

Pagina introduttiva 3

Autore : Lorenza Iuliano

Data : 30 Ottobre 2013



Ancora sulle fonti del diritto

Paolo Grossi (2001)

Il problema delle fonti è indubbiamente quello più pressante per il giurista, visto che parlare di fonti



significa far riferimento alle basi di un intero ordinamento giuridico. Il rischio è il *“declino del diritto”*, ossia la frattura tra norme e forme giuridiche da una parte, e situazione economico-sociale dall'altra. *Lo storico del diritto* è disturbato ed infastidito dalla *pigrizia costante dei giuristi di civil law*, dalla loro *opacità culturale*, che li rendeva appagati per le certezze dell'assolutismo giuridico post-illuministico e post-rivoluzionario. *Una veste molto stretta e vincolante per il giurista*, ma una veste già determinata da altri, che non lo coinvolgeva in nessuno sforzo particolare, ma che anzi gli consentiva di non affannarsi nella sua attività. *Assolutismo giuridico*: ossia percorso obbligato di cammino del diritto moderno, quello legislativo, con la sua altera idealizzazione e apologizzazione. Definire come *assolutismo giuridico* lo status delle fonti del diritto nel modo in cui si determina a partire dalla fine del '700 in poi è liberatorio, perché comporta la possibilità di svincolarsi dai penalizzanti luoghi comuni che ancora oggi sono legati all'illuminismo giuridico, alla rivoluzione dell'89, alla codificazione e difficili da superare, poiché sono stati i punti fondanti di una pervasiva propaganda durata due secoli. L'espressione *“assolutismo giuridico”* per alcuni è fastidiosa e seccante, perché mette in dubbio comode certezze; ma di contro è una possibilità di crescita e uno stimolo per la coscienza del giurista. *Assolutismo giuridico* equivale a dire che la produzione di tutto il diritto diventa un fenomeno controllato dal potere

politico, con una perdita dei suoi legami con la società, e la conseguente ulteriore perdita della spontaneità del meccanismo produttivo; significa una grossa ed innaturale restrizione della legittimazione a produrre diritto e, di conseguenza, una riduzione della pluralità delle fonti che si identificano in mera espressione del potere, secondo una composizione esclusivamente gerarchica. Tutto ciò porta ad un *impoverimento del paesaggio giuridico*, e conduce a pericolose rotture, in un contesto esperienziale che muta rapidamente. Il '900 giuridico si può identificare con una laboriosa e ardua *affrancazione*, che consiste in un spostamento dell'asse portante dell'ordinamento *dal momento potestativo ed autoritativo del comando* a quello che si esplicita nel lavoro interpretativo/applicativo, ovvero, al momento in cui il potere con tutto quanto ne consegue in termini di comando, va a sostanzarsi nello spazio e nel tempo, ed inevitabilmente giunge ad una frizione con l'esperienza. Gli anni immediatamente passati, gli attuali, i prossimi futuri costituiscono un *tempo di rifondazione e di ripensamento per le fonti del diritto*. Quel fenomeno su scala mondiale che viene individuato con un termine di chiara origine nordamericana, ovvero, *globalization*, non parla solamente di una prevalenza a livello internazionale dei grandi poli economici e, di conseguenza, un costante e progressivo prevalere della *dimensione economica* su quella politica, ma ci ricollega ad una nuova modalità disinvoltata e rinnovatrice di approcciare e sciogliere il problema del diritto e delle sue fonti, addivenendo, sul piano dell'esperienza, ad un contesto giuridico profondamente trasformato e differente per quello che riguarda scelte di base. La *globalization* come autentica *rivoluzione* anche per il diritto e per i giuristi. Essa ci appare come un superamento del consolidato monopolio di genesi da parte dallo Stato che faceva di tutto per consolidarlo; si tratta di uno svuotamento che si era già concretizzato attraverso la comparsa di nuovi soggetti creatori ed elaboratori di norme, che di fatto andava a decentrare, frammentandola e privatizzandola, la produzione giuridica. La *globalization* è legata anche ad un altro effetto positivo: modelli di *common law* che si diffondono liberamente nel mondo di *civil law* recando con sé un anelito di novità. Si determinano così due strati della giuridicità: quella derivata dallo Stato e quella che i privati, gli uomini d'affari, sviluppano in base ai bisogni che di volta in volta avvertono, che si traduce in strumenti agili e flessibili. Ciò che importa al giurista di *civil law* è di avviare una *revisione fondamentale del problema delle fonti*, una revisione che è prima di tutto *psicologica*. Si rende necessaria, infatti, per la scienza giuridica, *la conquista di un sentimento affrancatore*: incarnare le fonti non più in un modo assolutistico da rispettare dogmaticamente e da riproporre intatto, ma come realtà mutevoli da riscontrare nel *continuum* dell'esperienza e da agganciare alla storia. Ripensare le fonti, con un invito a rivestirsi di coraggio. La scienza, che ha come suo obiettivo primario *la percezione del mutamento in atto e del suo senso*, in virtù di una visione universalistica che va oltre le ristrettezze delle singole determinazioni statuali, non può sottrarsi alla denuncia di assiomi e dogmatismi ormai fuori dalla storia e di avviare quella *erosione culturale* necessaria per il rinnovamento dell'ufficialità normativa. Ma la prima necessità è che *il giurista* dia un fondamento al rinnovamento dentro di sé, che la sua *coscienza* possa essere *critica* quando si relaziona alle fonti. Per giungere a questo risultato non si può prescindere dal superamento della nozione meccanicistica di legalità come giustificata dalla presenza di un testo normativo autorevole per lasciare posto ad un più elastico *principio di giuridicità*, dove la legittimazione deriva dai valori di un intero ordine giuridico che supera in modo deciso i confini della statualità.