



NICOLÒ LIPARI

Professore emerito di Diritto Privato – Università La Sapienza di Roma

DOTTRINA E GIURISPRUDENZA QUALI FONTI INTEGRATE DEL DIRITTO *

SOMMARIO: 1. *Dottrina e giurisprudenza come fonti del diritto nell'ottica tradizionale. La posizione di Capograssi.* – 2. *Dottrina e giurisprudenza nell'esperienza contemporanea. L'assottigliarsi delle differenze. La funzione decisiva del principio di ragionevolezza. Dallo jus positum allo jus in fieri. L'integrazione tra dottrina e giurisprudenza.* – 3. *La ricerca di una prevedibilità degli esiti al di là della certezza. La funzione di dottrina e giurisprudenza nell'ottica della c.d. comunità interpretativa. La loro reciproca interazione.* – 4. *Il nuovo significato dell'intuizione di Capograssi. La comunità interpretativa e il rapporto diritto-morale. La funzione stabilizzatrice di un processo interpretativo integrato. La coppia dottrina-giurisprudenza quale fonte esclusiva del diritto.*

1. – Proporsi oggi il tema della dottrina e della giurisprudenza quali fonti del diritto non può consistere semplicemente nell'aggiungere due voci all'elenco di cui all'art. 1 delle preleggi, un enunciato che si è ormai concordi nel riconoscere privo di qualsiasi valenza precettiva. Sarebbe un atteggiamento assolutamente antistorico sol che si consideri, per limitarsi ad un esempio soltanto, che risale ormai a circa cinquant'anni fa il bel saggio di Luigi Lombardi Vallauri¹, in cui non solo si poneva l'accento sull'immane creatività della giurisprudenza, ma si chiariva altresì che la vera fonte del diritto giurisprudenziale sta nella tradizione collettiva del ceto dei giuristi².

Ci si potrebbe semmai interrogare sulle ragioni che hanno così a lungo ostacolato un simile elementare riconoscimento, se è vero che per decenni dopo l'entrata in vigore del codice civile i paradigmi scolastici ribaditi da una consolidata tradizione universitaria hanno parlato di “fonti del diritto” in senso formale senza in queste in alcun modo includere la dottrina e la giurisprudenza. E ciò, nonostante risalisse a ben prima del nuovo codice civile il volume di Giuseppe Capograssi sulla scienza del diritto³, dove esplicitamente si afferma, nel ribadire che solo il pensiero riflesso aiuta l'azione a fissarsi e consolidarsi sottraendola alla caducità che la vita ha

* Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su “*Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*”, Università di Messina, 27-28 maggio 2016.

¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

² È stato giustamente detto che tutto “ciò che condiziona l'interpretazione è fonte” (così R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 457) e quindi non può non esserlo la dottrina, la quale tuttavia “non è mai, o quasi mai, menzionata come fonte del diritto nei testi costituzionali, né nelle declamazioni politiche o giuridiche ufficiali” (v. ancora R. SACCO, *Dottrina, fonte del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VII, Torino, 1991, p. 215).

³ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 379 ss.



in sé stessa, che, a ben vedere, la scienza del diritto (intesa, in senso lato, come forma riflessiva sull'esperienza giuridica) è "l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica"⁴. Né basterebbe a spiegare una tale sordità l'atteggiamento diffuso fra i giuristi di disinteresse, per non dire disprezzo, di qualsiasi presupposto filosofico⁵, perché i più accreditati manuali istituzionali sono comunque rimasti per anni privi di qualsiasi riferimento giurisprudenziale o dottrinario. Nell'ottica del giuspositivismo, che riconduce il diritto ad un sistema di enunciati posti, il procedimento interpretativo, quale che fosse la sua fonte, veniva inteso, almeno a parole, come esplicazione di un dato oggettivamente valutabile, riducendosi quindi il ruolo della dottrina e della giurisprudenza a momento meramente subordinato, enunciativo di una norma preesistente, non creativo della medesima⁶.

La rottura dei paradigmi formalistici ha fatto venir meno la rete di concetti ordinanti, fra i quali in primo luogo quello delle fonti quali indici direttivi di una società sottoposta alla forza della legge⁷.

2. – Nell'esperienza contemporanea dottrina e giurisprudenza sono venute progressivamente assumendo ciascuna un ruolo diverso da quello che aveva assegnato loro la tradizione. La dottrina ha perso quello che era il suo connotato caratterizzante legato ad una riflessione *in vitro* in chiave di validità. Nel momento in cui si riconosce il valore determinante del caso e il suo primato⁸ ne discende di riflesso la messa in crisi del concetto tradizionale di validità. Questa sup-

⁴ Cfr. CAPOGRASSI, *op. cit.*, in *Opere*, II, cit., p. 585.

