

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**52**  
(2023)

Il diritto come forma dell'esperienza

Per Paolo Grossi

TOMO I

 **GIUFFRÈ**  
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

BALDASSARE PASTORE

DIRITTO COMPLESSO.  
IL CONTRIBUTO DI PAOLO GROSSI  
ALLA TEORIA DELLE FONTI

1. La metafora presa sul serio. — 2. Complessità sociale e complessità giuridica. — 3. Interpretazione e fonti.

1. *La metafora presa sul serio.*

Le analisi e le riflessioni sulle fonti del diritto hanno costituito un momento saliente del lungo e intenso itinerario di ricerca di Paolo Grossi, caratterizzato dallo sguardo sul passato proiettato sul presente e sul futuro <sup>(1)</sup>.

Il problema delle fonti sta molto a cuore a Grossi ed è il « più incalzante per il giurista » <sup>(2)</sup> dal momento che esso riguarda le radici e le fondazioni di un intero ordinamento giuridico. Tale problema trova una tradizionale e consolidata espressione attraverso il ricorso ad una metafora che appare segnalare in primo luogo il fatto della manifestazione esterna, mettendo in luce un dato « oggettivo », osservabile e identificabile.

L'uso metaforico della parola « fonte » evidenzia la sugge-

---

<sup>(1)</sup> P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 7, 12. Sul percorso scientifico di Grossi, nella forma di una autobiografia intellettuale, si rinvia a quanto lo stesso Autore scrive in P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008. Si vedano anche: *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni, E. Ripepe, Pisa, Plus, 2007; P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018.

<sup>(2)</sup> GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 326. Cfr. anche ID., *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XCVIII (2021), 2, pp. 158-159.

stione di un cominciamento <sup>(3)</sup>, istituendo una piena identità tra l'evento della nascita del diritto e il motivo della sua validità. Il giurista, pertanto, può procedere limitandosi a verificare se, nel singolo caso, vengano soddisfatte o meno determinate premesse riguardanti le condizioni di validità delle norme, che risiedono in altre norme <sup>(4)</sup>. Valga, in proposito, quanto afferma Kelsen, secondo il quale si definisce « fonte » (dal punto di vista giuridico) « il fondamento di diritto positivo della validità di una norma giuridica, cioè la norma giuridica superiore che ne regola la produzione » <sup>(5)</sup>.

Secondo la definizione tradizionale sono fonti del diritto di un ordinamento « gli *atti* ed i *fatti normativi*, abilitati a costituire l'ordinamento stesso, ponendo in essere e rinnovando le norme che lo compongono » <sup>(6)</sup>. Le fonti sarebbero « cose » (documenti o comportamenti empiricamente accertabili) « che l'ordinamento così qualifica, legittimandoli a porre norme costitutive di se medesimo come 'diritto oggettivo' » <sup>(7)</sup>. Si proietta, in tal modo, sul problema delle fonti la struttura chiusa e autoreferenziale dell'ordinamento giuridico statale sovrano, originario <sup>(8)</sup>.

La metafora della fonte allude all'immagine della sorgente da cui si assume scaturiscano le norme giuridiche in quanto componenti esclusive (o comunque essenziali) del diritto <sup>(9)</sup>. In questa prospettiva la questione delle fonti riflette « l'ipostasi del positivismo giuridico » <sup>(10)</sup>. Unicamente alle fonti del diritto è affidata la funzione razionalizzatrice del sistema e la loro configurazione gerarchica

<sup>(3)</sup> E. PARESCHE, *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 893; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 86.

<sup>(4)</sup> Cfr. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, FrancoAngeli, 2021, p. 23. Si veda, al riguardo, N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale* (1978), Napoli, Guida, 1990, p. 39.

<sup>(5)</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1990, p. 263.

<sup>(6)</sup> L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998<sup>3</sup>, p. 117.

<sup>(7)</sup> Così V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 932. Cfr. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., p. 39.

<sup>(8)</sup> BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., p. 36.

<sup>(9)</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, pp. 189-190; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 15 e ss.

<sup>(10)</sup> LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 82.

funge da norma di riconoscimento <sup>(11)</sup>. Il controllo delle fonti, con la loro riduzione ad un insieme rigidamente verticale, permette di esaltare la fonte gerarchicamente suprema: la legge positiva statale. Ad essa è assegnato il primato, con l'esclusione delle altre fonti (consuetudine, dottrina, giurisprudenza) <sup>(12)</sup> e la subordinazione del giudice al legislatore <sup>(13)</sup>. Ne consegue che il principio di legalità, per molti versi, attiene proprio al piano delle fonti e alla tipologia degli atti legittimati a produrre diritto, e riguarda la loro adeguatezza ai criteri procedurali posti per la produzione del diritto. Il perimetro della legalità è così definito in relazione al sistema delle fonti e al rapporto tra le fonti <sup>(14)</sup>. La gerarchia, che supporta il postulato della esclusività statale del diritto, opera come ordinazione delle fonti e come individuazione di un sistema già definito di prevalenza di una fonte su un'altra <sup>(15)</sup>.

Grossi considera la metafora della fonte « felicemente espressiva dell'essere una manifestazione del diritto alla superficie della vita quotidiana ma risalente dagli strati profondi, radicali della società » <sup>(16)</sup>. E, in polemica contro la concezione riduzionistica dell'esperienza giuridica che il pensiero giuridico moderno ha contribuito a diffondere (e i cui germi culturali sono maturati pienamente in età illuministica), intende affrancare da pesanti luoghi

---

<sup>(11)</sup> A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno. 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, Utet, 1982, p. 185.

