

# IL DECLINO DELLA LEGGE DINANZI ALL'ASCESA DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE: DALLA VERITÀ LEGISLATIVA A QUELLA GIURISPRUDENZIALE\*.

di Raffaele Maione\*\*

**Sommario.** 1. Breve introduzione. – 2. Declino della legge. Dinamiche ordinamentali e sociali nell'attività del giudice. – 3. Il ruolo della verità: una possibile conclusione.

1

## 1. Breve introduzione.

Nella società moderna le sentenze, rispetto al passato, assolvono a una funzione creativa del diritto, divenendo, pertanto, una vera e propria fonte giuridica. Il nuovo ruolo attribuito alle sentenze solleva problematiche su alcuni punti teorici (in passato certi) del diritto: dal primato delle leggi separazione dei poteri, al ruolo dei giudici e al loro compito interpretativo.

Siamo dinanzi ad un sistema in cui le “istituzioni giuridiche e sociali non sono più il risultato di una produzione normativa spontanea e consuetudinaria, ma di regimi di produzione istituzionalizzati. Questa nozione designa i legami tra i sistemi sociali autonomi, tra il diritto, l'economia, la politica, l'educazione e la scienza”<sup>1</sup>. La produzione normativa viene svincolata dalla dipendenza legislativa, con il sopravvento della dimensione sociale: si pensi anche al proliferare delle leggi speciali, “che formano micro-sistemi normativi e discipline settoriali, aventi l'obiettivo di tutelare aspetti della vita quotidiana o categorie sociali”<sup>2</sup>. La cultura giuridica occidentale, in passato separata in due tronconi (*civil law* e *common law*), oggi tende ad attribuire al giudice un ruolo primario.

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Dottore di ricerca in filosofia del diritto; professore a contratto, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

<sup>1</sup> G. Teubner, *Le molteplici alienazioni del diritto*, in *Il diritto possibile. Funzioni e prospettive del medium giuridico*, a cura di A. Rufino – G. Teubner, Milano, Guerini Scientifica, 2005, p. 107.

<sup>2</sup> F. Ciaramelli, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 231.

Lo stesso ruolo attuale dell'avvocatura mette in primo piano il ruolo della giurisprudenza: si pensi alla realtà già diffusa in passato del realismo giuridico scandinavo e americano<sup>3</sup> o all'attuale sistema comunitario nonché alle decisioni della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di giustizia Europea. La giurisprudenza si rafforza ma diventa sempre più instabile perché manchevole di indirizzi uniformi: entra in crisi lo statalismo e il legalismo, entrando, così, in crisi la legge, o, come afferma Luciani, la "preferenza di legge"<sup>4</sup>, con la conseguenza di una maggiore pluralizzazione delle fonti del diritto<sup>5</sup>. Il dinamismo di cui sopra non è altro che il frutto del passaggio da uno Stato fondato da valori stabili a quello fondato su valori dinamici, propri di una società 'aperta'<sup>6</sup>. Si pensi per esempio al campo economico o a quello del lavoro e al fatto che la legge non è in grado di essere ai passi con le mutate condizioni economiche che quotidianamente emergono: le disposizioni normative vengono strutturate in maniera 'aperta' in modo da favorire il compito affidato al giudice di determinare l'effettivo significato normativo delle stesse.

## 2. Declino della legge. Dinamiche ordinamentali e sociali nell'attività del giudice.

Lo Stato di diritto, per come è stato teorizzato nell'Ottocento, non esiste più, non arrestandosi il progressivo sviluppo di forme di autoregolamentazioni sociali: "questi fenomeni di profonda trasformazione si accompagnano alla progressiva erosione del ruolo dello Stato nazionale sia dal punto di vista internazionale, sia interno. Da un lato, la normazione dello Stato deve conformarsi sempre più alla legislazione delle organizzazioni sovranazionali, [...]; dall'altro, si trova, a fronteggiare fenomeni di localismo sempre più

<sup>3</sup> Cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 121-126, 167-174.

