



I civilisti e la verità

Roberto Conti intervista Aurelio Gentili e Renato Rordorf



Il viaggio sul pianeta verità procede in questo numero con un'intervista "a due" con il Professore Aurelio Gentili e con il Presidente Renato Rordorf.

Le domande

R.C. *Cominciamo a ragionare sul tema della verità. Esiste la verità per un civilista nel tempo moderno? Nel saggio **Sulla odierna "incertezza" del diritto** (Giustizia civile on line) Paolo Grossi tende a smontare il mito della certezza del diritto come "verità" preferendo un'esperienza veritativa che molto prende dal fatto e dalla sua carnalità, capace di generare ciò che può dirsi, mi pare di capire, il vero diritto. Gli arnesi che il Professor Grossi utilizzava per attaccare il fortino della legge intesa come verità assoluta sono senz'altro noti a Voi meglio che a me. La vostra esperienza vi avvicina o vi allontana dall'idea grossiana di incertezza del diritto del nostro tempo?*

A.G. "Esiste la verità per un civilista nel tempo moderno?" No, secondo me la verità non esiste nel diritto. Mi si perdoni la pedanteria, ma come giurista aderente all'indirizzo di analisi del linguaggio considero molto importante il corretto uso dei termini. La verità, come insegna il neopositivismo logico, è riferibile solo a proposizioni descrittive di situazioni di fatto. Non, perciò, a proposizioni *prescrittive* come quelle del diritto. Queste non sono né vere né false. Se mai sono valide (o invalide). Ma il diritto non è valido se, come le scienze dure, corrisponde a un dato esterno: quale? Il diritto è valido se, come le scienze matematiche, date certe premesse – che sono un atto di scelta 'politica' – il procedimento razionale per rispondere alla domanda *quid juris* è corretto.

Mi sento quindi molto lontano da entrambe le posizioni ricordate, e guardo ad esse con apprensione. I portatori di verità sono nel diritto integralisti nefasti: affermando una pretesa verità di questo e di quello, vorrebbero imporre le loro ideologie. Certo, le scelte politiche che costituiscono le premesse dell'applicazione del diritto sono anch'esse espressione di ideologie. Ma in un sistema costituzionale queste premesse devono essere coerenti a principi fondamentali. E i principi fondamentali non sono delle 'verità', ma l'espressione di esigenze universali. Esigenze (libertà, uguaglianza, diritti) che nascono e sono avvertite proprio perché la verità è diversa: la libertà è minacciata, l'uguaglianza

non assicurata, i diritti non riconosciuti o non effettivi. E questa verità va corretta. Dunque ciò che è vero spesso non è buono, e ciò che è buono spesso non è vero. Ma non è a ciò che è vero che dobbiamo ispirare il nostro diritto, ma a ciò che è buono: il diritto serve a migliorare la realtà.

Per queste ragioni penso da un lato che le posizioni alla Grossi (ma bisogna ricordare anche gli studi di Nicola Lipari) siano una riedizione del giusnaturalismo, per cui *ex facto oritur jus*. Un brocardo falso e pernicioso: nei fatti non c'è valore, se non quello che attribuiamo loro, che è opinione, non verità. Mi spiego con un esempio: un uomo prende a picconare un'automobile. Qual è il valore giuridico di questo fatto? Non si può rispondere. Per rispondere occorre sapere: è sua? O altrui? Lo fa su incarico? O di sua iniziativa? È un rottamatore o un danneggiante? Per rispondere, insomma, ci vuole la proprietà, il contratto. Ma proprietà e contratto non sono nel fatto, non li puoi vedere e toccare. E allora il fatto è muto, non ha nessun valore, se non quello che gli diamo in base a ragioni che non sono nel fatto. Perciò la 'carnalità dei fatti' lasciamola stare. Ma dall'altro lato penso che difendere il fortino della legge come verità assoluta è solo veteropositivismo. Non c'è verità nella legge. Che l'azione di annullamento si prescriva in cinque anni e quella di rescissione in uno non è una verità, ma solo una soluzione dettata da ragioni pratiche, che potrebbe essere diversa. E non c'è verità nemmeno nei principi costituzionali e delle carte dei diritti. Per dire, un principio come l'uguaglianza non è 'vero' (di fatto gli uomini non sono per nulla uguali). È solo valido, nella misura in cui nessuno accetterebbe l'idea della propria inferiorità, ovvero pretenderebbe a fronte di una inferiorità di fatto (per esempio di condizione fisica o sociale) una legislazione che ripristinasse in diritto la sua uguaglianza sostanziale che manca in fatto.

In sintesi: i fatti (o meglio le loro descrizioni) sono veri o falsi, ma in sé non hanno valenza; invece il discorso giuridico sui fatti, cioè il diritto, non è né vero né falso: è un discorso prescrittivo e quindi non apofantico, che può solo avere buone o cattive ragioni per ciò che prescrive. Sono le buone ragioni che danno al diritto l'oggettività che erroneamente si spaccia per verità. Come fanno capire Habermas, Apel, Alexy. Non è una 'verità' che il ladro va punito e il debitore deve pagare: è che anche il ladro non vuol essere derubato e anche il debitore se fosse creditore vorrebbe essere pagato. E quindi razionalmente non possono obiettare alla norma che li costringe, per la 'contraddizione (pragmatica) che nol consente'.