<sup>(12)</sup> GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 210.

<sup>(13)</sup> La teoria delle fonti, in questa prospettiva, è costruita come limite al potere degli interpreti, segnatamente dei giudici. Cfr. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., pp. 57-58.

<sup>(14)</sup> Cfr. B. PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 154.

<sup>(15)</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 561 e ss.

<sup>(16)</sup> P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto* (2009), ora in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 23. Cfr. inoltre ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003 (31<sup>a</sup> rist. 2023), p. 78.

comuni la raffigurazione dell'assetto delle fonti così come si è concretato dalla fine del Settecento in poi <sup>(17)</sup>.

L'impegno a « ripensare le fonti del diritto » <sup>(18)</sup>, a cui Grossi richiama il giurista contemporaneo, richiede di riflettere sull'assolutismo giuridico in quanto « canale forzato di scorrimento del diritto moderno, quello legislativo, con la sua arrogante idealizzazione e apoloizzazione » <sup>(19)</sup>. Parlare di « assolutismo giuridico » significa prendere in considerazione la novità *moderna* del controllo della produzione di tutto il diritto da parte del potere politico, con la perdita (o almeno la grossa attenuazione) dei suoi legami con la società e con l'ulteriore conseguente perdita della spontaneità del meccanismo produttivo, privo della « continuità osmotica » con i fatti sociali ed economici <sup>(20)</sup>. Certamente — e Grossi ne è ben consapevole — non può essere cancellata la valenza positiva della sistemazione settecentesca delle fonti. Si tratta, però, di integrarla, proponendo una lettura più complessa che segali la valenza negativa che si accompagna a quella sistemazione. Assolutismo giuridico significa aver contratto la legittimazione a produrre diritto, con la conseguente contrazione della pluralità delle fonti, ridotte a manifestazioni del potere e strutturate gerarchicamente. L'esito, con la indebita equiparazione tra diritto e legge, è stato un impoverimento del paesaggio giuridico, separato dall'esperienza in costante mutazione, a cui segue la crisi del giurista (teorico o pratico) « esiliato al rango di creatura umbratile sotto la cappa legislativa » <sup>(21)</sup>, « ripetitore senza voce propria, ripetitore di voci altrui » <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 327. Sul punto v. G. ALPA, *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, in « Contratto e impresa », XXXII (2016), 2, p. 389.

<sup>(18)</sup> « Per ripensare, oggi, il problema delle fonti del diritto » è il titolo della terza parte del libro di GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 233-343.

<sup>(19)</sup> Ivi, p. 327.

<sup>(20)</sup> Ivi, p. 328. Si veda anche P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)* (1988), ora in *Paolo Grossi*, cit., pp. 142-143.

<sup>(21)</sup> GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 328. Cfr. anche ID., *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, cit., p. 144, nonché ID., *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., pp. 97-98.

<sup>(22)</sup> GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, cit., p. 151.

La logica delle fonti articolate gerarchicamente impedisce di comprendere il farsi del diritto nell'epoca contemporanea (23). E non può non evidenziarsi, al riguardo, il ruolo dei giuristi nella qualifica stessa di fonti del diritto, nella determinazione del loro contenuto e nella loro ordinazione (24).

Le trasformazioni che hanno caratterizzato la storia giuridica del Novecento impongono un profondo ripensamento del monismo statalistico e del connesso sistema gerarchico delle fonti (25). Grossi, in proposito, fa riferimento ad alcuni eventi salienti che riguardano il nostro contesto ordinamentale. In primo luogo, la Costituzione, nella quale vivono e si affermano i valori riconosciuti in una civiltà storica, tradotti in un complesso di principi giuridici che ne esprimono il volto essenziale e fungono da supremo strumento ordinatore. La Costituzione riflette il pluralismo intrinseco alla società (26). Il pluralismo giuridico, che è pluralismo delle fonti, realizza in pieno il progetto inscritto nella dimensione costituzionale (27). La Costituzione italiana, lungi dal rafforzare la piramide delle fonti (28), configura plessi normativi policentrici e reca con sé il germe dello sgretolamento della gerarchia, affiancando, ma anche sostituendo ad essa, come criterio di messa in ordine delle fonti, la competenza, che meglio sembra rispondere al pluralismo istituzionale dei centri di produzione giuridica (29). La Costituzione è anche disciplina delle fonti: le produce, le conforma, le condiziona, mettendone in crisi la

(23) LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 90.

(24) G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014, p. 63.

(25) GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 28 e ss.

(26) P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, p. 16 e ss.

(27) GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, cit., p. 174. Si consideri quanto scrive l'Autore, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in «Quaderni fiorentini», 47 (2018), p. 18: «La Costituzione, con il suo proporre un pluralismo sociale e un corrispondente pluralismo giuridico... esige una visione pluralistica delle cosiddette fonti».

(28) N. LIPARI, *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, in «Rivista di diritto civile», LXIV (2018), 2, p. 356.

(29) F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, p. 2; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in «Enciclopedia del diritto», Annali, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 558; B. PASTORE, *Pluralismi giuridici*

tradizionale configurazione lineare. Determina rapporti tra atti normativi che non possono essere letti attraverso la sola visione gerarchica. Imprime una articolazione dinamica che sfugge all'immagine dell'« omogeneo digradare da norma superiore a norma inferiore »<sup>(30)</sup>. Si assiste, pertanto, ad una disarticolazione dei « tipi » di atti normativi in una varietà di figure aventi caratteri peculiari, non riconducibili ad uno schema generale omogeneo quanto a forma, efficacia attiva, resistenza passiva<sup>(31)</sup>.