<sup>4</sup> M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, XI, Milano, Giuffrè, 2016, p. 463.

<sup>5</sup> Cfr. P. Grossi, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 4. Secondo l'autore, dopo anni di dominazione 'legislativa', la scienza giuridica abbandona la convinzione che lo Stato sia l'unico soggetto creatore di norme. Il compito moderno del giurista è quello di reperire 'diritto' quando si forma nella società. Cfr. P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, *passim*.

<sup>6</sup> Zagrebelsky ritiene che siamo dinanzi ad un "deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso". G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 201. Tutto ciò comporta come conseguenza naturale "interpretazioni alternative e confliggenti delle medesime disposizioni". P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 145.

accentuati che ripropongono l'organizzazione federale o confederale"<sup>7</sup>. Il ruolo sempre più crescente della giurisprudenza ha rafforzato il ruolo dei principi e dei valori sanciti dalla carta costituzionale: nel caso di specie si delinea la conformità alla Costituzione<sup>8</sup>. Il giudice dispone di una sorta di interpretazione e reinterpreta i fatti e delle norme alla luce dei valori costituzionali. Altro elemento rafforzativo del ruolo moderno dei giudici viene rappresentato dal diritto vivente, come 'coscienza sociale', di forte radicamento nella realtà sociale come comprensione degli attuali confini applicativi del principio di separazione dei poteri nello Stato di diritto<sup>9</sup>. La giurisprudenza diventa così, essa stessa, legge: "anche i giudici, [...], risultano a pieno titolo coinvolti, [...], in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione"<sup>10</sup>. Negli assetti costituzionali moderni, proprio la giurisprudenza costituzionale è in grado di dare risalto alla collettività organizzata, irradiandosi nella società stessa. Tutti questi elementi denotano una crisi profonda del diritto come sistema di norme poste dal Parlamento. Un primo motivo di rilevante spessore viene rappresentato dalla mancata formazione negli ultimi decenni di prospettive ideologiche: a differenza delle prospettive ideologiche quali l'illuminismo e il marxismo, assistiamo oggi ad un pensiero frammentario<sup>11</sup>, da una visione di tipo potestativa e normativa del diritto siamo passati ad una di tipo ordinamentale. Valga l'insegnamento di Tocqueville che sosteneva "la libertà è solo un contenitore vuoto se non viene animata concretamente dalla partecipazione e dalla responsabilità personali, ed è sostanzialmente nulla, o fortemente compromessa, senza il rispetto e la valorizzazione del patrimonio religioso appartenente alla storia e presente nella comunità sociale"<sup>12</sup>. Lo stesso articolo 19 della Costituzione italiana è il frutto di quelle dottrine come quella del Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici che guardano alla società come produttrice di ordinamenti sociali: "ci sono tanti ordinamenti

---

<sup>7</sup> C. Faralli, *Stato*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, Laterza, 2019, pp. 190-191.

<sup>8</sup> Cfr. P. Grossi, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., p. 7.

<sup>9</sup> Cfr. AA.VV., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. 1, *Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, Colombia*, a cura di M. Cavino, 2009.

<sup>10</sup> R. Chieppa, *La giustizia costituzionale nel 2002*, in *GCost*, 2003, p. 3180.

<sup>11</sup> J. F. Lyotard, *La conditione postmoderne. Rapportsur le savoir*, trad. it. a cura di C. Formenti, *La conditione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, Feltrinelli, 1981, *passim*.

