

L'invenzione del diritto
(Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)* **

di **Orlando Roselli** - *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.*

ABSTRACT: In the syntagm “the *invention* of the law”, the word “*invention*” is used by Paolo Grossi in the Latin meaning of “*invenire*” and “*inventio*” which refers to the activity of “seeking” and “finding”. Grossi affirms that, in a plural and democratic legal system, “the law must be sought and found” through “an intellectual operation based more on the activities of reading, knowing and deciphering, than on the will” as a merely “potestative activity”. The jurist must be able to grasp the “constitutional dimension” of the legal system. This is primarily the function of the Constitutional Court.

SOMMARIO: 1. Premessa. Alla “ricerca dell’ordine giuridico” – 2. Uno storico del diritto alla Corte costituzionale. – 2.1. L’“*invenzione* del diritto”: una riflessione costituzionalistica di stampo democratico sulla strutturazione del diritto in un’epoca di pluralismo giuridico. - 3. La Corte costituzionale “organo respiratorio dell’ordinamento giuridico”.

1. Premessa. Alla “ricerca dell’ordine giuridico”

Paolo Grossi non finisce mai di stupire.

Per due motivi: una capacità di lavoro fuori dall’ordinario (nel novennato di giudice della Corte costituzionale¹, coronato con la Presidenza², ha accompagnato i gravosi impegni istituzionali con

* Lavoro referato dalla Direzione della Rivista.

** Il riferimento è a P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, ottobre 2017, *ivi*, 131-210, *Bibliografia degli scritti di Paolo Grossi (1956-2017)*, M.P. GERI (a cura di).

¹ Iniziato il 23 febbraio 2009.

² A partire dal 24 febbraio 2016.

una intensissima attività di conferenziere e oltre cento pubblicazioni scientifiche) e per la capacità di implementare continuamente le proprie riflessioni³.

Quest'ultima caratteristica ha ragioni culturali e psicologiche insieme che possono sintetizzarsi in una parola: *inquietudine*⁴. L'esito è una produzione scientifica frutto di un'attività di 'scavo' non solo del dato normativo ma dei più complessivi processi ordinamentali che attraversano la società.

Questa impostazione, ho già avuto modo di ricordarlo⁵, rende il fondatore del *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* e dei *Quaderni fiorentini* disincantato nei confronti delle categorie giuridiche tradizionali⁶, non disposto a dare per definitivamente acquisito ciò che la storicità del diritto rende per sua natura relativo; predisposto alla perenne "ricerca⁷ dell'ordine giuridico"⁸.

Non a caso Paolo Grossi può essere definito lo storico delle epoche di transizione⁹; i giuristi oggetto dei suoi studi¹⁰ sono quelli capaci di cogliere i "segni"¹¹ delle trasformazioni ordinamentali.

³ Si v. lo stesso P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, *passim*, in cui tra l'altro parla, per gli anni che precedono la nomina a giudice costituzionale, di "Tempi di raccolta" degli esiti di studi pluridecennali.

⁴ Titola significativamente un paragrafo del proprio lavoro *La vita nel diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 49 ss., "Alla ricerca delle inquietudini nella scienza giuridica del Novecento".

⁵ O. ROSELLI, *Il progetto culturale e scientifico dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno nelle Pagine introduttive dei primi trent'anni*, in *Sociologia del diritto*, 2009, n. 3, 39 ss., ora anche in ID., *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, Napoli, ESI, 2011, 67 ss.

⁶ Come è evidente sin dal titolo di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001 (ma si veda l'edizione ampliata del 2005).

⁷ Nel senso siddhantiano di colui che ha un atteggiamento di disponibilità e desiderio di comprendere senza prevenzioni e preconcetti, in cui la strada intrapresa è (metodologicamente) quella giusta proprio perché non è predeterminata la meta (l'esito).

⁸ Parafrasando un saggio di G. ALPA, *Paolo Grossi: alla ricerca dell'ordine giuridico*, in ID. (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, Laterza, IX ss.

⁹ Questo è "il filo rosso" della sua riflessione, che si innerva nella perenne inevitabile dialettica tra i profili dispositivi e l'emersione delle dinamiche ordinamentali che scaturiscono dalla società. Ciò è presente in tutti i suoi lavori, che siano *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995 (prima ediz. di una lunga serie) o la *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano, 2000 o quell'imponente affresco della cultura giuridica europea rappresentato da *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, prima ediz. di molte, 2007 (anche in lingua tedesca, francese, spagnola, inglese). Del resto che cos'è la *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003 (oggi giunta alla 24^a ristampa) se non lo sforzo di far comprendere il diritto come un continuo divenire dei processi ordinamentali ai propri studenti (ai quali è dedicato)?