Un altro evento fondamentale, legato al primo, è rappresentato dall'istituzione della Corte costituzionale, « cerniera fra la testualità normativa delle leggi ordinarie e quel mondo di valori ricevuti che nemmeno il legislatore può violare »<sup>(32)</sup>; « organo della coscienza sociale » e « valvola respiratoria dell'ordinamento giuridico italiano »<sup>(33)</sup>, operante anche attraverso il canone dell'interpretazione conforme, che espande il giudizio di costituzionalità coinvolgendo in esso il giudice ordinario<sup>(34)</sup>.

Peculiare salienza assume anche il diritto dell'Unione europea con il suo organismo giudiziario: la Corte di Giustizia, chiamata ad un compito costruttivo, che ha fornito un contributo determinante al disegno di un ordine giuridico complesso<sup>(35)</sup>, nel quale, peraltro, *common law* e *civil law* trovano un terreno di armonizzazione<sup>(36)</sup>.

Un ulteriore fenomeno che ridisegna lo scenario giuridico è

e trasformazioni del diritto contemporaneo, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 403-404.

<sup>(30)</sup> MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 566; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 20-21.

<sup>(31)</sup> MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 571 e ss.

<sup>(32)</sup> GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 272.

<sup>(33)</sup> GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 29; ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 123.

<sup>(34)</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 113.

<sup>(35)</sup> Ivi, p. 47 e ss. Grossi, tra l'altro, mette in evidenza il ruolo della Corte di Giustizia nella garanzia dei diritti fondamentali della persona, in quanto parte dei principi generali del diritto comunitario nel loro collegamento con le tradizioni costituzionali comuni.

<sup>(36)</sup> GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., pp. 30-31. Cfr., sul punto, LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., pp. 217-221, il quale connette il tramonto della distinzione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* al

costituito dalla globalizzazione/mondializzazione, che produce de-territorializzazione, eclissi della sovranità, rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto <sup>(37)</sup>. Le esigenze di rapidità e concretezza della prassi economica producono strumenti regolativi e istituti entro una dinamica di re-privatizzazione di larghe zone del pianeta giuridico <sup>(38)</sup>. Aumentano i soggetti produttori del diritto, così come le fonti. Tali mutamenti realizzano una formazione plurale del diritto, connessa al moltiplicarsi dei canali della sua produzione, sempre più decentrata e frantumata.

Tutto ciò conduce a percepire in modo nuovo e a ripensare il problema delle fonti « quali realtà plastiche da verificare nel *continuum* dell'esperienza e da recuperare alla storia » <sup>(39)</sup>. Viene in evidenza, al riguardo, l'ineliminabile relatività del diritto, che significa storicità <sup>(40)</sup>. Grossi vede la storicità come dimensione nella quale emerge un diritto vivente iscritto nella esperienza della vita sociale <sup>(41)</sup> e riconosce nell'effettività il canone di misura della giuridicità <sup>(42)</sup>.

La società è il referente della giuridicità <sup>(43)</sup> e ciò conduce a riscoprire quella visione *ordinamentale* del diritto, che guarda ad una

superamento della distinzione tra fonti formali e fonti *extra ordinem*, tra fonti-atto e fonti-fatto.

<sup>(37)</sup> Cfr. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 34 e ss.; ID., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 287 e ss. Per un inquadramento sul tema si rinvia a M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 547-570.

<sup>(38)</sup> Grossi, peraltro, si mostra ben consapevole del rischio della strumentalizzazione della dimensione giuridica al soddisfacimento di interessi economici. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 310-312. Si veda anche ID., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 35.

<sup>(39)</sup> GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 330.

<sup>(40)</sup> *Dialogo con Paolo Grossi*, in *Paolo Grossi*, cit., p. 266.

<sup>(41)</sup> Al tema della storicità del diritto è dedicata la prima parte di *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 1-140.

<sup>(42)</sup> GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 36; ID., *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 208-209.

<sup>(43)</sup> Nel considerare il diritto quale dimensione della vita sociale è chiara l'influenza esercitata su Grossi da Giuseppe Capograssi. Cfr., ad esempio, P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », LXXXIII (2006), 1, pp. 13-40. Sul punto v. G. ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, in « Rivista di diritto civile », LIX (2013), 1, p. 172.

« pluralità di fonti non coercibili né in un sistema né tanto meno in una gerarchia; fonti di valenza paritaria perché esprimenti dimensioni diverse della società e pertanto tutte meritevoli di rispetto »<sup>(44)</sup>. « Fonte », allora, è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico una norma applicabile, da utilizzare immediatamente, e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori traggono le norme<sup>(45)</sup>. Le fonti, così, presentano gradi diversi di oggettivazione, di elaborazione, di determinazione<sup>(46)</sup>, ma si pongono, tutte, come risorse da cui trarre le regole dei casi. Gli interpreti individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono.