<sup>12</sup> A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, Torino, Einaudi, 2006, p. 294.

giuridici quante istituzioni”<sup>13</sup>. Di conseguenza scrive Ciaramelli “Santi Romano s’accosta alla dottrina secondo cui è capace di produrre diritto ciascuna comunità organica, ma sostituisce al concetto naturalistico di comunità quello di istituzione [...], che consente una più adeguata comprensione del carattere storico-sociale dei significati giuridici”<sup>14</sup>. Le virtù morali si formano nell’ambiente sociale dove “il bisogno particolare e caratteristico della specie dell’uomo è la sua vita sociale. [...] L’uomo prospera vivendo in società. Più la società, in cui vive un uomo, si presta a che l’individuo partecipi alla vita comune, e più esso si migliora”<sup>15</sup>. Il ripensamento del diritto nella prospettiva ordinamentale ha comportato la nascita di uno spazio interpretativo in cui la stessa interpretazione non rappresenta un’appendice esterna al procedimento formativo degli atti normativi ma come momento istituzionalizzato e interno della norma stessa. L’odierna crisi del monismo legislativo ha disarticolato la piramide delle fonti del diritto per determinare una necessaria svolta ermeneutica comportando anche la nascita di prassi negoziali, arbitrati, mediazioni, negoziazione assistita, lodi arbitrali, rafforzamento degli orientamenti notarili e giurisprudenziali. Terzietà, naturalità, neutralità e soprattutto indipendenza riflettono la lettura della società da parte del giudice: la motivazione poi indicherà nella sentenza il procedimento argomentativo di siffatta lettura giustificando la scelta adottata. La società moderna è divisa in svariate e mutevoli componenti economiche e sociali. La legge continua ad avere una sua funzione fondamentale: spetterà al giudice procedere, in tema di interpretazione, all’adeguamento del diritto alle esigenze reali della società. Ma quale sarebbe il vero compito del giudice? La legge esprime la volontà giuridica (generale ed astratta) ma al giudice spetta un compito di tipo ermeneutico: essere in grado di dare voce alla società senza allontanarsi dal ‘rispetto’ della legge stessa. Il diritto vivente (sociale) posto nelle sentenze non deve essere finalizzato a creare norme individuali ma in grado di aiutare il diritto positivo nell’interpretazione dinamica della società: anche l’interpretazione del diritto deve essere sottoposta a delle regole, a cominciare dalla deferenza al testo. Afferma Viola che “Il diritto non è soltanto il prodotto di un’arte, ma è quest’arte stessa. È l’uno e l’altra insieme. Il diritto è un modo particolare di attualizzare le nostre capacità di ragionamento pratico e di deliberazione razionale. Dal modo in cui si

<sup>13</sup> S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 108.

<sup>14</sup> F. Ciaramelli, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezione di filosofia del diritto*, cit., p. 141.

<sup>15</sup> G. Giannini, *Introduzione*, in *La morale dei positivisti*, di R. Ardigò, Milano, Pensa Multimedia, 1973, p. 13.

attuano nella pratica del diritto possiamo indurre quali queste capacità siano e quali abilità siano richieste. Se non riconosciamo a quest'arte una capacità di giustificazione razionale sulla base dell'idea aristotelica di scienza pratica, allora l'indagine scientifica potrà riguardare solo particolari segmenti o elementi della pratica giuridica (come, ad esempio, il linguaggio del legislatore), ma non già mirare ad una compiuta teoria del diritto positivo nel suo dispiegarsi dalla produzione della norma alla regola del caso concreto. A questa bisognerebbe rinunciare. Senza dubbio si può conoscere senza comprendere. Ma solo all'interno di una comprensione del fine del diritto e del suo contesto di esercizio si può articolare una conoscenza scientifica che perfezioni l'arte del diritto. Voglio dire che una teoria del diritto positivo è possibile solo se non recide i suoi legami con la visione filosofica del diritto come arte della convivenza civile, altrimenti dovrà limitarsi ad essere una teoria di un aspetto particolare della scienza giuridica. Ne guadagnerebbe in "scientificità", ma non nella comprensione del diritto positivo"<sup>16</sup>. Il diritto è un continuo processo sociale di positivizzazione, concreto, effettivo ed efficiente in grado, nell'ottica di una svolta ermeneutica, che non sia semplice sintesi ma una vera e propria comprensione applicativa: "il diritto deve dialogare con la morale se non vuole esso stesso diventare una morale"<sup>17</sup>. Il giudice sarà poi artefice di una nuova democrazia culturale: sarà in grado di produrre una nuova sensibilizzazione nei temi del multiculturalismo e dell'accoglienza.