¹⁰ In due volumi sono ora raccolti molti dei saggi relativi: P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Vol. I e II, Giuffrè, Milano, 2008 e 2014. Per rendere conto di questo giova qui ricordare gli studiosi oggetto di riflessione. Nell'ordine: nel primo volume, Edoardo Ruffini, Giangastone Bolla, Enrico Finzi, Giorgio La Pira, Riccardo Orestano, Giovanni Zucconi, Vittorio Polacco, Angelo Falzea, François Gény, Raymond Saleilles, Franz Wieacker, Enrico Bassanelli, Francisco Tomás y Valente, Filippo Vassalli, Tullio Ascarelli, Mario Nigro, Paolo Frezza, Salvatore Pugliatti, Adriano Cavanna, Ovidio Capitani, Guido Cervati, Cesare Ruperto, Mario Sbriccoli (primo amatissimo allievo prematuramente scomparso), Enrico Opocher, Giuseppe Capograssi, Santi Romano, Gino Giugni, Alberto Trabucchi. Nel secondo volume: Stefano Rodotà, Salvatore Pugliatti, Piero Calamandrei, Riccardo Orestano, Giovanni Nencioni, Norberto Bobbio, Giorgio Berti, Alessandro Giuliani, Gino Giugni, Luigi Mengoni, Paolo Barile, Romualdo Trifone, Francisco Tomás y Valente, Enrico Finzi, Giuseppe Capograssi, Giacomo Venezian, Gustavo Zagrebelsky. In questo secondo volume, con lo stesso spirito, sono riprodotti due contributi: uno sulla cultura degli avvocati (*Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita*, ivi, 127 ss.) ed uno sulla cultura giuridica dei civilisti (*Le 'Prolusioni' dei civilisti e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana*, ivi, 217 ss.). Tema

Nei suoi scritti li definisce “avveduti” e si tratta di giuristi che, ciascuno nella propria epoca e con variegatissime sensibilità, rimettono in discussione istituti, categorie, principi giuridici e ne elaborano di nuovi alla luce delle affioranti esigenze della società.

Da qui la riflessione di uno storico del diritto che non guarda solo al passato ma si interroga sulle problematiche della contemporaneità (compresi i plurali processi di globalizzazione¹²). Questo ruolo lo studioso fiorentino lo ha del resto teorizzato quando ha affermato che il compito dello storico del diritto è quello di ricostruire, anche dallo studio della disposizione all'apparenza più minuta, la “linea”¹³ della “dimensione giuridica” in cui la norma si colloca (linea che parte da lontano, attraversa il presente, si proietta nel futuro).

Il diritto non è così una più o meno organizzata sommatoria di disposizioni, un insieme di aridi comandi, ma è ordinamento pulsante di relazioni sociali non riducibile alla sola¹⁴ (pur rilevante) dimensione statale¹⁵. Una lettura poco approfondita (e soprattutto spaventata di dover rinunciare ad antiche certezze)¹⁶ della “martellante”¹⁷ battaglia culturale e scientifica contro la visione di ‘un diritto ad una dimensione’¹⁸, ha fatto sostenere da alcuni essere Grossi contro lo Stato, voler negare

quest'ultimo affrontato anche in *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002 (dedicato ad Alberto Trabucchi e Luigi Mengoni). L'attenzione al contributo dei civilisti ed il costante colloquio con essi è testimoniata anche dall'essersi reso disponibile a scrivere la *Prefazione* a F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, Laterza, 2009 e da numerosi altri contributi.

¹¹ Termine che ritorna continuamente nella riflessione di Grossi. Si v. O. ROSELLI, *Il progetto culturale e scientifico dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno nelle Pagine introduttive dei primi trent'anni*, cit., passim, ma, soprattutto, P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, in P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini (1972-2001)*, Milano, Giuffrè, 2009, V ss.

¹² Sui quali riflette sin dai primi anni 2000, si v., tra gli altri, i significativi, sin dal titolo, scritti di P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *QF.*, 2000, n. 29, 551 ss.; ID., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, parte V, col. 151 ss. (più volte ripubblicato). L'interesse per questi temi è, in Grossi, una conseguenza naturale per avere, da sempre, coltivato i temi del pluralismo giuridico, di un diritto che scaturisce dalla forza ordinante delle dinamiche e necessità sociali.

¹³ P. GROSSI, *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in G. REBUFFA, G. VISENTINI (a cura di), *L'insegnamento del diritto oggi* (Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, 4-6 maggio 1995) Milano, Giuffrè, 1996, 255 ss.

¹⁴ Non a caso Grossi è studioso del Santi Romano della pluralità degli ordinamenti giuridici e della crisi dello Stato. Studioso a cui ha dedicato molteplici riflessioni: si v., per tutti, <<*Lo Stato moderno e la sua crisi*>> (*a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*), in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2011, fasc. 1, 1 ss. (estr.); ID., *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, ora anche in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Vol. I, cit., 669 ss.