⁵ È ben noto il consenso (esplicito anche quando non dichiarato) fra i giuristi rispetto all'atteggiamento di P. BONFANTE (*Il metodo naturalistico nello studio del diritto*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1917, p. 53; v. anche ID., *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, p. 454 ss.), il quale aveva definito la filosofia giuridica "come una fase prescientifica nello studio del diritto". Operare al di fuori di ogni dichiarato presupposto filosofico appariva "il criterio più sicuro per conservare intatte le doti del vero giurista" (così E. CAMMARATA, *Sulle tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1922, p. 23.)

⁶ Oggi invece possiamo ritenere ormai pacificamente riconosciuto, nonostante i rigurgiti di un ricorrente formalismo, il passaggio dalla tradizionale staticità del positivismo, che individua la norma come un'oggettività conchiusa nettamente distinta dal soggetto interpretante, a quel processo ininterrotto di positivizzazione che connota la teoria ermeneutica del diritto, processo indissolubilmente legato alla concretezza degli atti che individuano, nella varietà delle situazioni storiche, la posizione della norma: cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 108.

⁷ Non erano peraltro mancati, fin dall'inizio del secolo scorso, segni significativi di un atteggiamento antiformalista. Un giurista francese di inizio secolo aveva già segnalato l'impotenza della legge affermando che "*le droit ne domine pas la société, il l'exprime*": J. CRUET, *La vie du droit positif et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 336.

⁸ Cfr. F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. I, Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno nazionale della Sisdic, Capri 18-20 aprile 2006, Napoli, 2007, p. 315 ss. H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Milano, 1982², p. 382, afferma testualmente che "il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione" e riconosce che "si verifica così un perfezionamento creativo della legge".



pone un'ottica generalizzante, una uniformità di esiti al di là delle singole accidentalità, evenienza questa difficile da riconoscere entro un contesto essenzialmente pluralistico. Il dramma della moderna scienza giuridica sta proprio qui: deve abbandonare le sue categorie tradizionali o quanto meno svuotarle della loro pretesa generalizzatrice per accostarsi il più possibile al caso concreto. Ma nel far ciò essa avvicina sempre più la sua funzione a quello che tradizionalmente era riconosciuto come il ruolo proprio della giurisprudenza. Laddove si riconosca l'insufficienza del criterio della validità formale per l'identificazione del diritto positivo, il punto focale dell'analisi si sposta dal punto di vista dell'atto di posizione a quello dell'atto di riconoscimento, dall'origine all'uso delle norme⁹. Il carattere giuridico della regola non viene più cercato, anche a livello teorico, in un criterio di validità formale nell'ottica di fonti ordinate secondo un ordine gerarchico, ma piuttosto nella concretezza pratica del modo in cui essa viene interpretata e applicata. Per converso, la giurisprudenza, pur essendo perfettamente consapevole dell'incidenza della singola decisione su di uno specifico assetto di interessi, sa anche che la soluzione di quel caso avrà inevitabilmente una valenza più ampia. Essendo per definizione le persone incompatibili, è necessario trovare il punto di saldatura dell'uguaglianza nella diversità, con ciò implicitamente ammettendo il valore normativo del singolo caso; ma allora la giurisprudenza assume inevitabilmente una portata che trascende la specificità di una vicenda processuale. Ecco perché i giudici avvertono sempre più la necessità di infarcire le loro decisioni di *obiter dicta* (espressione questa che ci era del tutto ignota nella stagione delle nostre esercitazioni universitarie sui casi giurisprudenziali), per lasciare intendere le connessioni del caso deciso, le interrelazioni di principio che da quella decisione discendono. E ancorché si dica che gli *obiter dicta* non fanno precedente, su di essi spesso si incentra il dibattito suscitato dalla sentenza¹⁰.

In sostanza, dottrina e giurisprudenza hanno visto sempre più affievolirsi la specificità di un ruolo che era legato alla logica della codificazione, cioè di una norma confezionata e in quanto tale individuabile prima della sua applicazione. Oggi invece la costituzionalizzazione del diritto,

⁹ È questa la chiave in cui ho tentato un ripensamento delle tradizionali categorie ordinanti del diritto civile: cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013. Ed è una chiave che certamente assegna un ruolo significativo all'operatore (pratico o teorico) del diritto chiamato ad organizzare i suoi strumenti qualificativi in un contesto in cui le c.d. "fonti" si sovrappongono e si intersecano. È stato giustamente osservato che la molteplicità dei luoghi di formazione della giuridicità impone che qualcuno si faccia carico dei vortici che inevitabilmente si creano tentando di riportarli, pur fra mille ostacoli, "entro un alveo finalmente fecondo per la vita collettiva": cfr. U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea. Tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 62.