Il diritto assume un carattere proteiforme, che ridisegna l'assetto delle fonti. Alla *semplicità* tipica del diritto dell'età della codificazione (con la sua identificazione nella legge, perno del sistema, attorno al quale ruota tutto l'insieme delle fonti) si sostituiscono insiemi normativi non più esclusivamente *legislativi*, ma *costituzionali*, complicati dalla presenza di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa. D'altro canto, le molteplici fonti interne si trovano a concorrere con fonti sovranazionali (si pensi alla penetrante incidenza del diritto europeo-comunitario) e con il diritto globale (ne è un esempio significativo la nuova *lex mercatoria*<sup>(47)</sup>), in uno scenario che manifesta la fine della pretesa di « esclusività-impenetrabilità » dell'ordinamento e che rende il diritto intricato.

Il pluralismo giuridico si sostituisce al vecchio monismo e Grossi vede nella revisione, in primo luogo epistemologica, operata da Santi Romano il punto di riferimento teorico di questo fonda-

(44) GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 210.

(45) PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, cit., p. 160.

(46) Distingue tra fonti obbligatorie, dotate di autorità vincolante, e fonti facoltative, dotate di autorità persuasiva, F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma, Carocci, 2016, pp. 110-122.

(47) In argomento si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 721-729.

mentale cambio di prospettiva (48). Guardando allo scenario di profondo mutamento e di crescente pluralismo delle fonti si potrebbe parlare di una « rivincita » del pluralismo ordinamentale romaniano (49).

Il recupero della complessità e della ricchezza dell'universo giuridico implica il riconoscere che nel divenire storico risiede « il solo terreno adatto per la germinazione e la consolidazione della giuridicità » (50). Il diritto, invero, è da reperirsi nella struttura stessa della società, appartenendo alla sua fisiologia. Si radica nei fatti concreti, che, in ragione del loro mutare, ne costituiscono il connotato essenziale (51). Storicità significa, allora, umiltà di fronte al mutamento e al nuovo che questo comporta; significa consapevolezza che il diritto non può essere ridotto ad una volontà potestativa imposta dall'alto, bensì è espressione delle molteplici risorse che il flusso storico porta con sé (52). Una siffatta consapevolezza ricade sul piano della teoria giuridica attraverso uno spostamento dalla *validità* (formale) alla *fattualità*, che si pone come elemento rilevante del panorama giuridico odierno. Le frontiere del diritto e del fatto si confondono (53), emergono fonti alternative alla legge che impegnano ad una lettura della realtà al di fuori dal cerchio chiuso del

---

(48) Cfr. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 205 e ss., il quale scrive (a p. 206): « La contemplazione della crisi profonda (anche se latente) nel sistema ufficiale delle fonti, l'insoddisfazione per il positivismo legalistico imperante, l'inappagamento dai semplicismi delle sublimi geometrie fino ad allora ricevute sono le motivazioni generanti quel frutto maturo, cioè esprime una maturità di tempi storici, che è 'L'ordinamento giuridico' del 1917/18 ». Su Romano cfr. *ivi*, pp. 143-162. Il capitolo è significativamente intitolato *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*. Si tratta del testo della *lectio doctoralis* pronunciata presso l'Università di Bologna nel 2005.

(49) Così ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, cit., p. 175.

(50) *Dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 266.

(51) GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 101-102; Cfr. ALPA, *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, cit., p. 396. Invero, come scrive N. LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXXXVI (2022), 4, p. 975: « se si continua a misurare la giuridicità con un metro statualistico, si perde in radice ogni prospettiva pluralistica », attenta ad un contesto di comportamenti vissuti, praticati, condivisi.

(52) GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 89.

(53) M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 17, 239.

legalismo e del legicentrismo <sup>(54)</sup>. Far riferimento alla fattualità, per Grossi, implica che il diritto si adegui alle forze « che agiscono in basso e premono da sotto in su », dando spazio alla dimensione umana del diritto stesso « legata alla conoscenza e alla volontà di individui e di gruppi » <sup>(55)</sup>, e alla loro capacità di relazionarsi, di darsi una misura profondendola in forme giuridiche. La fattualità, pertanto, è manifestazione della socialità del diritto <sup>(56)</sup>.

## 2. *Complessità sociale e complessità giuridica.*

Il diritto è espressione della società in quanto realtà complessa e articolata. L'essenza del diritto risiede nell'atto di ordinare, rispettando la complessità sociale <sup>(57)</sup>. Lo stesso diritto è una realtà *impura* e, in quanto dimensione interna della storia umana, è una realtà complessa, « perché complesso è il corpo vivente della società alla quale il diritto incessantemente si riferisce » <sup>(58)</sup>.

La complessità, dunque, connota la giuridicità nell'età contemporanea e la piena consapevolezza della complessità dell'universo giuridico costituisce uno dei punti centrali della riflessione di

---

<sup>(54)</sup> T. GRECO, *Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale*, in « Rivista di filosofia del diritto », V (2016), 1, pp. 50-51; A. PUNZI, *La lezione della storia come apertura all'innovazione. Il realismo di Paolo Grossi e la regolazione della complessità*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XCVIII (2021), 2, p. 184 e ss. Si veda P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 28-29.

<sup>(55)</sup> GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 34.

<sup>(56)</sup> GRECO, *Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale*, cit., p. 51.

<sup>(57)</sup> GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 15-18.

<sup>(58)</sup> GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 115. Scrive GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 26: « L'incantamento verticistico, che aveva dominato nel suo distendersi l'esperienza giuridica moderna caratterizzandola intensamente, aveva dato dei frutti precisi: si era, in qualche modo, realizzata l'aspirazione a una scienza *pura* e, di conseguenza, la sua riconduzione a sistema. A uno sguardo più penetrante l'operazione non riesce però a nascondere anche una valenza assai negativa: si era snaturato il diritto separandolo dal divenire sociale e dissanguandola della sua intrinseca storicità, o, per usare un vocabolo più evocativo, della sua intrinseca carnalità. Questo pluralizzarsi di ordinamenti, questo riconoscere che il diritto nasce negli strati profondi della società, pluralizza le sue fonti e anche le de-tipicizza, ed è vistosa la loro *impurità*, ovvia conseguenza della loro fattualità ».