¹⁵ Noto è il sintagma “assolutismo giuridico” coniato da Paolo Grossi per contestare il riduzionismo positivistico della dimensione giuridica alla sola manifestazione della legge. Contestazione che è “martellante” e che attraversa l'intera produzione scientifica dello studioso fiorentino: si v. almeno, P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹⁶ Ne viene fatto cenno in P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., passim.

¹⁷ È un termine ricorrente in Grossi, a sottolineare la necessità di una battaglia che non è solo scientifica ma culturale.

¹⁸ Prendo a prestito questa espressione parafrasandola da un libro famoso di H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata*, Torino, Einaudi, X ed., 1970. Con riferimento alla rappresentazione giuridica del sintagma ‘diritto ad una dimensione’ voglio sintetizzare la tendenza a circoscrivere la dimensione giuridica nel recinto della statualità.

la funzione della legge, sottovalutare la raffinata costruzione giuridica della codificazione ottocentesca e novecentesca¹⁹.

Opinione che trova puntuale smentita negli scritti anche più datati dello studioso fiorentino. La critica di Grossi, ad esempio, alla ottocentesca codificazione napoleonica (ed al Novecento giuridico²⁰, da lui definito un “secolo lungo”²¹) è particolarmente incisiva proprio perché muove dal riconoscimento dell’essere il prodotto di una cultura giuridica raffinata. Ma, rileva Grossi, posta al servizio di una elitaria società borghese che ha necessità di concepire il diritto in un panorama sociale astratto e non storicamente determinato. La forza argomentativa dell’intellettuale fiorentino è data dalla sottolineatura che, a una verifica storica, la cultura giuridica positivista, di cui pur siamo sotto molti profili debitori, non è più adeguata a rappresentare la complessità delle plurali necessità ordinamentali. A questa conclusione giunge innovando profondamente il metodo giuridico e rifondando la propria disciplina²².

¹⁹ Di cui ha invece ben edotto i suoi stessi allievi. Si v., per tutti, nella collana della *Biblioteca del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* da lui promossa, il volume di P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell’incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002, con le conclusioni dello stesso GROSSI, 579 ss.

²⁰ Critica ribadita in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

²¹ Rovesciando la nota definizione di “secolo breve” di E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve (1914-1991)*, BUR Rizzoli, Milano, II ed., 2014 (tit. orig., *Age of Extremes. The Short Twentieth Century 1914-1991*); dello stesso Autore si v. *La fine della cultura. Saggio su un secolo in crisi di identità*, Milano, BUR-Rizzoli, 2014 (tit. orig. *Fractured Times*).

Con l’espressione “secolo lungo” Grossi vuole sottolineare il protrarsi di una concezione giuridica monistica sul piano delle fonti, della tendenza di ridurre la dimensione giuridica alla sola statualità, della conseguente difficoltà della cultura giuridica a confrontarsi con una realtà sociale, economica, politica, culturale, scientifica e tecnologica in rapidissima trasformazione.

²² “Non si creda che io pensi al passato come a una fucina di modelli per l’oggi (...) lo storico non deve sciorinare modelli, perché egli non ha modelli nel suo arsenale conoscitivo (...). Da storico (...) ho appreso la grande verità che ogni cosa ha il suo tempo”, P. GROSSI, *Il punto e la linea (L’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, cit., 264); “il passato come interamente vissuto può arricchire il presente, ma non serba nessun modello da proiettare *illico et immediate* nel presente (...). Quindi guai alla modellistica, che provoca rigetti: noi dobbiamo costruire il presente con le forze del presente” (in M. MECCARELLI, S. SOLIMANO (a cura di), *A colloquio con Paolo Grossi*, in *Forum historiae iuris* (<http://www.forhistiur.de/zitat/0703meccarelli-solimano-grossi.htm>)).