¹⁰ Il consueto paradigma di scuola che spiega l'*obiter dictum* in chiave negativa, cioè come motivazione che non rientra nella *ratio decidendi*, sconta, in una certa misura, i riflessi di vecchi schemi concettuali. Se infatti la vera forza vincolante della decisione, la sua capacità di incidere sui modelli di comportamento, sta essenzialmente nella forza persuasiva dell'argomentazione, risulta spesso del tutto improprio (e comunque sicuramente insufficiente) secernere, all'interno di una motivazione, gli *obiter dicta* dalla schematicità del principio che viene poi consegnato alla massima, proprio perché la forza dell'argomentazione sta spesso in un indice apparentemente marginale. La spiegazione è cosa diversa dal precetto, ma questo viene attuato (e non semplicemente subito) solo in quanto ne venga compresa la spiegazione.



cioè la sua individuazione in chiave di principi, postula una concezione dinamica della regola giuridica, rispetto alla quale sfuma la possibilità stessa di una distinzione tra una lettura in chiave teorica e un'altra in chiave pratica di uno *jus positum*. Sia il teorico (necessariamente attento al caso), sia il pratico (consapevole della inevitabile ricaduta della sua decisione) sono chiamati a contribuire alla formazione della regola, si collocano sul versante dello *jus in fieri*¹¹. In altre parole, tutti i soggetti dell'ordinamento partecipano alla formazione del precetto concorrendo a saldare l'orizzonte del passato (inteso nel riferimento alla legge o alle altre positivizzazioni giuridiche) con l'orizzonte del presente (assunto nel riferimento alle esigenze e ai valori della comunità al momento dell'applicazione).

Ecco perché il principio di ragionevolezza ha soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività ed è diventato il metodo giuridico fondamentale. Da un lato perché è l'unico in grado di consentire una interpretazione storica dei valori costituzionali; dall'altro perché, assumendo il principio di ragionevolezza una portata che va al di là del caso concreto, consente quanto meno una prevedibilità delle decisioni, una volta constatata, nella stagione dell'incertezza, l'eclissi del principio della certezza del diritto cui la stagione del positivismo era tenacemente ancorata¹². In questa chiave la teoria e la pratica giuridica incontrano una necessaria integrazione. Ma non nel senso in cui si parla di integrazione fra le tradizionali fonti del diritto, come modo di mettere a confronto e, se possibile, di conciliare, due dati oggettivi, ma come riconoscimento di un atteggiamento comune, di un convergente modo di intendere la scienza giuridica, che è essenzialmente una scienza pratica, non più come una scienza pura di norme (ammesso che mai lo sia stata), ma come uno sguardo rivolto ai valori prevalenti nel contesto sociale¹³. Nel momento stesso in cui il principio di ragionevolezza entra quale criterio principe nell'istrumentario del giurista sovverte lo schema nomologico-deduttivo e riconduce la giustificazione del modello giuridico ad un criterio di socialità. In sostanza, il giudizio sulla forza cogente

¹¹ Solo in un'ottica di questo tipo è possibile cogliere la necessaria natura intersoggettiva dell'attività di individuazione, conoscenza ed applicazione del diritto, sottolineando la interazione fra i soggetti della comunità giuridica, teorica o pratica che sia la loro apparente funzione: cfr. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, p. 195. Indice sintomatico di un atteggiamento del tutto opposto è il recente volume di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, il cui capitolo secondo (pp. 87-123), significativamente intitolato "Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva", commenta in senso critico tutta una serie di sentenze designate come creative ed accolte favorevolmente da una dottrina definita corriva. Nello stesso senso si veda il saggio di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in corso di pubblicazione nella rivista *on line* *Questione giustizia*, dove si criticano quelle che vengono definite "le concezioni correnti della giurisdizione come fonte creativa di nuovo diritto".

¹² Rinvio per una riflessione sul punto a N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 1115 ss.

¹³ Sulla struttura intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo si fonda la peculiarità epistemica dei processi di conoscenza e di applicazione del diritto, che implicano "una strutturale sinergia tra dati normativi, riflessione dottrinale e precedenti concretizzazioni nella giurisprudenza": cfr. E., PARIOTTI, *op. cit.*, p. 191. È appena il caso di ricordare che già C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, p. 173 osservava che nessun ordine giuridico è possibile al di fuori "*de solutions acceptables per le milieu, parce que conformes à ce que lui paraît juste et raisonnable*". V. anche R. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studi di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1977, p. 186.

JUS CIVILE



dell'enunciato normativo, lungi dall'essere assunto come un *a priori*, viene fatto dipendere da un criterio elastico, riconducibile ad una sensibilità comune e in qualche modo assimilabile ad un principio di giustizia. Il diritto finisce per riscoprire la sua socialità e si libera dalla genericità delle vecchie formule con la conseguenza che dottrina e giurisprudenza scoprono una sostanziale identità di funzione. Attraverso il filtro della dottrina e della giurisprudenza, riconciliate in un'ottica sostanzialmente unitaria, si misura la concretezza di un'attività guidata dalla ragion pratica e che non si ferma più alla statica fissità di una norma dettata, entro la rigida consequenzialità della tesi della validità, ma avverte l'importanza e insieme la problematicità della regola che nasce e si consolida ponendo alla ribalta del diritto la rilevanza del suo contenuto e della sua ragionevolezza.