R.R. "Verità" e "certezza" sono parole difficili da maneggiare. Parole dense di possibili significati diversi e di una miriade di differenti sfumature. Parole che alludono ad un dato ontologico, ad una realtà oggettiva, ma nondimeno spesso si inseriscono nella trama variegata delle soggettività e dei molteplici possibili punti di vista. Scavare a fondo nel significato di queste parole e dei corrispondenti concetti richiederebbe una competenza filosofica e linguistica che va ben al di là delle mie modeste capacità. Per rispondere alle suggestive domande di Roberto Conti non mi resta, allora, che fare appello alla mia quasi cinquantennale esperienza di magistrato, che si è dovuto misurare con il compito di dare risposte il più possibile certe (ed auspicabilmente giuste) a domande che presupponevano l'accertamento della verità di determinati fatti. Pur con la consapevolezza di quanto problematici siano questi termini ed il rapporto che tra essi intercorre, adopererò quindi

le parole verità e certezza nella comune accezione che si suole loro attribuire nel linguaggio corrente.

E vengo al punto: la certezza del diritto, nel nostro tempo, è ancora un valore, o è almeno un obiettivo da perseguire nei limiti del possibile, pur se non sempre si riesce a realizzarlo appieno? Sono convinto di sì ed a tale convinzione, per quel che vale, ho sempre cercato di serbarmi fedele nel corso della mia attività giurisdizionale.

Con ciò non intendo in alcun modo disconoscere l'importanza delle riflessioni di Paolo Grossi su questo tema. Da quel grande storico che era, Grossi ha registrato, nel passaggio dal medioevo all'età moderna, il progressivo affermarsi di una concezione del diritto come emanazione di un potere sovrano, prima impersonato dal Principe e poi dagli organismi deputati a rappresentare la volontà generale della nazione. In quel contesto il legislatore – ed in particolare il legislatore nazionale di ciascun singolo Paese sovrano – è parso voler assumere il ruolo di creatore onnipotente di un diritto che dalla fonte salda ed indiscutibile della legge pretenderebbe di ricavare la sua rigorosa certezza. Una visione, questa, forse più mitologica che reale, che trovava la sua giustificazione storica, al sorgere dell'età moderna, nell'esigenza di reagire al disordine ed all'arbitrarietà dei molteplici ordinamenti giuridici che avevano caratterizzato l'*ancien régime*, ma di cui appare assai dubbia la capacità di rispecchiare la realtà del nostro tempo, cioè di quella che lo stesso Grossi ama definire la “pos-modernità giuridica”. Sarebbe difficile dargli torto su questo punto: è un'epoca, la nostra, nella quale l'emergere di centri sovranazionali di potere economico, le cui decisioni sono spesso assai più influenti di quelle dei singoli Stati nazionali, ed il proliferare di fonti giuridiche di diverso rango, nazionali e sovranazionali, fatalmente fanno scolorare l'immagine tradizionale di un legislatore onnipotente da cui promani un ordinamento giuridico dotato di granitica coerenza e capace di offrire un alto grado di certezza. È questo che il lucido pensiero di Paolo Grossi ci aiuta a comprendere quando ci ricorda che il diritto “*prima di essere potere, norma, sistema di categorie formali, è esperienza, è cioè una dimensione della vita sociale*” (*Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 52), per poi aggiungere che “*il necessario vincolo tra società e diritto implica la riscoperta della complessità di quest'ultimo*” (*ibidem*, pag. 53). Perciò, se mai ha avuto corso nella realtà la nota immagine di Montesquieu secondo la quale il giudice sarebbe solo la bocca della legge, di certo oggi essa non appare più affatto attuale, quanto meno nella sua absolutezza, perché il legislatore (chiunque egli sia) si esprime in molte lingue e forme diverse, onde risulta impossibile una trasposizione meramente meccanica del suo dire.

Ma che ne è, allora, della certezza del diritto? Grossi sembra svalutarla, annoverando anch'essa tra le mitologie giuridiche da cui ci si dovrebbe sbarazzare. Per certezza del diritto egli intende, però, principalmente la certezza della legge, nella statica accezione giuspositivistica di kelseniana memoria, come tale destinata a tramontare col “*trapasso da un'età di certezze, la modernità, a un'età, la nostra, la pos-modernità, percorsa da una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici*” (*Il ritorno dal diritto*, Laterza, Bari, pag. 66). Ma è lo stesso Grossi a ricordarci che il diritto, lungi dal ridursi all'insieme dei comandi contenuti in codici o altri testi di legge, è espressione di valori insiti nel corpo sociale e da esso condivisi: valori che oggi

trovano i loro fondamentali punti di riferimento nei principi cui si ispira la Costituzione e che dovrebbero inverarsi in quello che è d'uso ormai chiamare il diritto vivente (*ibidem*, pagg. 81 e ss.). È dunque proprio e soprattutto con riferimento al diritto vivente, frutto fecondo dell'intreccio tra il testo di legge e l'interpretazione che se ne dà alla luce dei principi costituzionali (e sovranazionali europei), che mi pare debba porsi la questione della certezza del diritto.

Il diritto non può prescindere dall'aspirazione alla giustizia (su questo dovrò poi tornare rispondendo al successivo quesito) ed è anzitutto per un'elementare esigenza di giustizia che ci si deve sforzare di rendere certa, per quanto possibile, la *regula iuris*. Se, per poter realizzare legittimamente i propri interessi e le proprie aspirazioni nello svolgersi della vita civile, il cittadino deve attenersi a determinate regole, la cui violazione potrebbe anche esporlo al rischio di sanzioni, occorre che quelle regole egli possa conoscerle ed, in un regime democratico, anche comprenderne il senso, o almeno i principi cui esse si ispirano, per poterle condividere o eventualmente adoperarsi a mutarle. Se così non fosse, se cioè l'applicazione del diritto risultasse imprevedibile e capricciosamente variabile, sconfinerebbe nell'arbitrio: l'esercizio della giurisdizione si avvicinerrebbe pericolosamente alla descrizione che ne fa Franz Kafka ne *Il Processo* ed il cittadino si troverebbe nella condizione del signor K, lo sfortunato protagonista di quel romanzo. Ne verrebbe anche, d'altronde, inevitabilmente leso il principio di eguaglianza (sostanziale), scolpito nell'art. 3 della Costituzione, perché a situazioni o comportamenti uguali corrisponderebbe un trattamento giuridico irragionevolmente diverso.