È proprio questo metodo che consente allo storico del diritto [che intraprende ventiquattrenne il proprio percorso scientifico con la monografia *Le abbazie benedettine nell’alto medioevo italiano. Struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Le Monnier, Firenze, 1957 e coltiva studi canonistici (se ne veda la raccolta 1958-2013 in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura e con introduzione di C. FANTAPPIÈ, Giuffrè, Milano, 2013) oltre che di diritto agrario] di affinare strumentario e sensibilità per affrontare i temi della contemporaneità. Non a caso quando tratta i temi della globalizzazione mette in guardia dalle facili suggestioni che possono nascere dal confronto tra la *lex mercatoria* medievale e la nuova contemporanea transnazionale *lex mercatoria*: “Taluno, avventatamente, ha parlato di ‘medioevo prossimo futuro’. Le assonanze sono appariscenti, posto che il diritto medievale si connota sempre con una sua intima attualità, ma lo storico non può non essere percorso da un brivido di disagio: perché ogni cosa ha il suo tempo, del suo tempo è voce fedele e da questo suo tempo non può essere astratta senza che non si commettano rischiosi errori di prospettiva”. L’acquisizione di una metodologia aperta al nuovo e scevra da acritici *clichés* gli consente di guardare alla “*globalization* come autentica ‘rivoluzione’ anche per il diritto e per i giuristi” (P. GROSSI, *Trent’anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009, risp. 232 e 231, si tratta della *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)* dei *QF.*, n. 29, del 2000).

Tra i tanti, si sofferma sul pensiero dello studioso fiorentino, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Paolo Grossi: una storia accademica e un percorso scientifico*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, n. 3, 389 ss.

La critica a ciò che definisce l'imperio assolutistico della legge, inteso come comando del detentore del potere, non è critica *tout court* ai processi di strutturazione del diritto di matrice politica, ma critica alla irrealistica pretesa che questa possa rappresentare l'intero poliedrico universo giuridico.

Da qui la necessità di un "ritorno al diritto"²³ che non è ritorno al passato ma acquisizione della consapevolezza delle nuove esigenze ordinamentali delle società contemporanee; di società dell'incertezza, del rischio, della sempre maggiore disomogeneità, in cui è profondamente mutato, in virtù delle epocali trasformazioni economico-sociali e scientifico-tecnologiche, il rapporto delle norme con il tempo e lo spazio²⁴.

"Ritorno al diritto" è soprattutto un'indicazione metodologica: è comprensione della forza dei processi ordinamentali (quella che Grossi definisce "fattualità del diritto"²⁵) e, di conseguenza, la presa di coscienza che vanno mutando le stesse modalità di strutturazione del diritto (con una diversa incidenza della "interpretazione/applicazione"²⁶ rispetto al momento dispositivo) e che l'epoca contemporanea è epoca di pluralismo giuridico di cui le fonti statuali sono solo una parte (significativa certo, ma non in tutti gli ambiti necessariamente prevalente).

Così, la capacità di leggere il mutare della stessa giuridicità dipende dalla elaborazione di un metodo giuridico che è fondato sull'affinarsi della capacità di ascolto delle esigenze ordinamentali della società, capace di fare i conti con quella che Grossi chiama la "carnalità del diritto"²⁷. Il compito del giurista è di portare ad emersione quella parte della dimensione giuridica che è indispensabile di volta in volta per rendere compiute (attraverso un'interpretazione che può trasformarsi in ermeneutica²⁸) le disposizioni ma anche di dare espressione a quella parte del diritto (vastissima) che non è espressa da una produzione normativa formalizzata (e si tratta di una

²³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

²⁴ Si v., per tutti, l'ormai classico M.R.FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.

²⁵ Si tratta di un concetto ricorrente di lunga data nella riflessione grossiana e che ritorna nel recentissimo *L'invenzione del diritto*, cit., *passim*. Scrive Grossi: "Torna il protagonismo dei fatti, giacché il mondo dei fatti – naturali, economici, sociali – non è il terreno inerte e sterile della mera irrilevanza giuridica (...); il mondo dei fatti è, invece, il terreno tipico della storia". Ed ancora: "certi fatti sono muniti di una così vigorosa carica interiore da consentire loro, senza bisogno di benedizioni dall'esterno, di risalire al livello incisivo della effettività" (*ivi*, 69).

²⁶ Binomio di cui Grossi parla da sempre. Non è un caso che tra i 'profili di giuristi' studiati vi sia quel Tullio Ascarelli che negli anni Trenta del Novecento, in pieno legalismo, sottolineava potersi parlare di diritto solo al momento dell'interpretazione della disposizione (e su questa considerazione, come noto, la nostra Corte costituzionale è andata a costruire una vasta tipologia di sentenze, ben oltre quelle, immaginate dal Costituente, di accoglimento o di rigetto).

Oltre i noti scritti di Grossi su Tullio Ascarelli, si v. N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, Giuffrè 1969, vol. I, LXXXIX ss. ora di più facile reperibilità, con il titolo, *Tullio Ascarelli*, in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 186 ss.

²⁷ "Il diritto – scrive Grossi – è un qualcosa che si incarna nell'esperienza, anche la stessa scienza giuridica è un sapere incarnato, ha una sua carnalità". Da ciò deduce indicazioni di metodo: "Tale carnalità fa sì che lo storico del diritto non possa trascurare il colloquio con il sociologo, con lo storico generale, con lo storico dell'economia, della filosofia, con l'archeologo (...)", in M. MECCARELLI, S. SOLIMANO (a cura di), *A colloquio con Paolo Grossi*, cit., capoverso 53 dell'estratto cartaceo.