3. – Tutto ciò peraltro carica il ruolo, ormai inevitabilmente sincrono, di dottrina e giurisprudenza di una responsabilità nuova. Il venir meno della logica riduttiva di uno *jus positum* ha relegato fra i reperti del passato il paradigma – oggi solo strumentalmente usato da una politica di basso profilo – di un referente certo e verificabile nella sua asserita oggettività. Ma ciò non toglie che l'utente della giustizia (in maniera tanto più incisiva quanto meno giuridicamente provveduto) avverta l'esigenza di una ragionevole prevedibilità delle decisioni giudiziali (che tuttavia l'esperto sa legata ad una pluralità di fattori). Pur nella consapevolezza che l'oggetto dell'analisi non preesiste all'attività dell'operatore giuridico, ma si modella in funzione di questa, con la necessità di essere continuamente identificato e ricomposto, fuori dalle tranquillizzanti certezze di un tempo, rimane viva l'esigenza di trovare, sia pure nel contingente storico, un momento di sintesi, una ragionevole prevedibilità di esiti. Certo la sintesi non potrà cogliersi in quello che una volta si definiva un combinato disposto fra enunciati, ma esigerà un'ottica più ampia, una sensibilità più diffusa, capace di comporre, pur senza perdere di vista le peculiarità del caso, motivazioni condivise, modelli di comportamento prevalentemente praticati, criteri di valore accolti entro un determinato contesto sociale, azioni reiterate nel tempo e in questa reiterazione espressive di una convergenza assiologica. E ciò indipendentemente dalla difficoltà di definire l'ambito di tale contesto¹⁴.

¹⁴ Comprendo benissimo che possa esservi in ciascuno di noi come giurista la tentazione (perché niente più che di una tentazione si tratta) di definire *a priori* e in termini rigorosi l'ambito della propria analisi. Ma è operazione destinata inesorabilmente a fallire come di chi pretendesse di chiudere in uno spazio definito un panorama. Spesso è necessario sporgersi di più o allargare la finestra. Coltivavo già una riflessione di questo tipo quando, molti anni fa, accolsi con compiacimento, ma al tempo stesso con timore, l'affettuosa recensione che Salvatore Satta dedicò alla mia prolusione barese del 1968 [cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, p. 297 ss.], incentrandola tuttavia su di una serie di pungenti notazioni critiche (S. SATTA, *Metodo nel diritto*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova, 1970, p. 137 ss.). Osserva Satta (p. 138 s.) che “tessuto di rapporti e contesto sociale può voler significare tutto e nulla: tutto se si intende la realtà, la vita stessa in un dato momento storico, nulla se si vuol far riferimento a un astratto tessuto e contesto, isolato della vita. Ora, nel primo caso è evidente che tessuto e contesto comprendono necessariamente la norma, senza la quale non so-



In questa ottica risulta a mio giudizio decisiva la convergente funzione di dottrina e giurisprudenza che concorrono a formare quella che è stata definita la comunità interpretativa¹⁵. È stato giustamente detto¹⁶ che l'interesse principale dell'ermeneutica si dirige a conservare e ad