In quest'ottica, a rigor di termini, più ancora che di certezza del diritto, si dovrebbe forse parlare di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Certezza e prevedibilità non sono, ovviamente, sinonimi, benché l'una condizioni l'altra. La certezza, se intesa come qualità di un dato di realtà (e non come mero convincimento soggettivo di taluno rispetto a quel dato), si lega indissolubilmente al concetto di verità assoluta e come tale, se riferita ad una norma giuridica, ne postula l'incontestabilità oggettiva. La prevedibilità, invece, la si apprezza ponendosi dal punto di vista del soggetto che della norma è destinatario. La certezza attiene alla norma, di cui attesta il carattere attuale di verità evidente, laddove la prevedibilità riguarda la decisione giudiziale e rinvia ad un evento futuro, per ciò stesso più o meno probabile, ma giammai assolutamente certo. Nulla vieta, naturalmente, di parlare anche di certezza relativa e di misurare il grado di certezza di un dato di realtà, ma in ambito giuridico ciò equivale a spostarsi sul piano della prevedibilità: quanto è probabile o improbabile che una determinata norma, in una ben specifica situazione, possa essere interpretata ed applicata in un senso o nell'altro. Ed è in questa accezione che mi sembra conservi tuttora la sua pregnanza valoriale la nozione di certezza del diritto, intesa, appunto, come prevedibilità delle decisioni scaturenti dall'applicazione della *regula iuris*. Valore irrinunciabile, per quanto già detto in tema di giustizia e di eguaglianza di trattamento, e tuttavia solo tendenzialmente perseguibile, proprio perché la complessità e la dinamicità degli odierni ordinamenti giuridici, nel continuo fluire del diritto vivente, è incompatibile con una visione statica del diritto ed altro non consente se non una prevedibilità tendenziale (ma non per questo meno importante) delle decisioni giurisdizionali.

R.C. *Ora che vi siete espressi sulla prima domanda verrà forse agevole collocarvi rispetto al tema verità diritto e giustizia. Voi ritenete che il diritto al quale può ambire una persona nell'ordinamento debba essere conformato alla legge data o meriti una verifica da parte dell'interprete in termini di "giustizia", e se sì in che limiti? Può, a Vostra opinione, l'esigenza di avvicinamento del diritto a canoni di giustizia (Scalisi) ed effettività (Vettori) dare luogo ad una metamorfosi o deriva soggettivistica del sistema che dir si vuole? Ci sono dei rimedi, eventualmente, affinché ciò non accada; ovvero non di deriva si dovrebbe parlare ma, semplicemente, di riconoscimento del giusto valore del diritto rispetto alle persone ed alla dignità che gli stessi possiedono?*

A.G. Del tema 'verità-diritto-giustizia' ho già detto come a mio avviso non ci sia alcun rapporto 'diritto-verità'. Se non sotto il profilo della prova. Ma anche qui c'è un rapporto relativo. Io non credo alla teoria dimostrativa della prova: i fatti intercorsi di cui si dibatte nel processo non si constatano. Credo piuttosto alla teoria argomentativa. I fatti entrano nel processo come rappresentazioni, documentali o testimoniali, da cui si induce argomentativamente che qualcosa sia o sia stato oppure no. Non per nulla tranne pochi casi di prova legale (dove non c'è spazio di apprezzamento) il principio di valutazione (valutazione, non constatazione) è il prudente apprezzamento. Il 'prudente apprezzamento' della prova da parte del giudice non avrebbe senso per la verità, che è tale o non è. Vado dunque a considerare solo l'altro rapporto, tra diritto e giustizia.

Qui, che un rapporto ci debba essere è un'ovvietà: nessun diritto ha mai affermato "sono vigente ma sono ingiusto!". Ma che ci debba essere non implica che ci sia, perché il diritto (*rectius*: i testi delle plurime fonti che regolano le relazioni tra gli uomini) lo possediamo, ma la Giustizia no. La giustizia è opinione, sentimento. La Giustizia (con la maiuscola) non la possiede nessuno. E se il giudice per inseguire la giustizia manipola il diritto (il testo della legge) non fa altro che far prevalere il suo personale sentimento. Innesca insomma una deriva soggettivistica peggiore dell'arida applicazione del *dictum* legale.

Ma è poi davvero così arida questa applicazione? Anche senza pretese di giustizia le disposizioni si interpretano, perché esse ammettono più sensi (non qualunque senso, però!) e occorre scegliere quello più giustificato. Nel soppesare le ragioni che giustificano una lettura del testo legale come migliore di un'altra il giudice può tenere conto di ragioni di giustizia, nel limite in cui quelle ragioni sono fondate su testi normativi (e allora libertà, eguaglianza, dignità, non discriminazione, diritti inviolabili, solidarietà, autodeterminazione, affidamento, buona fede, proporzionalità). E se nessuna delle interpretazioni possibili del testo soddisfa le esigenze di giustizia sottese a questi principi, il giudice lungi dall'interpretare contro il testo ha lo strumento della denuncia della (presunta) invalidità della disposizione. Questo il rimedio e questo il limite.