²⁸ Non a caso anche nel recentissimo *L'invenzione del diritto*, cit., *passim*, Grossi richiama l'HANS GEORGE GADAMER di *Verità e metodo* del 1960.

componente ordinamentale in geometrica espansione in un'epoca come l'attuale di transizione e di mutazione di 'pelle' di società che hanno disperata necessità di "recuperare"²⁹ la capacità di ordinarsi).

Si comprende quindi cosa intenda Grossi quando parla di ruolo della cultura giuridica, che lo ha portato a progettare nel lontano 1971³⁰ i tutt'ora vitalissimi *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*³¹: non un'erudita sterile attività, ma una riflessione ben determinata a fare i conti con i processi storici di costruzione della giuridicità³².

Il percorso che lo porta a pubblicare una raccolta di saggi che hanno come comune denominatore il concetto inconsueto per il giurista di *invenzione* ha dunque le proprie radici in un metodo a lungo pensato implementato e ben radicato, che lo ha condotto a riflettere su di un diritto (sottolineo 'diritto') che nasce dal basso, che costruisce a partire dalla società la propria salda efficacia e la propria validità (sottolineo 'validità'), che trova origine non necessariamente dalla sovranità dello Stato³³ o di organismi sovranazionali o internazionali.

La riflessione sull'*invenzione* del diritto ha la stessa matrice culturale e scientifica, si nutre della stessa metodologia giuridica che lo ha portato a constatare l'esistenza di *Un altro modo di possedere*³⁴, riflettere su *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*³⁵, porre attenzione alla multiforme manifestazione della proprietà ed ai relativi "archetipi culturali"³⁶.

²⁹ Tra i termini ricorrenti di Grossi.

³⁰ In un periodo in cui la cultura italiana era contesa tra radici idealistiche e militanti approdi marxisti. Nel giugno 1971 Grossi "diffonde tra parecchi giuristi e storici operanti in Europa e anche Oltreatlantico la 'pagina introduttiva' programmatica del primo volume in formazione (...)" che uscirà nel 1972 (P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, in ID. (a cura di), *Enrico Finzi. "L'officina delle cose". Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 2013).

³¹ Della cui direzione, insieme a quella del *Centro per la storia del pensiero giuridico moderno* e della collana della *Biblioteca* ha passato per tempo le consegne a suoi allievi, senza alcuna pretesa 'proprietaria' della sua creatura culturale e scientifica.

³² Ecco perché il progetto di studio del "pensiero" giuridico moderno muove non dalla accezione idealistica di "pensiero" ma presuppone la sua contestualizzazione, la capacità di comprendere che ciò che definiamo 'diritto' non è il solo prodotto di più o meno autoritari processi dispositivi.

³³ Scrive Grossi che la "struttura interna di un ordinamento giuridico" può derivare anche da "una comunità, piccola o grande, che trova il suo fattore di coesione in valori assunti (e condivisi) da ciascuno dei suoi membri quale fondamento ineludibile, quel fondamento che giustifica interamente ogni regola comunitaria e la assolutizza nella coscienza dei socii, imponendone una inderogabile osservanza; quel fondamento che, nella sua tipicità e irripetibilità, identifica quel singolo ordinamento rispetto a ogni altro, lo rende in sé – cioè nel proprio ordine – completo ed autosufficiente". "In altre parole, il carattere originario di un ordinamento esprime l'idea che le ragioni o le giustificazioni fondative di questo corrispondano, nel profondo, alla vita della relativa comunità, per come questa, nel suo complesso ma peculiare strutturarsi, sia stata capace di individuare e salvaguardare gelosamente i propri caratteri e la propria specifica identità." (P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 2012, n. 1-2, 11).

³⁴ P. GROSSI, *"Un altro modo di possedere". L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977. Tema, come è nello stile dello studioso, più volte ripreso e approfondito.

³⁵ Tra i tanti contributi sul tema, P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Genova, Marietti, 2015.

³⁶ Si v., tra gli altri contributi sul tema, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, ivi, 31, il virgolettato.

Tutti temi sui quali lo storico fiorentino ha finito per avere un'influenza che è andata oltre l'ambito scientifico³⁷.

2. *Uno storico del diritto alla Corte costituzionale*

Con questo portato culturale e scientifico era inevitabile che la funzione di giudice costituzionale e Presidente della Corte si sarebbe saldata con quella di storico del diritto alla continua ricerca della comprensione del divenire giuridico.

Un po' come era avvenuto per Francisco Tomás y Valiente³⁸.