non nemmeno pensabili; nel secondo la norma ne resta fuori, ma per la semplice ragione che quel tessuto e quel contesto non esistono". E più avanti (p. 140): "quel che il giurista deve escludere è il proclamato contrasto tra la norma (cioè il diritto, perché sono una cosa sola) e la realtà, o il tessuto o il contesto che dir si voglia. Non vi è né vi può essere contrasto, in sede speculativa, che è la sede propria del diritto, in quanto realtà e diritto *vertunt ad unum*, non possono dilaniarsi a vicenda. Compito del giurista è quello di scoprire la realtà e il diritto, il tessuto o il contesto che dir si voglia, ma ben si intende quello attuale, non quello futuro o meglio pseudo futuro". Vi è al fondo di queste parole (entro le quali serpeggiano, pur in un giurista aperto come Satta, i retaggi, anche terminologici, del positivismo) la preoccupazione – molto diffusa, sul finire degli anni Sessanta, nella generazione di giuristi alla quale Satta apparteneva, nei confronti della nuova generazione di civilisti – di una ideologizzazione del diritto, inteso quale strumento di mutamento sociale. Gli scritti di Tarello venivano interpretati come una pericolosa apertura ad un diritto che forzasse la mano alla realtà. Quando perciò Satta dice che non vi può essere contrasto tra il diritto e la realtà dice sicuramente il vero e non si pone certo in rotta di collisione con i modelli più moderni del "diritto vivente" o della "comunità interpretativa", forme entrambe destinate ad esprimere una operante e continua dialettica tra enunciati legislativi e modalità evolutive della realtà sociale. Quel che non si può condividere – proprio su questo presupposto – è l'asserita identità tra norma e diritto, la lettura di un contesto sociale che implichi la norma, intesa come un dato oggettivamente definibile. Certo c'è, nella sensibilità di una generazione che ha vissuto la stagione di un diritto non solo chiaramente definibile nei suoi contorni applicativi ma anche sostanzialmente uniforme nei suoi punti di riferimento assiologici e quindi nei suoi esiti applicativi, il desiderio (prima dicevo la tentazione) di poter individuare in termini perentori e definitivi l'ambito di quello che, con una punta di ironia nei confronti del mio linguaggio, Satta chiama "il tessuto sociale o il contesto". La stagione del postmoderno ci ha insegnato – ma i nostri maestri questo non potevano immaginarlo, nonostante le pulsioni dei loro allievi – che anche il diritto si coniuga necessariamente al plurale e che quindi i confini dell'analisi non esistono prima, ma solo dopo il procedimento interpretativo, con la conseguenza che quest'ultimo non può essere sottoposto ad una verifica in chiave di verità, ma solo ad un giudizio di accettabilità in termini di plausibilità argomentativa e quindi di condivisione. Il rapporto fra le generazioni serve proprio a questo: a scoprire orizzonti nuovi facendo tesoro delle esperienze di chi ci ha preceduto. Sulla necessaria approssimazione del processo cognitivo proprio del diritto e sulla inevitabile connessione di tale processo con la rilevanza dei contesti applicativi, peraltro difficilmente definibili nel loro ambito, cfr., da ultimo, G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Roma, 2015, pp. 12 ss., 34 ss., 99 ss. e *passim*. Sulla costante necessaria tensione, all'interno della comunità giuridica, fra fattualità e normatività cfr. E. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵ Sulle problematiche connesse alla c.d. comunità interpretativa v. soprattutto E. PARIOTTI, *op. cit.*, con ampi riferimenti di dottrina. È appena il caso di ricordare che la comunità interpretativa non viene meno in presenza di una diversità di interpretazioni: l'essenziale è che "il disaccordo accett[i] la forma del discorso": cfr. f. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 199, p. 68. A ben vedere, al di là delle apparenze, anche chi si rifà ad impostazioni di tipo analitico riconduce il concetto di verità dell'interpretazione ad un esito ritenuto pacifico perché non controvertibile o perché di fatto dominante: cfr., in tal senso, R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2009, p. 60. Nella prospettiva qui proposta appare evidentemente anacronistica la norma dell'art. 118 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile laddove si legge che nella motivazione della sentenza "deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici". I giudici intendono ormai questo precetto nel senso di evitare il riferimento nominativo all'autore, ma spesso utilizzano nelle motivazioni ampi stralci delle sue argomentazioni, talora addirittura virgolettandoli. La sentenza delle Sezioni unite sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), da qualcuno criticata per l'ampiezza della motivazione (in ipotesi più adatta ad una trattazione teorica che ad una decisione pratica), è, a mio giudizio, indicativa del nuovo modo di intendere il rapporto tra giurisprudenza e dottrina. Non più dialogo fra mondi autonomi, ciascuno destinato a svolgere una distinta funzione, ma dialettica necessaria volta a creare quella convergenza di convincimenti sulla quale si radica il diritto vivente, che non può essere fatto né di decisioni eccentriche né di teorie avventurose o eccessivamente anticipatrici.

¹⁶ Cfr. J. HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse*, in *Tecnick und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt, 1968, p. 158.



ampliare l'intersoggettività ed è proprio in questa chiave che dottrina e giurisprudenza, nel momento in cui realizzano una convergenza, concorrono ad allargare un controllo di razionalità di tipo intersoggettivo. Oggi non è più possibile parlare di interpretazione vera o falsa¹⁷, ma certo è possibile allargare, in forza dell'argomentazione proposta, la platea di coloro che considerano accettabile la scelta di una interpretazione rispetto alle altre astrattamente possibili, e ciò accade appunto, per la forza determinante della dottrina e della giurisprudenza, nel quadro di quella comunità interpretativa che lega tra loro i membri di una determinata cultura giuridica¹⁸. È stato giustamente detto che il giurista deve dare una risposta, in termini comprensibili e razionalmente accettabili dall'ambiente sociale circostante, alle esigenze e ai problemi che hanno prodotto le aspettative della comunità¹⁹. Ed è evidente che, nell'interpretazione del diritto, la “comune cul-