Grossi <sup>(59)</sup>, che si fa interprete « di quella lunga transizione tra modernità e pos-modernità giuridiche che stiamo... ancora vivendo » <sup>(60)</sup>.

Complessità significa recupero di un paesaggio giuridico plurale, connesso alla riscoperta del *molteplice* (come incoercibile pluralità), che rinvia alla compresenza, nella vita della società, di diversificate situazioni d'interesse, di plurimi stili di vita, di differenti discorsi e culture, di spazi e temporalità eterogenei <sup>(61)</sup>. La pluralità si articola in diversità sostanziali da rispettare, tentando di armonizzarle <sup>(62)</sup>. Nel mondo del diritto tutto ciò ha condotto al proliferare di una moltitudine di fonti regolative. La legge risulta inadeguata per la sua intrinseca rigidità di fronte alla dinamica sociale <sup>(63)</sup>.

La complessità è il risultato della compresenza di più plessi normativi in interazione. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di varie interrelazioni, di una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti. Il concetto di complessità, propriamente, designa la possibilità di dar conto di un insieme, assunto, in qualche modo, come unitario, considerando gli elementi che lo costituiscono e le relazioni, che sono il prodotto di attività selettive, in cui esso si conforma. La complessità indica un legame tra unità e molteplicità; va intesa come incremento dei collegamenti, degli intrecci, fra elementi. Essa dipende dal variare del numero e della diversità delle componenti di un insieme, dall'ampiezza e dall'incidenza delle loro interdipen-

---

<sup>(59)</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 106-107. Cfr. M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi*, *Oltre la legalità*, in « Giustizia civile », 4 (2020), pp. 798 e ss., 809 e ss.

<sup>(60)</sup> Così P. GROSSI, *Considerazioni conclusive*, in « Rivista di filosofia del diritto », V (2016), 1, p. 87.

<sup>(61)</sup> Cfr. V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobbuono, Bari, Cacucci, 2009, pp. 47, 50 e ss.

<sup>(62)</sup> P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 95-96.

<sup>(63)</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 70. A ciò si lega, in Grossi, la sfiducia nella capacità dei legislatori a ordinare la complessità giuridica.

denze, nonché dalla variabilità degli elementi e delle loro relazioni nel corso del tempo. Così, gli elementi di un insieme, e le loro connessioni, frutto di dinamiche non lineari, multiple, si collocano entro una trama dove le singole parti perdono di rilievo nel loro carattere singolare e discreto e lo acquistano invece al livello del tessuto che vanno a comporre <sup>(64)</sup>.

Il pluralismo delle fonti, ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre, favorisce la complessità, che a sua volta genera un paesaggio giuridico complicato <sup>(65)</sup>.

La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento « aperto » alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica. Le fonti si de-tipicizzano. Emergono fonti « nuove ». Si assiste, così, ad una situazione di disordine <sup>(66)</sup>. Risulta chiaro, allora, guardando al diritto italiano odierno, il profondo contrasto con « il sistema delle fonti inchiodato negli articoli senza tempo delle 'Preleggi', puro e semplice artificio »: « è il contrasto tra un 'ordine' assolutamente artificioso e un 'disordine' effettivo » <sup>(67)</sup>.

Se il panorama giuridico assume sempre più una articolazione plurale, dove interagiscono tutte le norme (di diversa origine e

<sup>(64)</sup> Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 201-218; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in « Rassegna di diritto civile », 1 (2005), pp. 188-214; J.B. RUHL, *Law's Complexity: a Primer*, in « Georgia State University Law Review », 24 (2008), pp. 885-911; B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 283-286. Sui diversi modi in cui la teoria della complessità può riguardare il diritto si rinvia a i contributi pubblicati in *Complexity Theory and Law. Mapping an Emergent Jurisprudence*, edited by J. Murray, Th. E. Webb, S. Wheatley, Abingdon-New York, Routledge, 2019.

<sup>(65)</sup> Così P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in « Quaderni fiorentini », 47 (2018), p. 337.

<sup>(66)</sup> Cfr., in proposito, G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in « Rivista di diritto privato », 3 (2003), p. 461 e ss.; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in « Politica del diritto », XXXVII (2006), 3, p. 361 e ss.

<sup>(67)</sup> GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 27.

provenienza), si può ben dire che la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale <sup>(68)</sup> risulta superata. Appare estremamente difficile ricondurre le fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento formale di produzione. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete. Vi sono fonti che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Avviene, così, che il tradizionale schema gerarchico, tramontata la sua capacità prescrittiva, si dissolve. Si ha a che fare con fonti *extra ordinem* (tra le quali rientra il *soft law*, con le sue eterogenee manifestazioni) non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione). Il *soft law* conferma l'idea che i materiali che popolano il panorama giuridico, e che contribuiscono variamente a determinare i processi di positivizzazione, sono molto più articolati e complessi rispetto al modo semplicistico esibito dal giuspositivismo statualistico e legicentrico. Le manifestazioni di *soft law* possono essere fatte rientrare in un modello di regolazione attento al soddisfacimento dell'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo mutamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad indirizzare verso l'attuazione di determinate modalità e particolari scopi il comportamento dei soggetti. Ciò testimonia che il diritto tende, per molti versi, a conformarsi secondo una logica della possibilità e dell'opportunità, piuttosto che del vincolo e della sanzione <sup>(69)</sup>.

Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse, rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica <sup>(70)</sup>. L'universo giuridico assume una configurazione multipolare, di tipo orizzon-

---

<sup>(68)</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 57-59, 64-65; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 51-52, 67-68.

<sup>(69)</sup> PASTORE, VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 287-296.

<sup>(70)</sup> Ivi, p. 286.

tale, « a rete », piuttosto che di tipo verticale, « a piramide »<sup>(71)</sup>. I materiali che lo popolano, e che contribuiscono variamente a determinare i processi di formazione del diritto, sono molto più articolati e complessi rispetto al modo semplicistico esibito dalla tradizione legicentrica. La normatività giuridica risulta, in questo quadro, non monolitica e si colloca lungo un *continuum*, configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono nel processo di positivizzazione, la loro cogenza, il loro indice di ottemperanza. Ciò rinvia all'uso, all'applicabilità, all'accettazione e all'osservanza delle regole giuridiche.

La positivizzazione si compie a partire dalle fonti, ma nessuna di esse è autosufficiente, né conclusiva, e ognuna di esse rileva solo nell'ottica generale della pratica giuridica. L'ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. Abbiamo a che fare con una continua e diffusa prassi, articolata a diversi livelli, da quelli « tecnici », a quelli non-istituzionalizzati di coloro che esperiscono il diritto come valido e lo scelgono come ragione per agire e per decidere. I materiali giuridici, così, presentano diversi piani di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento « plurale » della positività. Il diritto si compone di fattori plurimi, variamente dislocati ai livelli della sua produzione, integrazione, ricostruzione, applicazione. Nell'ordinamento convivono plessi normativi, variamente articolati, che contribuiscono, in relazione ai concreti ambiti sociali e alle specificità regolative, alla prestazione volta ad orientare i comportamenti e a prendere decisioni.

Complessità del diritto vuol dire, anche, riconoscere che esso è il prodotto di un'ampia pluralità di fonti « statuali » ed « extra-statali », tra le quali assume una significativa consistenza l'autonomia privata. Il diritto statale è solo una parte del diritto. Viene meno

---

(71) Cfr., sul punto, GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 268-269, 285-276, 293. V. anche F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, Giappichelli, 2008, spec. pp. 32-38.

la pretesa dello Stato di essere l'esclusivo produttore di tutto il diritto <sup>(72)</sup>.

Vari sono i fenomeni di produzione privata del diritto: prassi negoziale, *lex mercatoria*, lodi arbitrali, procedure connesse ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie (mediazione, conciliazione, arbitrato). Si tratta di fenomeni tutt'altro che eccentrici e marginali nella vita del diritto. Gli atti dei privati diventano fonti normative <sup>(73)</sup>, ossia modi di manifestazione di regole giuridiche. Si tratta di un diritto, espressione del pluralismo normativo <sup>(74)</sup>, che riconfigura il modo di concepire l'ordinamento in quanto struttura conformata di funzioni, di rapporti organizzativi, di materiali normativi, di elementi valoriali, e che vive rinnovandosi continuamente attraverso atti di produzione, di interpretazione, di applicazione; risultato *in fieri* di complesse combinazioni e interdipendenze.

### 3. Interpretazione e fonti.

La moltiplicazione delle fonti, con la loro connessa detipizzazione, ha come conseguenza la crescita del ruolo degli interpreti <sup>(75)</sup>. La pluralità delle fonti conduce allo spostamento

---

<sup>(72)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 3 e ss., 6 e ss., 21-23. Si consideri, al riguardo, quanto scriveva F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), ora in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. III, t. II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 755: «Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente. Non lo è stato per l'intrinseca sua natura, né pel suo processo di formazione». Ma già nel 1929 Widar Cesarini Sforza richiamava l'attenzione sul diritto dei privati, che regola i rapporti tra persone private e «*non emana dallo Stato*, né immediatamente né mediatamente»: cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 14.

<sup>(73)</sup> Sull'autonomia privata quale fonte del diritto cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in «*Rivista di diritto privato*», 4 (2010), pp. 7-8, 21 e ss.; SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., pp. 68 e ss., 77 e ss.

<sup>(74)</sup> Sui fenomeni di produzione privata del diritto, che contribuiscono a definirne il carattere pluralistico, cfr. PASTORE, *Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo*, cit., pp. 408-409. Si veda altresì S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto* (2007), Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, in particolare pp. 59 e ss., 91 e ss., 115 e ss., 124 e ss.

<sup>(75)</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 69-70.

dell'asse portante dell'ordinamento dalla legge all'interpretazione<sup>(76)</sup>. Si riapre, in tal modo, lo spazio di intervento dei giuristi: del giudice, chiamato a forgiare strumenti nuovi in assenza delle previsioni legali o in ragione della loro inadeguatezza<sup>(77)</sup>; della scienza giuridica, che, « dismessa ormai la veste stretta dell'esegesi », opera delineando un *corpus* di principi e nuove forme giuridiche sensibili alle trasformazioni in atto e alla mobilità del diritto, recuperando così la propria funzione costruttrice e rielaboratrice<sup>(78)</sup>. Il ceto giurisprudenziale (sapienziale e giudiziale) riacquista, dunque, una voce determinante<sup>(79)</sup>.