### 3. Il ruolo della verità: una possibile conclusione.

Il giurista è chiamato ancora una volta a ritrovare la propria identità nella società post globalizzata: ha bisogno, insomma, di leggere la quotidiana (complessa) società in cui viviamo, leggendo nella sua profondità e nelle sue radici. Sergio Cotta nel 1967 sosteneva che al giurista spetta il compito di razionalizzare il prodotto normativo posto dalla volontà legislativa<sup>18</sup>. La società tecnologica ha favorito una certa creatività in capo ai giuristi. Il nostro è un sistema aperto: "il giurista deve acquisire anche competenze diverse da quelle

---

<sup>16</sup> F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2015, p.72.

<sup>17</sup> F. Viola, *Le tre rinascite del diritto naturale nel Novecento*, in AA.VV., *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, a cura di M. Krienke, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 45.

<sup>18</sup> Cfr. S. Cotta, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Jus*, 1967, p. 18.

strettamente e tradizionalmente giuridiche, uscendo dall'isolamento scientifico e culturale. Il giurista è divenuto consapevole che è impossibile lavorare sui concetti senza considerare gli interessi: non mette più in dubbio la storicità delle categorie giuridiche e si industria a conciliare il pensiero sistemico col pensiero problematico. La scoperta della necessaria interdisciplinarietà non è certo una novità, anche se è stata in passato più auspicata che praticata. Ciò che è nuovo è lo sforzo di coniugare la multilateralità delle competenze con la ricerca della *specificità del giuridico*<sup>19</sup>. Ma il nuovo giurista è anche quello che risponde alla tendenza verso una sorta di specializzazione del diritto: si pensi alla sua frammentarietà, alla mancanza di norme, a settori in cui meglio viene specializzato: il diritto, caratterizzato da indeterminatezza, si configura come “una pratica sociale interpretativa”<sup>20</sup>. Il compito del giurista si qualifica come attività interpretativa-educativa-interdisciplinare-sociale: non svolge una mera attività storia o una semplice esegesi, ma al contrario si educa il cittadino all'educazione cognitiva del diritto, come valore sociale di giustizia. La vera attività interpretativa è un'attività di verità: “piuttosto che disfare la verità, secondo la prospettiva postmoderna, sarebbe meglio concentrarsi sul fare la verità, elemento che si applica anche all'arte dell'interpretazione”<sup>21</sup>. In questa prospettiva può essere recuperato il concetto tradizionale di persona umana come soggetto morale e autonomo. La filosofia del diritto, avendo il compito di indagare il diritto, analizzandolo deve capire il fondamento morale del diritto in una visione di tipo teologico: se si conduce tutto il diritto naturale alla persona, allora la giustizia e il diritto non sono prodotti umani ma legati ad una metafisica filo-teologica, ossia quella scienza che conduce l'uomo al bene e al giusto. “La modernità del giurista, epoca di grandi conquiste e, al contempo, di errori dalle conseguenze talora drammatiche, – sostiene Punzi - è giunta al termine. [...] Il giurista contemporaneo si è come risvegliato dall'incantamento [...] e ha avvertito che, al fine di riguadagnare il suo oggetto, deve abituarsi a tenere gli occhi ben aperti sulla viva e pulsante fattualità dell'esperienza giuridica”<sup>22</sup>. Il diritto non può ridursi a mera norma individuale e convenzionale, al servizio di interessi soggettivi rappresentati da piccoli gruppi, ignari

<sup>19</sup> F. Viola, *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, in *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, a cura di B. Montanari, Milano, Giuffrè, 1994, p. 125.

<sup>20</sup> V. Omaggio, *Interpretazione giuridica*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, p. 409.

<sup>21</sup> M. Ferraris, *Verità trascendentale*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di G. Conte e M. Palazzo, Milano, Giuffrè, 2018, p. 299.