In questo rimedio e soprattutto in questo limite vedo la tutela della certezza del diritto. Sono assolutamente d'accordo con il Presidente Rordorf che essa sia tuttora un valore. E che sia una condizione per la giustizia nel diritto, come pure egli ci dice. E penso che la assicuri, nei limiti del possibile, non una pretesa conformità alla verità di non si

sa che, ma quel limite all'interpretazione di un testo, almeno esso certo, che ho appena detto.

R.R. Ho già espresso la mia convinzione secondo cui il diritto dovrebbe sempre tendere a realizzare un obiettivo di giustizia. Naturalmente mi rendo ben conto di come anche la parola ed il concetto di giustizia possano essere problematici e di come diritto e giustizia non si identifichino, ed è appena il caso di aggiungere che tanto meno la legalità formale di una data *regula iuris* basta a garantire che la si possa definire giusta (le ben note, tragiche esperienze del Novecento ce lo hanno ampiamente dimostrato). Ciò che mi preme sottolineare è però l'impossibilità d'intendere la funzione storica e sociale del diritto se non lo si pone in rapporto con quell'insieme di elementi valoriali ai quali siamo usi riferirci quando parliamo di giustizia.

Il diritto, da quando ha rinunciato (almeno in Occidente) al suo originario fondamento religioso, è una tecnica di organizzazione sociale, ma il modo in cui una società si organizza dipende sempre dai valori che la comunità riconosce ed ai quali il vivere in comune si ispira, e tra quei valori non manca mai anche il senso di giustizia, benché sia variabile nel tempo e nello spazio. Basterebbe a dimostrarlo la frequenza con la quale nei codici e negli altri testi normativi ricorrono le parole "giusto" o "giustificato", senza il bisogno di alcuna ulteriore specificazione, per non dire del ripetuto richiamo ad espressioni quali buona fede, correttezza, lealtà e simili, che implicano comportamenti ispirati ad un'ideale di giustizia, e del ruolo che in vario modo il legislatore attribuisce all'equità (integrativa, ma talvolta anche correttiva del diritto positivo): equità che non si saprebbe intendere se svincolata dall'idea del giusto. Ma sono soprattutto i principi ispiratori della Costituzione e delle molteplici Convenzioni e Carte dei diritti vigenti in ambito sovranazionale ad essere pregni di quei valori che si riassumono nel concetto di giustizia e che costituiscono la base logica e storica dei diritti fondamentali posti alla base anche del nostro ordinamento giuridico.

Alla domanda se il diritto al quale può ambire una persona nell'ordinamento debba essere conformato alla legge data o meriti una verifica da parte dell'interprete in termini di "giustizia" rispondo perciò che quella verifica mi pare senz'altro necessaria. Se l'interprete, ed in particolare il giudice, vi rinunciasse, credo che egli tradirebbe il compito che la società gli ha assegnato e si trasformerebbe in un arido burocrate della legge, intento solo a smaltire le pratiche che si accumulano sul suo tavolo. Puntualmente Giuseppe Vettori, dopo aver premesso che *"nessuno può ragionevolmente sottovalutare il ruolo della legge nell'assicurare eguaglianza, certezza e prevedibilità"*, osserva che oggi *"il diritto si colloca fra politica ed etica, in una posizione di piena autonomia: si avvicina assai più alla ricerca della misura e della giustizia che accompagna da millenni il pensiero umano"* (Dal *"diritto mite" alla legge? Anche no*, in *Questione giustizia*, Trimestrale 1/2020, pag. 85). Se poi si vogliono collegare verità e giustizia sino ad identificare l'una nell'altra, come nel pensiero di Vincenzo Scalisi (*Per una ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pag. 1267), secondo il quale *"la verità del diritto altro non è che la sua giustizia"*, allora nulla vieta di affermare che il diritto deve rispondere ad un criterio di verità, sia pure inteso in senso non assoluto, giacché – come ci ricorda ancora Scalisi (*op. cit.*,

pag. 1270) – “*neppure il diritto, allorché forma oggetto di attività ermeneutica, può sottrarsi e sfuggire al destino del Forse*”.

Vi sono però almeno due aspetti che è indispensabile mettere meglio a fuoco.

Anzitutto, occorre ben chiarire che la ricerca del fondamento di giustizia nella decisione giurisdizionale non può mai tradursi in un esercizio di “diritto libero”, rimesso alla valutazione ed al convincimento di un giudice svincolato dal rispetto di regole pre-determinate, non foss’altro perché ciò finirebbe col mettere a repentaglio quell’esigenza di almeno tendenziale prevedibilità delle decisioni che a propria volta si àncora, come ho già detto, ad un fondamento di giustizia. Ma ci si deve altresì far carico dell’obiezione – formulata, tra gli altri, da Natalino Irti in diversi suoi scritti, uno dei quali già nel titolo evoca il tema di cui ci stiamo qui occupando (*Diritto senza verità*, Laterza, Bari, 2011) – secondo cui il venir meno dei tradizionali presupposti di natura religiosa o metafisica sui quali la costruzione dello Stato si è per gran tempo fondata avrebbe generato, anche in campo giuridico, un politeismo di valori nel cui ambito ciascuno sarebbe chiamato a scegliere, tra le tante possibili, la *Grundnorm* cui decide di attenersi. Emerge qui il tema del complicato rapporto tra il principio di legalità e l’istanza di giustizia. Non ci si può dimenticare che i giudici, come recita l’art. 101 della Costituzione, “sono soggetti soltanto alla legge”: soltanto ad essa, ma a quella sì. Il che è come dire che la ricerca del fondamento di giustizia delle decisioni giurisdizionali deve avvenire all’interno del perimetro segnato dalla legge, e mai al di fuori di esso. Il principio di legalità è un pilastro irrinunciabile dello stato di diritto e segna il limite – sovente elastico, ma che comunque occorre sforzarsi di individuare – oltre il quale il giudice non può spingersi neppure in nome di un’ipotizzata superiore istanza di giustizia, la quale non può essere affidata unicamente alla sensibilità individuale del singolo per non incorrere nel rischio del “*politeismo dei valori*” paventato da Irti.