Per tutte queste ragioni, il recente volume *L'invenzione del diritto* trova impulso dall'esperienza di giudice e Presidente della Corte costituzionale, ma ha radici in una riflessione ormai sessantennale.³⁹

Anche quando viene usato il ricorrente fondamentale sintagma "dimensione costituzionale"⁴⁰. Sembra un concetto nuovo ma in realtà presentissimo da sempre nella riflessione grossiana, che ha parlato nei suoi studi costantemente di "dimensione giuridica" in una accezione che è eminentemente costituzionalistica, di una giuridicità che non vive solo di disposizioni, di imposizioni, di un astratto dover essere⁴¹, ma è alla costante ricerca delle proprie fondamenta ordinanti.

"Dimensione giuridica" è già una categoria costituzionalistica perché attiene ai processi di strutturazione della giuridicità⁴².

Ma il sintagma "dimensione costituzionale" arricchisce di ulteriori significati la riflessione di Grossi, proietta gli stessi 139 articoli (e le norme transitorie e finali) della Costituzione oltre il testo scritto, anche in una dimensione "inespressa ma leggibile"⁴³ dei valori del costituzionalismo

³⁷ Nel corso dei lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della recente legge 20 novembre 2017, n. 168, *Norme in materia di domini collettivi*, il relatore ha espressamente richiamato le riflessioni dello storico del diritto fiorentino.

³⁸ Raffinato storico del diritto spagnolo, divenuto giudice e Presidente del *Tribunal constitucional*. Si v. P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomás y Valiente)*, in B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografia intellettuale*, Milano, Giuffrè, 1996, anche in *QF.*, 1996, n. 25, 1 ss. e in P. GROSSI, *Nobiltà del diritto*, cit., vol. I, 385 ss.

³⁹ Non a caso il primo saggio del volume è precedente alla nomina a giudice costituzionale.

Il volume *L'invenzione del diritto*, cit., comprende, oltre l'introduzione *Ultima verba*, IX-XXI, i saggi: *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna*, 3-18; *La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno*, 19-38; *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, 39-59; *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, 60-62; *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, 63-71; *Il giudice civile. Un'interprete?*, 72-89; *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, 90-105; *Giudici e legislatori*, 106-113; *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, 114-129.

⁴⁰ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., *passim*.

⁴¹ Sembra, per Grossi, quasi una heideggeriana ricerca dell'"esserci" del diritto.

⁴² Sintagma che incontra resistenze perché si pone in ferma contrapposizione con una concezione normativistica del diritto.

⁴³ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., *passim*.

contemporaneo fondato sulla centralità della persona umana e radicati nel profondo della nostra società.

“È proprio per questo che sarebbe riduttivo ritenere che la dimensione costituzionale della Repubblica sia esaurita in quella sequela di articoli.”

“Al contrario si debbono qui segnare due opportune precisazioni. Che i principii espressi nella Carta non possono non avere, grazie alla loro duttilità, una forza espansiva *corrispondente* alla loro capacità di *corrispondere*⁴⁴ ai possibili mutamenti nel tessuto dei valori fondanti, ma che, trattandosi di valori, si tratterà di mutamenti lenti o lentissimi secondo i continui assestamenti del corpo sociale. Che, se i principii espressi possono rilevarsi agevolmente perché affiorano – direttamente o indirettamente – alla superficie testuale, vi sono – però – dei principii privi di manifestazione ma (...) carichi di qualità fecondanti per tutta la dimensione costituzionale.”⁴⁵.

2.1. L’ “invenzione del diritto”: una riflessione costituzionalistica di stampo democratico sulla strutturazione del diritto in un’epoca di pluralismo giuridico

Grossi non è formulatore estemporaneo di espressioni suggestive.

Nel parlare di “*invenzione del diritto*” valorizza la funzione del giurista, recupera il significato originario del termine latino “*invenire*”, “cercare e trovare”, che significa portare ad emersione i significati ordinanti⁴⁶. Nel farlo contrappone il termine *invenzione* a quello di *creazione*, frequentemente utilizzato dai sostenitori di una certa giurisprudenza a rischio di assolutismo giuridico⁴⁷.

Il Presidente della Corte costituzionale sottolinea che è questa la funzione svolta dal Costituente, come se fosse un ‘giurista collettivo’ impegnato a dar voce al rivoluzionario mutamento di paradigma culturale e valoriale della società italiana. I Padri costituenti realizzano l’obiettivo di “demolire la muraglia cinese costruita fra società e diritto durante la modernità e riscoprire la natura autentica di questo quale ordinamento della società (...)”⁴⁸.