<sup>22</sup> A. Punzi, *Il realismo di Paolo Grossi e i filosofi del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, (1), 2016, V, p. 74.

della presenza di valori sociali ed etici superiori: l'esperienza giuridica deve rispondere alle "aspirazioni individuali e attese sociali, valori morali e interessi economici, modelli antropologici e condizionamenti politici, ambizioni tecno-scientifiche e applicazioni mediche"<sup>23</sup> e "la norma, in tale prospettiva, non è più considerata come previsione più o meno astratta di comportamenti futuri da assumere sotto il suo dettato, essa appare piuttosto come il prodotto costante e sempre nuovo dell'interpretazione che definisce il caso"<sup>24</sup>. Lo Stato deve avere una funzione di coordinamento e promozione, ma sempre in posizione subordinata al *primato della persona*, ordinata all'attuazione di quel *bene comune* naturalmente necessario a tutti gli uomini: emerge così una nuova idea di partecipazione come elemento strutturale per un nuovo ordine comunitario etico. L'uomo non è una produzione statale e non è un oggetto manipolato dalle istituzioni politiche, ma è persona, vertice di tutti i valori umani, al contrario dello Stato che è creato dall'uomo ed è al suo servizio. Lo Stato non può non partire da questi presupposti: proteggere i diritti naturali dell'uomo è la ragione prima dell'attività statale. La politica, di conseguenza, deve creare i presupposti di una religione civile che tuteli, attraverso la coesione sociale, i diritti umani. Il patrimonio comune dei diritti fondamentali, il cui contenuto appartiene ai credenti e ai laici, genera il ruolo centrale della persona e della sua dignità inviolabile, diritti che hanno origine trascendente. Va salvaguardata la democrazia coinvolgendo tutti i settori creando nuove regole e nuove istituzioni per realizzare una nuova cultura globale della solidarietà. Rientra in gioco la massima *Ubi societas, ibi ius*, un nuovo passaggio dall'economia alla politica: l'ultima parola spetta agli operatori della politica, unici rappresentanti legittimati dal popolo, in quanto la politica deve essere in grado di creare quelle regole democratiche che conducono alla ricerca del bene comune, rispettando pienamente la dignità dell'uomo, producendo una globalizzazione senza marginalizzazione. Le stesse leggi dovrebbero nascere come espressione di giustizia e di difesa dei diritti della persona, avendo valenza educativa: bisogna assolutamente eliminare quel paradosso in cui si chiede il rispetto della legge, quando la legge stessa non rispetta i valori della persona umana. La sfida è il ritorno ad una morale positiva, che non si pone contro la persona e i suoi valori ma che, al contrario, si pone al servizio di essa: ricercare la morale significa ricercare la giustizia e la verità, creando quella giusta sinergia tra coesione sociale e benessere economico. La norma

<sup>23</sup> S. Amato, *Caratteri del biodiritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, (1), p. 31.

<sup>24</sup> F. M. De Sanctis, *La voce antica del diritto oltre-moderno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, (1), 2015, p. 75.

morale deve essere, contemporaneamente, espressione di un'idea regolativa e ordinativa, giustificata in una concezione teistica della vita, dove la norma stessa assume, nelle coscienze, il carattere obbligatorio.

**Abstract:** L'articolo opera una sintetica ricostruzione del ruolo attuale della giurisprudenza, divenendone fonte creativa del diritto. Siamo dinanzi ad uno Stato fondato su valori dinamici, propri di una società aperta: le disposizioni normative vengono strutturate in modo da affidare al giudice il compito di determinare l'effettivo significato normativo delle stesse.

**Abstract:** The article makes a synthetic reconstruction of the current role of jurisprudence, becoming a creative source of law. We are faced with a state based on dynamic values, proper to an open society: the regulatory provisions are structured in such a way as to entrust the judge with the task of determining the actual regulatory meaning of the same.

**Parole chiave:** giurisprudenza – legge – giudice – neutralità – terzietà.

**Key words:** jurisprudence – law – judge – neutrality – third party.