¹⁷ È chiaro che il problema della “verità” del risultato interpretativo è sconfinato e implica una serie di presupposti qualificativi che qui non è possibile neppure sfiorare. Accantonata ovviamene ogni portata metafisica del concetto di verità, se si acquisisce il paradigma della verità come corrispondenza, si tratta di stabilire a cosa corrisponda il dato di realtà che si intende definire come “vero”. Ove si assuma il risultato dell'interpretazione in funzione dell'asserito contenuto “oggettivo” di un testo legislativo è chiaro che tale risultato non è acquisibile se non in forza di un confronto fra due interpretazioni, quella della cui verità si discute e quella in forza della quale è possibile individuare il preteso contenuto oggettivo della disposizione in questione. In tal modo il giudizio veritativo si risolve peraltro in una tautologia. Quando, nella prima metà del secolo scorso, un simile procedimento è stato dato per scontato e si è condiviso, ciò è accaduto per la sostanziale omogeneità dei criteri di valore che connotavano il contesto sociale di riferimento, in funzione della quale il risultato interpretativo poteva ritenersi indiscutibile nei suoi esiti, quale che fosse il procedimento svolto per acquisirlo. Ciò non può accadere nella moderna società pluralista, all'interno della quale l'unico giudizio che è possibile fare di un procedimento interpretativo in chiave giuridica riguarda la plausibilità delle sue argomentazioni e, in forza di questa, il tasso di condivisibilità delle sue conclusioni. Un giudizio quindi sottoponibile non ad una verifica meccanica ed individuale, ma solo ad una convergenza rinvenibile all'interno di una comunità che si riconosce come tale in un determinato momento storico, indipendentemente da confini formali o da processi definitivi. Sulla “verità” dell'interpretazione cfr., di recente, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, *Storia e teoria*, Torino, 2015, p. 205 ss., il quale osserva che l'affermazione secondo la quale l'interpretazione dell'enunciato sarebbe vera (quindi corretta) quando corrispondente al pensiero e quindi alla volontà del proferente, può essere riferibile ad asseriti interpretativi di fatti, ma è del tutto inapplicabile ad asseriti interpretativi di comunicazioni e, alla fine di un lungo e argomentato *excursus* storico-critico, conclude, con riferimento all'interpretazione giuridica (p. 284), che un'interpretazione è “corretta” non tanto nella misura in cui è vera, quanto e soprattutto nella misura in cui è “giustificata”, dove il concetto di giustificazione non può che avere un significato collegato all'atteggiamento dei destinatari. Questo tipo di impostazione vale, a mio giudizio, a rispondere alla tesi di chi (cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Realismi giuridici italiani*, in *Analisi e diritto*, 1991, p. 170 s.) assume che sostenere che non esiste un'interpretazione vera o falsa “equivale alla tesi – totalmente irragionevole – che non esistono argomenti *corretti* né *scorretti* nell'interpretazione e nella dottrina giuridica”, posto che la verità, intesa come equivalenza di un fatto ad un modello, non può essere equiparata alla “correttezza”, intesa come plausibilità e quindi condivisibilità delle notazioni addotte, di una argomentazione. Per una serie di stimolanti riflessioni, in chiave filosofica, sul rapporto tra necessità e verità, cfr. M.C. LIPARI, *Il tempo della necessità. Necessità e verità nell'epoca post-moderna*, in *Politica del diritto*, 2015, pp. 419-449 e pp. 509-548. È ovvio che, in chiave giuridica, solo una prospettiva che coinvolga l'intera comunità consente di superare sia la rigorosa necessità di un testo anelastico assunto nella sua univocità, sia la dissoluzione del punto di partenza normativo in una indistinta pluralità di esiti interpretativi.

¹⁸ Cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 105. V. anche F. VIOLA, *La comunità interpretativa nel diritto e nella teologia*, in *Hermeneutica*, 1988, p. 21 ss.

¹⁹ Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 24.



tura giuridica di sfondo” agisce da presupposto²⁰. Nel momento in cui riconosciamo il ruolo decisivo di dottrina e giurisprudenza nella formazione dei modelli giuridici, in una prospettiva che non scende dall’alto delle norme poste, ma sale dal basso delle norme praticate e riconosciute, l’orizzonte del diritto si apre ad una comunità nella quale concorrono gli operatori giuridici e i consociati definendo, in un’operante dialettica, l’accettabilità delle interpretazioni²¹. Il che naturalmente incide sullo stesso modo di intendere l’ordinamento nel suo complesso che è costretto a liberarsi dal modello illuministico articolato intorno al principio della divisione dei poteri, proprio perché l’autorità del diritto, con tutta la sua forza direttiva e cogente, pur nella peculiarità del momento storico, si sposta dall’esterno all’interno della comunità dei giuristi²².

Dottrina e giurisprudenza creano interagendo²³. Si può quindi oggi applicare al rapporto tra dottrina e giurisprudenza quel che, pur tra mille resistenze e dubbi, un tempo si riuscì a dire per la giurisprudenza. Entrambe non si limitano ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuiscono alla stessa formazione del diritto, all’interno di una collettività che è l’unica in grado di offrire i parametri di giustizia per la verificabilità delle soluzioni offerte. Esse finiscono inevitabilmente per parlare ai consociati, dei quali sono peraltro le più attente ascoltatrici, anche quando la legge pretende (secondo il ribadito assunto dei nostri politici) di essere l’unica a parlare²⁴.