In secondo luogo, mi sembra evidente che – come meglio cercherò di chiarire rispondendo ad un successivo quesito – il dato testuale della legge, al pari di ogni testo scritto, è sovente suscettibile di diverse possibili interpretazioni. È in questo spazio di discrezionalità interpretativa che si esplica la dialettica tra principio di legalità e ricerca della giustizia, alla quale il giudice può e deve essere sensibile nella scelta tra le diverse opzioni interpretative cui il testo legale si presta, senza eccedere i limiti segnati dal significato fatto palese delle parole di quel testo. Sovente non è una scelta facile, non foss’altro perché presuppone la profonda comprensione dei valori e degli interessi sottostanti al dato normativo e di come l’interpretazione di questo meglio possa soddisfare quei valori e quegli interessi in modo conforme a giustizia: una comprensione che richiede non solo un’adeguata competenza tecnico-giuridica, ma anche la capacità di calarsi nella realtà concreta in cui si radica la questione controversa e la sensibilità sociale indispensabile per percepirne tutti i risvolti. Anche per questo il giudice oggi non può concepire sé stesso come mera “bocca della legge”, né isolarsi in una torre d’avorio, se vuole svolgere sino in fondo il proprio compito ed essere all’altezza del ruolo che la società gli assegna.

Si corre così il rischio di una deriva soggettivistica della giurisdizione? Non mi sento di escluderlo del tutto, perché i confini segnati dalla legge, entro i quali si deve esercitare la discrezionalità interpretativa del giudice, si sono fatti nel tempo sempre più elastici

e, talvolta, non ben definibili. Credo, però, che sia possibile contenere quel rischio in limiti ragionevoli, o almeno che ci si dovrebbe sforzare di farlo. E lo si può fare, anzitutto, tenendo sempre ben presente che i valori di giustizia ai quali l'attività interpretativa ed applicativa delle norme di legge deve ispirarsi sono tali non in base ad una valutazione soggettiva ma in quanto trovino il loro fondamento nella Costituzione (o nelle Carte e Convenzioni internazionali da cui l'Italia è vincolata); in secondo luogo, rafforzando nei giudici la consapevolezza che la giurisdizione non è un esercizio individuale, perché ogni decisione deve confrontarsi con i precedenti e concorrere a formare orientamenti giurisprudenziali, non certo immutabili ma nemmeno capricciosamente erratici; infine prestando attenzione al fatto che la decisione giudiziaria deve sempre essere sorretta da adeguata motivazione, che costituisce lo strumento indispensabile mediante il quale il potere giurisdizionale si legittima, in un sistema democratico, il che consente a chiunque di valutare come quella funzione viene concretamente svolta ed al legislatore di dialogare con la giurisprudenza e di calibrare conseguentemente le proprie scelte normative.

Non scorgo, perciò, una contrapposizione netta tra il diritto vivente, ispirato a valori di giustizia, ed un diritto positivo che a quei valori sarebbe impenetrabile in quanto derivante la propria legittimazione unicamente dal rispetto delle regole stabilite per il suo procedimento formativo. E neppure condivido la visione di chi vorrebbe senz'altro attribuire alla giurisprudenza una funzione creatrice del diritto, equiparabile a quella del legislatore se non addirittura ed essa contrapposta. Mi sembra, invece, che la funzione della giurisprudenza sia – forse da sempre, ma oggi più che mai – integrativa del diritto di fonte legislativa: perché destinata a colmare lo spazio che immancabilmente separa l'astrattezza e generalità della norma dalla concretezza ed irriducibile specificità di ogni singola vicenda umana, a far emergere i valori di giustizia che nelle disposizioni di diritto positivo ed ancor più nel dettato costituzionale sono insiti ed, all'occorrenza, a ricostruire sulla base dei principi generali la regola del caso concreto quando essa non sia immediatamente rinvenibile in un qualche testo di legge.

R.C. *Il giurista alle prese con le fonti sovranazionali ed il significato loro attribuito dai rispettivi diritti viventi ritrova la verità nel complesso reticolo della tutela multilivello dei diritti. Come vi ponete rispetto al tema della pluralità delle fonti e dei diritti viventi? Li considerate produttivi di false verità in pregiudizio del diritto scritto?*

A.G. La domanda ha implicazioni che non condivido. No, non c'è nessuna verità nel reticolo della tutela multilivello dei diritti. Essa non si fonda su delle verità. Se mai si fonda sulle buone ragioni (ragioni di ragion pratica, non di constatazione di non si sa bene che) che giustificano la tutela. E il diritto vivente è solo un'interpretazione delle fonti, qui anche sovranazionali. Interpretazione di diritto vivente che può essere sbagliata, ed infatti viene spesso riveduta dalle Corti. Infine, anche le Carte dei diritti sono diritto scritto che nell'interpretazione diventa diritto vivente. Perciò penso semplicemente che il diritto scritto, con i suoi plurimi testi da plurime fonti, sia un non-sistema, e che la coerenza – che non c'è ma ci deve essere – sia obiettivo tassativo e risultato insicuro dell'interpretazione. Di qui la necessità del dialogo tra le Corti. E del loro dialogo con la dottrina. Se questo dialogo è condotto secondo una corretta procedura (se insomma tutte le ragioni pro