I giuristi sono chiamati — e di ciò portano la responsabilità — a partecipare al processo formativo del diritto. L'interpretazione/applicazione non può essere confinata al di fuori di tale processo, assumendolo come « già perfettamente compiuto e concluso nel momento della manifestazione di un testo normativo » e « ritenendo l'interprete/applicatore un soggetto tenuto alla intelligenza del contenuto di volontà reperibile nel testo »<sup>(80)</sup>. La norma generale e astratta, per diventare regola esperienziale, ha bisogno dell'interpretazione, che la plasma secondo le esigenze emergenti nel tempo storico. Le disposizioni giuridiche sono solo un punto di partenza e sono soggette ad una costante ridefinizione in funzione della concretezza del caso e in vista del conseguimento di un risultato giusto<sup>(81)</sup>.

Il testo normativo non è autosufficiente. Va compreso ricontestualizzandolo nella situazione attuale dell'interprete. Qui si

---

<sup>(76)</sup> GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, cit., pp. 333-334.

<sup>(77)</sup> La centralità del momento giurisdizionale « costituisce il necessario controtendere dell'erosione del primato della legislazione. Il giudice non è più chiamato semplicemente ad applicare le norme di fonte legislativa, ma a ricercare le ragioni normative — non certo univocamente precostituite — che sostengono una determinata soluzione del caso preso in esame ». Così LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, cit., p. 989.

<sup>(78)</sup> GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 33. Si veda, in proposito, ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, cit., p. 176.

<sup>(79)</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 26.

<sup>(80)</sup> GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 106.

<sup>(81)</sup> Così LIPARI, *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, cit., p. 355.

esplica la valenza squisitamente *intermediativa* dell'attività interpretativa. Grossi, al riguardo, fa riferimento all'ermeneutica giuridica e apertamente riconosce il contributo dell'ermeneutica di ascendenza gadameriana al risveglio della consapevolezza della centralità del momento interpretativo/applicativo nel processo di produzione del diritto <sup>(82)</sup>.

L'interpretazione non si esaurisce nella spiegazione di un testo concluso e indisponibile. È, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della norma e la situazione storica che l'interprete ha di fronte. L'interpretazione si pone come componente essenziale della giuridicità, nonché come mezzo stesso del suo operare in concreto.

La positivizzazione giuridica si perfeziona solo con il momento interpretativo. Il diritto cresce attraverso il costante inserimento di materiali normativi e la loro determinazione progressiva, realizzata in sede interpretativo/applicativa. Da questo punto di vista, la stessa ricerca delle fonti diviene una questione interpretativa, che mette in campo un insopprimibile ambito di libertà dell'interprete ma, nel contempo, richiede che essa si eserciti all'interno della pratica giuridica, nel rispetto del suo senso generale e dei suoi vincoli specifici <sup>(83)</sup>. Le fonti presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come luoghi privilegiati, in quanto risorse dotate di forza presuntiva, a cui gli interpreti si rivolgono per trarre le norme da applicare ai casi concreti <sup>(84)</sup>. L'attività dell'interprete consiste nel reperimento della soluzione giuridicamente adeguata alla situazione particolare e nel ritrovamento della regola del caso, cercata nei depositi normativi. Si tratta — come Paolo Grossi ha più volte detto e scritto — di un'attività *inventiva*, che rinvia al significato dei termini latini *invenire/inventio*, facenti riferimento a un cercare per trovare, ad una attività di scoperta <sup>(85)</sup>.

---

<sup>(82)</sup> GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 106-111. Di Grossi, in proposito, si vedano altresì: *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 243-245; *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., pp. 34-36; *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, pp. 87-89, 123-124.

<sup>(83)</sup> PASTORE, VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 317 e ss.

<sup>(84)</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2012, p. 46.

<sup>(85)</sup> GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., pp. X, 62, 82, 86, 111.

Una siffatta attività è quanto mai essenziale nel mondo giuridico odierno, caratterizzato da stratificazioni normative molteplici, da plurime fonti e dalla loro interazione all'interno di una rete complessa. Gli interpreti, in presenza di una pluralità, spesso disordinata, di fonti, esorbitante « dalla rigidità della passata inchioidante tipicità »<sup>(86)</sup>, devono previamente individuare il « dato » cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati e qui il momento della scelta è rilevante. Dall'individuazione delle fonti, a seguito della loro selezione, deve ricavarsi, attraverso l'interpretazione, la regola da applicare al caso concreto<sup>(87)</sup>. Al tradizionale compito di trarre la norma dalla fonte si affianca quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita<sup>(88)</sup>. L'uso delle fonti, pertanto, rinvia alla loro ricerca e individuazione, che diventano questioni di interpretazione e di applicazione del diritto. A monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare. Il diritto positivo appare come un'impresa solidale di soggetti, istituzionali e non-istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di componenti diversi. Riconosciuto che l'attività interpretativa costituisce un aspetto interno alla dinamica giuridica, e che il diritto giurisprudenziale è « una sorta di provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo »<sup>(89)</sup>, emerge l'esigenza di integrare la teoria delle fonti con la teoria dell'interpretazione<sup>(90)</sup>.

---

(86) GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 19.

(87) A. FALZEA, *Le fonti del diritto e l'interpretazione giuridica*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 28-32.

(88) Cfr. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 271; ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 58-59; LIPARI, *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, cit., pp. 357-358.

(89) GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 113.