La Costituzione repubblicana esprime così una nuova dimensione giuridica capace di interpretare non solo la contemporaneità ma di proiettarsi nel futuro, è prodotto pos-moderno⁴⁹. La Costituzione è qualcosa di più di una norma, sia pure fondamentale, in quanto “progettata in modo da corrispondere alla orditura di quella quotidianità in cui il cittadino è inserito al fine di ordinarla

⁴⁴ Parole in corsivo nel testo.

⁴⁵ *Ivi*, 70.

⁴⁶ *Ivi*, 67 e *passim*.

⁴⁷ *Ibidem* e *passim*.

⁴⁸ *Ivi*, 50. Grossi prosegue utilizzando un termine con riferimento al diritto, quello di “onticità”, il cui utilizzo non mi trova convinto, perché potrebbe porre in sott’ordine il carattere della storicità. Ma va detto che il termine viene utilizzato nel significato di recupero di un carattere profondo della dimensione giuridica a lungo compressa dall’assolutismo giuridico legolatrato. Va inteso, mi sembra di capire, come “recupero del diritto alla fisiologia del sociale.” (P. GROSSI, *Storicità del diritto*, Napoli, Jovene, 2006, 17).

⁴⁹ P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, *passim*.

compiutamente”⁵⁰, capace di rappresentare il “breviario giuridico del cittadino qualunque”⁵¹ perché nella Costituzione si parla della “dimensione fattuale [della sua] esistenza: la religione, il lavoro, la salute, la scuola, la cultura, l’ambiente, l’economia, situazioni tutte dove protagonista non è una entità astratta (...) ma lo sono genitori e figli, maestri e studenti, proprietari e nullatenenti, imprenditori e lavoratori, sani e malati.”⁵².

Il fare riferimento alla Costituzione non come mera norma sottratta all’intemperie della storia può inquietare una parte della dottrina. Per due ragioni: perché la Costituzione nei primi anni ha dovuto faticosamente imporsi, *in ogni sua parte*, come norma⁵³ (fonte) suprema dell’ordinamento giuridico, in una accezione estranea alla cultura giuridica dominante (accademica, ma ancor più del grande corpo dei giudici formati nella “idolatria”⁵⁴ della legge)⁵⁵. Per il timore che alcuni ambienti giuridici (e della politica) hanno che ogni riflessione problematica delle categorie costituzionalistiche possa mettere in discussione i valori fondativi della Repubblica.

Ma è una preoccupazione infondata, perché Grossi intende la Costituzione come espressione di un portato valoriale che può continuare ad espandersi nella misura in cui questa si salda con il vissuto delle persone, è strumento “duttile”⁵⁶ e vitale proprio di quei valori di cui è espressione. Senza questa saldatura con le radici sociali la Costituzione affievolisce la propria funzione giuridica.

Questo necessita la valorizzazione culturale dei valori di cui la Costituzione è portatrice e conferisce un ruolo fondamentale alla cultura dei giuristi accademici e dei giudici. Conferisce un ruolo particolarissimo, “respiratorio”⁵⁷, alla Corte costituzionale. Necessita non solo da parte dei giuristi la capacità di leggere la società ma che, attraverso una diffusa plurale dialettica culturale, si sviluppino in essa quei valori che hanno posto la persona umana al cuore del progetto costituzionale.

⁵⁰ *Ivi*, 53.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ In questo senso favorendo una trasposizione delle teorie normativistiche dal livello della legge a quello della Costituzione, nella maturazione della consapevolezza che sopra il principio di legalità fondato sulla legge ordinaria vi è ormai un superiore principio di legalità costituzionale.

⁵⁴ Altro termine ricorrente nella riflessione di Grossi ad esprimere un atteggiamento non solo scientifico e culturale ma anche psicologico che ha sintetizzato nel sintagma “assolutismo giuridico”.

⁵⁵ Come noto, in questa battaglia di affermazione della Costituzione in tutte le sue parti, si è distinta proprio la Corte costituzionale che sin dalla prima sentenza, la n. 1 del 1956, ha respinto la distinzione operata dalla Corte di Cassazione delle previsioni costituzionali in precettive e programmatiche. Tra i primi studiosi che hanno promosso una battaglia in tal senso, non solo culturale e scientifica, ma politico-costituzionale, vi è stato un giurista ben calato per vissuto personale nel clima del tempo, P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica. Profilo sistematico*, Barbera, Firenze, 1971, ora ripubblicato a cura del Centro Studi Politici e Costituzionali Piero Calamandrei-Paolo Barile, con prefazione di P. CARETTI, Firenze, Passigli, 2017.

⁵⁶ Dotata di una ‘elasticità’ che ne potenzia non indebolisce la forza giuridica. Si v., P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., 118.

⁵⁷ *Ivi*, 38.