e contro sono considerate e logicamente confrontate) l'esito (non è vero, ma) è oggettivo, perché quando tutto è considerato, e convalidato o confutato, non ci sono più obiezioni. E allora è per forza (logica) giusto così. In questo vedo la funzione – non creatrice ma mediatrice – della giurisprudenza che or ora il Presidente Rordorf ci ha segnalato e che mi trova del tutto concorde. Certo, questo è solo un modello ideale, difficile da attuare. Ma è il modello che a mio avviso deve ispirare l'interprete. Del resto, per ripristinare la coerenza non c'è bisogno, al modo dell'iperbolico modello di Dworkin, di un giudice Hercules che sistemi l'intero universo del diritto: se (per dire) si deve decidere se i contratti a valle di cartelli sono nulli o solo postulano un risarcimento del danno non è necessario coinvolgere la responsabilità penale delle persone giuridiche, l'adozione speciale e gli accordi di programma del diritto amministrativo, e nemmeno la rescissione del contratto e il danno biologico. È solo il micro-sistema che va ricostruito.

R.R. False verità? Addirittura! Non direi.

La coesistenza tra fonti di diritto nazionali e sovranazionali indubbiamente può contribuire a rendere meno facilmente leggibile il quadro ordinamentale e, soprattutto, può ridurne il grado di interna coerenza. È fin troppo ovvio, infatti, che la composizione di tradizioni giuridiche diverse, inevitabile nella formazione di un diritto sovranazionale, rischia talvolta di condurre a soluzioni compromissorie, non particolarmente limpide, che perciò non di rado danno vita a testi normativi vaghi, se non addirittura ambigui, il cui recepimento nel diritto nazionale può risultare distonico e creare ulteriore incertezza. Né va dimenticato che tra le fonti di produzione normativa sovranazionale europea figurano anche (sia pure con diversi effetti) le decisioni delle Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo, le quali richiedono, a loro volta, di essere interpretate per poterne ricavare orientamenti più o meno consolidati. Ma non sempre risulta agevole farlo, giacché le fonti di diritto di origine giurisprudenziale fatalmente presentano nel tempo oscillazioni e mutamenti di indirizzo dovuti anche alla specificità dei casi concreti che le hanno occasionate.

Ciò contribuisce a quel fenomeno cui ho già prima fatto cenno: ossia all'ampliamento dei limiti entro i quali si esplica la discrezionalità interpretativa del giudice, chiamato ad individuare ed applicare la *regula iuris* appropriata al caso concreto sottoposto al suo esame. E, tuttavia, quella *regula iuris* egli dovrà pur sempre cercarla all'interno del perimetro segnato dall'insieme delle fonti normative nazionali e sovranazionali che la Costituzione gli vieta di trascendere. Il suo compito è divenuto nel corso dell'ultimo mezzo secolo man mano più difficile, ma non sono in fondo mutate né le regole d'ingaggio né la ragion d'essere della sua funzione.

Mi sembra poi appena il caso di aggiungere che, per riuscire a districarsi nel complesso reticolo della tutela multilivello dei diritti, che chiama spesso in causa non solo Corti costituzionali e Corti supreme nazionali ma anche Corti sovranazionali, è indispensabile vi sia un fruttuoso dialogo tra tutti questi diversi organi giurisdizionali, ciascuno operante nell'ambito della propria competenza ma non senza possibili sovrapposizioni, come l'esperienza di questi ultimi decenni ha ampiamente dimostrato. Ma qui mi fermo, perché il tema del dialogo tra le corti richiederebbe una trattazione ben più ampia di quella qui consentita.

R.C. *Verità e legge fra positivismo giuridico e costituzionalismo. È secondo voi possibile ricondurre ad unità (e verità) l'idea della legge come mera verità procedurale (Irti) e quella che attribuisce alla legge un contenuto valoriale permeato dai valori della persona umana? E ad prescindere dalla vostra opinione sulla domanda svolta, che ruolo ha, in una prospettiva di effettività e concretezza dell'esperienza giuridica, la Costituzione nel diritto civile per l'accademico e per il giudice?*

A.G. Quanto ho appena detto mostra chiaramente che credo (non alla verità, ma) alla validità della (interpretazione della) legge per via procedurale. È un fatto che oggi il pluralismo delle fonti e l'individuazione a livello costituzionale dei principi abbiano molto esteso la discrezionalità del giudice, come il Presidente Rordorf ci ha appena ricordato. Ma tanto più si impone, proprio per questo, l'esigenza da lui sottolineata di garantire per via procedurale, cioè attraverso una comparazione di norme e principi provenienti da fonti diverse, la validità dell'interpretazione della legge. E l'esigenza di ricercare la *regula juris* all'interno del perimetro delle fonti, e non in soggettivi sentimenti di giustizia.

Non credo invece alla via di attribuire alla legge un contenuto valoriale oggettivo per trarne risposte vere. Se davvero ci fosse la verità nel diritto come spiegheremmo la giurisprudenza evolutiva? La verità non cambia con le stagioni. Invece l'interpretazione cambia. Ma cambia perché in essa si introducono, o vengono a cadere, elementi che incidono sul risultato. Faccio un esempio: cinquant'anni fa la nostra Corte costituzionale rispondeva che è giusta la norma che manda in pensione le donne cinque anni prima, perché le restituisce al loro ruolo, che è di moglie e di madre. Oggi questo fa accapponare la pelle. Ma perché abbiamo preso coscienza che a sostegno del trattamento uguale della donna sta una esigenza di eguaglianza sostanziale (non una verità: la verità è anzi che ancor oggi la donna non gode di eguaglianza sostanziale). Esigenza che dunque non è 'vera', ma è valida, perché chiunque se vivesse quella condizione pretenderebbe tale eguaglianza.

