pisa, 2018,

Maccarelli M., Solimano S., *A colloquio con Paolo Grossi*, 2007, in *historiae iuris*.

Mazzini G., *Fratellanza dei popoli*, 1832

Menale M., *Hobbes e Locke: osservatori speciali dell'Europa*, in "Ius in itinere", 2019.

Pareyson L., *Verità e interpretazione*, Mursia, Milano, 1971.



Pino G., *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021

Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Napoli, Quodlibet, 2018.

Sarti R., *Giuseppe Mazzini: la politica come religione civile*, Roma - Bari, Laterza, 2000.

Spinosa A., *L'Interpretazione come Missione. Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi*, in *Historia do Direito*, vol. 3, n. 5, pp.40-52, 2022

Togliatti P., *Discorsi alla Costituente*, Editori Riuniti, 1973.

Vattimo G., Rovatti P. A., *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Torino, Feltrinelli, 1983.

### **Sitografia**

AA. VV., *Europa*, in Enciclopedia Treccani, <https://www.treccani.it/enciclopedia/europa>.

Accademia delle Scienze di Torino, *Biografia di Paolo Grossi*, Torino, 2010,  
<http://www.accademiadelle scienze.it>.

Accademia Nazionale dei Lincei, *Convegno in memoria di Paolo Grossi*, Roma, 2023,  
<http://www.lincci.it>.

Archivio Marini, *Per la pace perpetua*, <https://archiviomarini.sp.unipi.it/>.

Isastia A.M., *Garibaldi, la pace e gli Stati Uniti d'Europa*, <https://www.garibaldini.org/>.

Iuliano L., *Il punto e la linea*, 2013, <https://www.expartibus.it/punto-linea/>.

Levi L., *Il progetto federale europeo di Altiero Spinelli: dal Manifesto di Ventotene al Progetto di Trattato di Unione europea*, in *Quaderni di Ventotene*, 2014,  
<https://www.istitutospinelli.it/>.