(90) A. RUGGERI, « *Itinerari* » di una ricerca sul sistema delle fonti, X, Torino, Giappichelli, 2007, p. 19; G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 23-24.

Il reperimento delle regole idonee per la decisione dei casi, il cercare per trovare di cui parla Grossi, si svolge in un ambito caratterizzato dalla libertà di movimento. E ciò evidenzia il ruolo « creativo » dell'interprete. Grossi, invero, rifiuta il sintagma « creazione giurisprudenziale » perché produttivo di malintesi. Di « creazione » e di « creazionismo » parlano gli adepti del legalismo statalistico, stracciandosi le vesti « di fronte ad un ruolo, innaturale perché para-legislativo, conferito (almeno secondo loro) ai giudici dalla riflessione ermeneutica » (91). L'intervento creativo dell'interprete, però, appare inevitabile poiché include insopprimibili aspetti di soggettività, che comunque si articolano e sono contenuti all'interno di un terreno intersoggettivo, entro limiti e vincoli istituzionali, discorsivi e argomentativi, ai quali il percorso interpretativo e decisionale deve sottostare (92). Tra questi limiti, con specifico riferimento al giudice, vi sono quelli intrinseci alla sua professionalità e che incidono sulla sua azione intellettuale: l'imparzialità e la ragionevolezza; ma vi rientrano anche il rispetto del contraddittorio e l'obbligo di motivazione, con la sottoposizione dei suoi provvedimenti al controllo degli organi di impugnazione e anche dell'opinione pubblica (93). Peraltro, uno dei vincoli essenziali per l'interprete è costituito dalla fedeltà al diritto positivo, che si realizza attraverso il mantenimento di agganci con un sostrato sedimentato, che contribuisce allo sviluppo del diritto e che si nutre di legami di compatibilità (variamente articolata) con la realtà giuridica preesistente (94). La creatività giudiziale è dunque *derivata*, legata al diritto preesistente, che va inteso come deposito di potenzialità latenti,

---

(91) Così P. GROSSI, *Prefazione*, in *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Milano, Wolters Kluwer — Cedam, 2020, p. XVI. Cfr. anche ID., *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, cit., pp. 174-175. Sul punto v. PUNZI, *La lezione della storia come apertura all'innovazione. Il realismo di Paolo Grossi e la regolazione della complessità*, cit., pp. 178-180; O. ROSELLI, *Oltre la legalità. A partire da un recente libro di Paolo Grossi*, in « Sociologia del diritto », XLVIII (2021), 1, pp. 182-184.

(92) Cfr. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., pp. 169-172.

(93) GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., pp. 127-128.

(94) D. LYONS, *Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation*, in « Law and Philosophy », 18 (1999), pp. 301-303.

nonché di attualizzazioni nelle quali si evidenziano, a partire da un insieme plurale di materiali normativi, nuovi significati <sup>(95)</sup>.

Di fronte ai cambiamenti legati alla variegata configurazione delle fonti, spetta agli interpreti il compito di fornire risposte capaci di mettere ordine nel panorama giuridico odierno. Vengono in evidenza, a questo proposito, i principi, con il loro ruolo ordinante e unificante, che, in ragione della loro portata assiologica, della loro indeterminatezza ed elasticità, della loro capacità espansiva, superando la rigidità pietrificata nella testualità del comando legislativo <sup>(96)</sup>, vanno interpretati, divenendo strumenti disciplinatori, destinati a informare di sé l'intero ordinamento, aperti a future acquisizioni, in un contesto magmatico e incerto; bussole per navigare nell'arcipelago mobile delle fonti, caratterizzato da grande fluidità, variabilità, instabilità. Veicolano altresì una visione ordinamentale, orientata a realizzare una unità plurale <sup>(97)</sup>, ponendosi come punti di coordinamento, chiavi di volta, trame di sostegno dell'edificio giuridico.

Le analisi e le riflessioni di Paolo Grossi sulle fonti si concentrano sulla crisi del modo con cui queste sono state configurate nell'ambito della « dialettica 'moderno/pos-moderno' », della transizione dalla modernità, che si sta ancora vivendo, verso un approdo diverso e distante dal luogo dell'imbarco <sup>(98)</sup>. Il paesaggio giuridico si è grandemente trasformato. Si tratta di prenderne atto, evitando ogni riduzionismo. Gli interpreti teorici e pratici (giudici, scienziati, avvocati, notai) sono chiamati a fornire risposte in grado di ordinare la transizione.

La teoria delle fonti non può non abbracciare il campo largo dell'esperienza giuridica. Attraverso la decifrazione dei segni presenti nell'universo giuridico, nella costante attenzione rivolta al suo

<sup>(95)</sup> ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 97.

<sup>(96)</sup> GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 71, 81; ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 70 e ss. In argomento v. PUNZI, *La lezione della storia come apertura all'innovazione. Il realismo di Paolo Grossi e la regolazione della complessità*, cit., p. 183.

<sup>(97)</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 66-67; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., pp. 95-96.

<sup>(98)</sup> Cfr. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia*, cit., pp. 111-112; ID., *Considerazioni conclusive*, cit., p. 87; ID., *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, cit., p. 159.

svolgimento diacronico, con la consapevole messa a fuoco del suo dinamismo interno e della sua dimensione pluralistica, Paolo Grossi, nel fornire strumenti teorici valevoli anche per il loro lavoro, richiama i giuristi d'oggi alla responsabilità di ripensare il problema delle fonti del diritto, lasciando in eredità un messaggio culturale di notevole importanza.