Il discorso diretto sui valori non è certo verità! È pura ideologia. Purtroppo ancor oggi molte culture (altrove, ma anche in settori della nostra società) hanno una ideologia diversa da quella che emerge dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti: questa è la verità. E va bene solo per chi ci crede. Lo scopo del diritto invece è dare risposte a cui neppure chi non ci crede riesce ad opporre obiezioni razionali. Perciò è solo per via procedurale che possiamo testare tenuta ed incidenza dei valori: questi hanno tenuta non per sé ma solo quando sostenuti da buone ragioni che i loro oppositori avversano ma non riescono a confutare razionalmente. E la Costituzione e le Carte in questo sono determinanti, perché i principi che asseverano sono (con il limite della imperfezione delle cose umane) proprio quelli che ciascuno pretende per sé anche se per opportunismo non sempre li riconosce per gli altri.

Inoltre, vorrei ricondurre ad un po' di pragmatismo: innumerevoli casi, anche difficili, non scomodano i valori. Se si tratta di dire se il condebitore può aderire, nonostante la clausola che lo esclude, alla transazione sull'obbligazione solidale, o di dire se con l'appartamento è stata venduta anche la cantina non menzionata nell'articolato ma cerchiata in rosso nella planimetria allegata al rogito come parte integrante, a che servono i valori? La quotidianità del diritto per la maggior parte è questa.

R.R. A questa domanda credo di avere in parte già risposto. Il pessimismo di Irti, che scorge nella terzietà del giudicante e nel rispetto delle regole procedurali il solo possibile argine alla deriva soggettivistica della giurisdizione per cui ciascuno sceglierebbe il proprio diritto (*Il salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007), mi sembra rischi di metter capo ad un diritto senz'anima, un diritto incapace di rispondere adeguatamente all'istanza di giustizia promanante dalla società ed essenziale al vivere civile e, per ciò stesso, incapace di porsi come regola dell'agire condivisa dalla comunità e da essa (almeno nella generalità dei casi) riconosciuta e rispettata: nel che, in fondo, risiede la funzione essenziale del diritto. È ovvio che i singoli giudici, al pari di qualsiasi altro individuo partecipe della vita sociale, possono essere portatori di diverse visioni del mondo, di differenti sensibilità, di idee politiche contrastanti; ma, nel loro quotidiano operare, hanno – debbono avere – in comune la stella polare costituita dai valori e dai principi espressi nella Costituzione, la quale è ben lungi dal dettare unicamente regole procedurali.

La rilevanza dei principi costituzionali nella pratica giurisdizionale dei nostri tribunali e delle nostre corti è andata crescendo col tempo ed appare oggi indiscutibile. L'ingresso della Costituzione (e poi dei Trattati europei e della Cedu) in un ordinamento da principio ancora formalmente caratterizzato da un sistema delle fonti che rispecchiava una concezione di sovranità assoluta del legislatore ordinario nazionale ha comportato la necessità di rileggere il testo delle leggi in senso conforme ai principi costituzionali (ed europei). Sempre più di frequente, nella motivazione di provvedimenti giudiziari, si parla oggi di interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di legge che il giudice è chiamato ad applicare. È stata la stessa Corte costituzionale, d'altronde, ad incoraggiare il diffondersi di questa pratica interpretativa, chiarendo che una legge è incostituzionale non quando la si potrebbe interpretare in modo incompatibile con la Costituzione, bensì soltanto quando non vi sia alcuna possibilità di interpretarla conformemente a Costituzione. Al giudice ordinario resta perciò affidato il compito preliminare di vagliare ogni possibile interpretazione della legge, privilegiando quella meglio compatibile col dettato costituzionale ed investendo la Corte costituzionale solo se nessuna interpretazione conforme a Costituzione risulti possibile.

È un compito non facile, trattandosi spesso di coniugare regole di diritto positivo più o meno puntuali con principi di carattere generale, ricavabili dal testo costituzionale, e ponendosi perciò sovente il problema del se, o sino a qual punto, il significato della regola possa essere piegato, anche al di là del mero dato letterale, così da adeguarlo al principio costituzionale di riferimento. Di nuovo, quindi, ci si trova di fronte alla necessità di verificare quale sia il margine di discrezionalità interpretativa che al giudice è concesso e può anche accadere – è inutile negarlo – che si diano talvolta forzature nell'interpretazione del testo di legge, spinta oltre i limiti segnati dall'inequivoco significato delle parole (come paventa Massimo Luciani nella voce, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2016, vol. IX, pp. 391 e ss.). Occorre certamente evitare il rischio di giungere di fatto, attraverso la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata, ad una sostanziale abrogazione *ope iudicis* di leggi ritenute non conformi alla Costituzione, sovrapponendo arbitrariamente il ruolo del giudice ordinario a quello del giudice costituzionale con poco rispetto del sistema di controllo accentrato di costituzionalità

delle leggi disegnato dalla Costituzione. Eludere l'intervento del giudice delle leggi – che ha efficacia *erga omnes* ed elimina definitivamente la disposizione incostituzionale dalla circolazione giuridica –, quando invece quell'intervento sarebbe richiesto, produce il risultato di rendere meno solido l'allineamento della normativa ordinaria ai precetti costituzionali cui quella è subordinata ed è perciò potenzialmente fattore di maggiore incertezza del diritto. Ma, al netto di queste possibili criticità, che il corretto esercizio della giurisdizione dovrebbe poter contenere, non può che essere positivamente apprezzato il fatto che il diritto vivente aspiri sempre più ad essere un diritto conforme ai principi costituzionali e che, nella coscienza comune dei giudici, i valori espressi dalla Costituzione (ed, in epoca ancor più recente, anche i principi del diritto sovranazionale europeo) abbiano assunto una pregnanza che inizialmente stentavano ad avere. È questa la linfa che alimenta l'ordinamento giuridico ed alla quale perciò il diritto vivente deve costantemente ispirarsi.