4. – A ben vedere quel che Capograssi riferiva alla scienza (ma assumendola in un senso ampio e onnicomprensivo), affermando che “il diritto non appare e non si realizza che per la intermediazione della scienza, cioè del pensiero riflesso che incessantemente scopre rivela e traduce la sintesi tra l’idea costitutiva e il fatto della vita”²⁵, oggi ben può dirsi della coppia scienza-giurisprudenza²⁶. Il pensiero riflesso nella sua proiezione giuridica non si consuma più in va-

²⁰ Così G. CARCATERRA, *L’argomentazione nell’interpretazione giuridica*, in AA.VV., *Ermeneutica e critica*, Atti del convegno linceo di Roma del 7-8 ottobre 1996, Roma, 1998, p. 126.

²¹ Cfr. E. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 15.

²² V. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 17.

²³ Espressamente in tal senso R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, cit., p. 459.

²⁴ In questo contesto va semmai segnalata l’antistoricità (e conseguentemente l’inutilità) dei tentativi del nostro legislatore – divenuti più frequenti negli ultimi tempi, quali espedienti per cercare di deflazionare il massiccio ricorso alla giurisdizione – di vincolare l’esito del procedimento interpretativo, sia che ciò si realizzi con norme specifiche (v., ad esempio, l’art. 30 comma 1°, legge 4 novembre 2010, n. 183), sia che si esprima attraverso norme di quadro, quale quella dell’art. 360 *bis* c.p.c. (introdotta dall’art. 47 della legge 18 giugno 2009, n. 69), il cui n. 1 enuncia un criterio di inammissibilità del ricorso per cassazione che non può essere ovviamente applicato *a priori*, ma solo all’esito di un’analisi degli argomenti svolti nella censura. V. già quanto ho avuto modo di osservare in N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 12.

²⁵ Così G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere*, II, cit., p. 585.

²⁶ Da un diverso punto di vista, ma con risultati sostanzialmente non dissimili, P.G. MONATERI, *La giurisprudenza*, in



lutazioni astratte, ma guarda necessariamente alla realtà del caso, entro il quale si sublimano e si consolidano nel contingente storico, interessi e valori altrimenti destinati ad una incomprensibile conflittualità. L'esperienza giuridica trova la sua unità e la sua ricchezza nel quadro di una comunità interpretativa della quale dottrina e giurisprudenza sono il perno.

È proprio all'interno di un simile contesto che i soggetti dell'esperienza giuridica (teorici, magistrati o semplici cittadini) concretizzano quelle aspettative che Esser ha chiamato l'“orizzonte di attesa”, un orizzonte che, per definizione, non può essere soggettivo, ma rappresenta la comprensione giuridica di interi gruppi sociali²⁷. Né c'è da stupirsi se, in determinati momenti o per particolari problemi, l'attesa si traduce in una pluralità di risposte, spesso fra di loro non conciliabili. L'incertezza non potrà che essere soggettiva e provvisoria²⁸, perché inevitabilmente vi sarà un momento in cui la risposta risulterà condivisa e, in forza di tale condivisione, ritenuta conforme a diritto. Nell'ottica di una visione non individualistica ma comunitaria si incontra quel punto di saldatura che consente di vivere l'esperienza giuridica senza timore di dissoluzione nichilista perché “ogni interpretazione singola si fonda nella comprensione comune, si spiega cioè soltanto come risultato di un processo dal quale nessuna esperienza singola può totalmente liberarsi o distaccarsi”²⁹.

Dottrina e giurisprudenza, nel momento stesso in cui, in dialettica fra di loro, si pongono in un rapporto costante con la comunità, individuano altresì il punto di saldatura tra diritto e morale, proprio perché l'interpretazione prevalente non potrà prescindere dai criteri di valore, dai profili etici comunemente riconosciuti, in un determinato momento storico, all'interno della collettività. “La legittimazione alla legalità non va spiegata a partire da una razionalità autonoma, moralmente neutra, intrinseca alla forma diritto”³⁰. “Oggi il sistema dogmatico e scientifico del diritto positivo non ha più una funzione autofondante. Il problema della fondazione si ripropone come problema di comunicazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale è una componente essenziale”³¹. Da qui due conseguenze. Innanzitutto che dal

Le fonti del diritto italiano, 2, Le fonti non scritte e l'interpretazione, nel Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 494 afferma che “giurisprudenza vuol dire fare dottrina, sia ad opera dei forensi che dei dottori”, soggiungendo poco dopo (p. 497) che l'affermazione del positivismo giuridico ha fortemente compromesso, almeno in Europa, le condizioni per un fiorire della giurisprudenza e significativamente intitolando due capitoli uno alla “giurisprudenza, scienza del diritto”, l'altro alla “giurisprudenza, diritto delle corti”. Anche questo a. fa riferimento alla comunità interpretativa laddove osserva (p. 502) che, “quando il giudice agisce in modo altamente prevedibile”, “la comunità giuridica attribuisce alla norma un senso incontestato, a tal punto che quello appare a tutti il senso palese della norma”.

²⁷ Cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, p. 136.

²⁸ V. R. SACCO, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VIII, Torino, 1992, p. 438.