Non vi sono ‘scorciatoie’ all’affermazione giuridica dei valori (neppure di quello della dignità umana) se questi non sono radicati nelle viscere della società, di una dimensione costituzionale che è fatta di norme e radici sociali, non fosse altro che gli stessi valori hanno una loro storicità⁵⁸.

Del resto, il radicamento e la forza (giuridica) delle Costituzioni del Secondo dopoguerra è dato dall’essere “Oggetto e contenuto di esse (...) valori, interessi, bisogni circolanti nella realtà storicamente concreta di un popolo (...)”⁵⁹. Valori che trovano un radicamento nella consapevolezza storica di ciò che di abominevole è stato nei primi anni ‘40 (e non solo) del feroce crudele Novecento e che presuppongono il permanere nella cultura diffusa della consapevolezza l’essere i diritti inviolabili dell’uomo ‘diritto per l’umanità’⁶⁰.

3. *La Corte costituzionale “organo respiratorio dell’ordinamento giuridico”*

Scrive Grossi coraggiosamente: “il testo costituzionale è soltanto (...) la punta emergente di un vasto continente sommerso, di una dimensione costituzionale inespresa ma non per questo meno vivente”⁶¹.

Da qui, il ruolo dei giuristi, la funzione dei giudici⁶² e della Corte costituzionale, organo particolarissimo che appartiene all’assetto istituzionale della Repubblica⁶³ in funzione di garanzia del libero manifestarsi di una società che pone al proprio centro lo sviluppo della persona umana.

Da qui il ruolo della “Corte costituzionale [di] lettrice e interprete di valori muniti della tensione a diventare principii e, indi, regole di vita, e che, come tutti i valori, sono fecondamente forniti di capacità espansiva” (...), di “organo respiratorio dell’intero ordinamento giuridico italiano, garanzia del suo naturale sviluppo entro la ininterrotta dinamica storica.”⁶⁴.

⁵⁸ Scrive GROSSI (*ivi*, 58): “I valori, proprio per questa loro dimensione radicale, sono destinati a durare: creature storiche essi pure, non sono realtà assolutamente statiche, ma il loro movimento è lentissimo, assomigliando a quei ghiacciai della natura fisica percorsi da un impercettibile moto che ne scandisce l’immobilità apparente.” (ovviamente questo quando non si è in presenza di una rottura rivoluzionaria che, non a caso, si accompagna ad un mutamento di paradigma culturale e costituzionale). Prosegue Grossi: “Insomma, se anche i valori sono segnati da una dinamica, questa ha necessità di distendersi nei tempi lunghi; il loro spazio temporale è la lunga durata. È per questo che i valori tendono (...) ad espandersi naturalmente in principii, principii che non hanno bisogno di un testo per esprimersi ma che possono circolare inespresi all’interno del tentativo di comprensione di un complesso ordine giuridico (...).”

⁵⁹ *Ivi*, 13.

⁶⁰ Si legga l’intervista a Paolo Grossi di S. FIORI, Grossi “La parola razza rimanga nella Costituzione è un monito contro l’odio”, in *Repubblica*, 7 febbraio 2018, pag. 11.

⁶¹ P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., 110.

⁶² *Ivi*, in particolare, 72 ss. e 114 ss. “Oggi, in questo nostro tempo giuridico pos-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative deve *comprendere* il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una *invenzione*, che è un procedimento contrario a quello del sillogismo perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico.” (*ivi*, 124-125, i corsivi sono nel testo).

⁶³ Non dunque della sola persona giuridica dello Stato.

⁶⁴ *Ivi*, 111 e *passim*.

Un ruolo “respiratorio dell’ordinamento giuridico” che è espressione profonda del “costituzionalismo democratico” contemporaneo, prodotto di “una rivoluzione culturale”⁶⁵.

Bene ha fatto Grossi di parlare della Corte costituzionale, organo non espressione del corpo elettorale, come uno dei protagonisti del costituzionalismo *democratico*. La sua ‘democraticità’ consiste proprio in questo: che non può sussistere un sistema democratico senza controllo di costituzionalità.

Con la riflessione sull’*invenzione* del diritto l’intellettuale fiorentino opera per ricondurre la dimensione giuridica non alla “dimensione patologica della società” ma “alla sua fisiologia”⁶⁶, con ciò esprimendo la sua convinta ‘visione’ del diritto (‘visione’, termine inconsueto nella narrazione di Grossi, ma che peraltro utilizza con riferimento all’ermeneutica gadameriana)⁶⁷.

‘Visione’ che, ce lo ha insegnato lo stesso Paolo Grossi, proprio per la storicità del diritto, dovrà comunque confrontarsi con l’evolversi della dimensione giuridica.

⁶⁵ *Ivi*, 121.

⁶⁶ *Ivi*, 110/111.

⁶⁷ *Ivi*, 89.