²⁹ Così G. ZACCARIA, *L'ermeneutica*, in F. GENTILE (a cura di), *Diritto e decisione*, Milano, 1989, p. 60. Sulla struttura necessariamente plurale e intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo v. anche E. PARIOTTI, *op. cit.*, p. 185.

³⁰ Così J. HABERMAS, *Moral und Recht*, trad. it., *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, p. 16.

³¹ Così L. MENGONI, *La questione del diritto “giusto” nella società postliberale*, in *Fenomenologia e società*, 1988, p. 11.



rapporto tra comunità giuridica e contesto sociale discende inevitabilmente, al di là delle tensioni e contraddizioni del nostro tempo, una funzione stabilizzatrice nel rapporto tra diritto e valori³², con un esito tanto più significativo nelle società pluralistiche del nostro tempo dove “il diritto dello Stato non può optare per una determinata morale, ma può soltanto e deve rendere possibile la morale, rimettendone la determinazione ai processi di formazione del consenso sociale”³³. In secondo luogo che vengono meno tutti i tradizionali paradigmi in tema di fonti del diritto proprio perché il giudice (o meglio, chiunque rifletta su di un contesto sociale nell’ottica del diritto) deve necessariamente “misurarsi con la comprensione del diritto propria di interi gruppi sociali”³⁴ e quindi la norma, quale precetto all’azione, non discende da una struttura di enunciati gerarchicamente ordinati, ma da una connessione tra un sistema di enunciati ed una prassi, tra disposizioni formalmente poste e il loro uso nel comportamento degli operatori giuridici e dei consociati³⁵. Se l’esistenza di una norma si coglie in una ininterrotta prassi sociale diventa decisivo il modo in cui dottrina e giurisprudenza, in una dialettica fra di loro, riescono a fornire argomenti ragionevoli per giustificare l’applicazione³⁶.

Siamo passati dalla consolidata struttura di un diritto consegnato ad un sistema di enunciati, alla mobile, ma storicamente viva, realtà di un diritto che si articola in una molteplicità di situazioni, di vicende, di esiti. Dottrina e giurisprudenza non sono chiamate (ammesso che mai lo abbiano fatto) a leggere testi, confrontandosi fra di loro sulle modalità di quella lettura, ma ad analizzare contesti, nella asprezza delle loro tensioni, ma anche nella aspirazione a ricercare un punto di equilibrio. La formula nella quale si ritiene debba essere condensato l’assunto teorico della postmodernità dice “il mondo non è uno, ma molti”³⁷. La pluralità riferita al diritto, se non vuole ridursi alla passività del nichilismo o alla indifferenza di tutte le soluzioni interpretative astrattamente possibili³⁸, esige un continuo confronto con la molteplicità delle situazioni, con la varietà degli interessi in conflitto, con la duttilità degli statuti normativi e con la potenziale con-

³² Lo evidenzia giustamente L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 99.

³³ Così ancora L. MENGONI, *La questione del diritto “giusto”*, cit., loc. cit.

³⁴ Così P. RESCIGNO, *Introduzione* a J. ESSER, *Precompressione e scelta del metodo*, cit., p. X.

³⁵ Come è noto risulta ormai scontata la dissociazione di una concezione del diritto come autorità (a cui corrisponde l’esercizio del potere e della forza) dal diritto concepito come interpretazione: cfr. M. GOLDONI, *Interpretazione vs. autorità. Considerazioni sui limiti e le prospettive del pluralismo normativo di Robert Cover*, in *Ars Interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, p. 162.

³⁶ Il che naturalmente non vieta, ma con un significato radicalmente diverso rispetto a quello che le ha assegnato la tradizione classica, di “usare la denominazione ‘fonte’ per indicare fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale e che comunque provengono dal basso e non dall’alto di una trama sociale” (così U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, cit., p. 50).

³⁷ Così G. FORNERO, *Postmoderno e filosofia*, in N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, IV, 2, Torino, 1994, p. 396, giustamente richiamato da V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 584.

³⁸ Su queste posizioni mi sono intrattenuto criticamente in N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., spec. p. 1137 ss., richiamando le tesi di Irti e di Monateri.

JUS CIVILE



flittualità degli indici di valore presenti all'interno di un contesto sociale, non sempre facilmente e stabilmente definibile nei suoi contorni³⁹. Dottrina e giurisprudenza, confrontandosi tra loro e cercando mediazioni storicamente comprensibili, pure nella loro inevitabile temporaneità, si sforzano di cercare un punto di equilibrio, riaffermando, nella stagione del postmoderno, la verità dell'affermazione di Capograssi. Davvero la scienza – assunta nella pienezza delle sua dimensione teorico-pratica – è l'unica vera fonte del diritto.

³⁹ V. anche A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 367 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, I, p. 409 ss.; nonché gli scritti di E. RESTA, U. MATTEI, A. DI ROBILANT, P.G. MONATERI, raccolti sotto il titolo *"Il postmoderno nel diritto"*, *ivi*, 2001, p. 79 ss.