R.C. *Tremano i polsi a pensare alla risposta... Qual è, a Vostro avviso, il limite che l'interprete – recte, l'interpretazione – incontra nella ricerca della verità rispetto al testo della legge affinché non diventi onnipervasiva (Luciani)? Il riferimento al testo della legge come limite all'interpretazione è tale sempre e comunque (Corte cost. n. 183/2023)?*

A.G. Credo di aver già risposto: il testo della legge ammette, praticamente sempre, plurime interpretazioni (sia per la sua elasticità semantica, sia perché occorre tener conto di altre disposizioni, e di principi). Ma non ammette qualsiasi interpretazione. L'interprete ha il dovere di fornire quella più giustificata, perché deve chiudere la bocca a chi pretende un altro senso. Ma le interpretazioni non compatibili con il testo legale sono escluse! Se le impone la violazione di un principio normativo superiore (se insomma tutte le interpretazioni semanticamente possibili sono contro un principio inderogabile di livello superiore) l'interprete attraverso le procedure previste dichiarerà l'invalidità, non creerà la norma contro il testo. Per fare un esempio: quando la Cassazione pronunciandosi sulla forma del patto fiduciario immobiliare opta, contro il testo di un articolo di legge che prescrive lo scritto per i trasferimenti immobiliari, per la forma orale, perché alla fiducia ricorrono per lo più i familiari, restii a 'far carte tra loro', non interpreta, inventa! E questo – anche a parte il fatto che siamo in un sistema di diritto legislativo e non giurisprudenziale, anche a parte il fatto che da noi il giudice è soggetto alla legge e non la legge al giudice – non funziona: perché non chiude la bocca a chi può giustamente obiettare che nel nostro diritto il vincolo familiare non è un'esimente dal regime giuridico ordinario e dunque anche i familiari, se vogliono la tutela giuridica per gli scambi immobiliari fra loro, si devono adattare a 'far carte', come fanno, infatti, e come la legge pretende, e come la Cassazione riconosce nella stessa sentenza, quando si tratta di preconstituirsì la prova dello scambio fiduciario. E questo è dimostrazione del fatto che la tesi adottata non ha tenuta razionale: ammettere la forma orale quando si pretende la prova scritta è incoerente. Questo è solo un esempio. Ma fa capire una cosa: che una risposta giuridica è buona, cioè regge, ha tenuta, non quando è vera, ma quando è razionale, nel senso che chiunque ragionasse il caso con obiettività e tutto considerando, arriverebbe allo stesso esito.

R.R. Credo di aver già in effetti risposto anche a questa domanda. Riconosco che, nel concreto operare degli uomini in società, non è sempre agevole tracciare con nettezza il confine tra discrezionalità ed arbitrio; eppure, quando discorriamo di interpretazione delle leggi, non può farsene a meno.

Nessun giudice potrebbe seriamente accingersi a decidere una causa senza essersi prima interrogato sulla normativa applicabile e sul significato delle parole in cui quella normativa è espresso. Nessun avvocato immaginerebbe di articolare le difese del proprio cliente senza aver prima verificato quali sono i testi di legge cui fare riferimento. Anche se l'art. 12 delle preleggi non ci fosse, sarebbe pur sempre partendo dal dato letterale che, in un sistema di diritto scritto quale il nostro, necessariamente si svilupperebbe l'interpretazione del testo normativo, che segna il punto di partenza dell'opera dell'interprete ed, al medesimo tempo, ne definisce i confini. Ma il dato positivo e lessicale contenuto nella legge si offre sovente ad una pluralità di possibili significati e perciò richiede che si indaghi sul sottostante giudizio di valore che ha ispirato quel testo di legge e sugli interessi che il legislatore ha inteso tutelare. Quei valori e quegli interessi non sono però un dato storico, cristallizzato una volta per tutte nel tempo: essi evolvono, sia per effetto del mutamento sociale sia per il correlativo variare di altre norme sistematicamente correlate con quella che forma oggetto d'interpretazione, ed il diritto vivente perciò, a propria volta, si evolve sulla spinta di fattori propulsivi in parte esterni ed in parte interni alla stessa struttura normativa.

La regola legale è espressa in forma astratta e generale, ma la sua effettiva portata si manifesta appieno solo nell'applicazione alla mutevole e variabile realtà dei casi concreti. Mi piace talvolta paragonarla alle note musicali vergate dal compositore sul pentagramma, che solo all'atto dell'esecuzione e per il tramite dello strumentista possono davvero esprimere il loro significato artistico. Analoga è, per certi versi, la funzione del giudice quando traduce l'astratto precetto legale nella regola di diritto vivente che applica ad una fattispecie concreta, ma come il musicista che interpreta un brano di musica classica deve pur sempre serbarsi fedele alle indicazioni del compositore, così il giudice (e qualsiasi altro operatore del diritto) deve testare i limiti di elasticità della regola legale per poterne poi dar conto con adeguata motivazione. Almeno in una certa misura è sempre stato così, ma debbo ripetere che oggi i confini entro i quali si esercita l'opera dell'interprete sono divenuti più ampi, elastici e meno agevolmente definibili. Le cause di ciò sono ben note: l'estensione della domanda di giustizia a settori nuovi ed in parte ancora non del tutto esplorati, il peggiorare della qualità del prodotto normativo, il moltiplicarsi delle fonti di diritto e l'intreccio con fonti sovranazionali sovente ispirate a criteri e tradizioni giuridiche differenti. Alle accelerazioni della modernità, alle sfide della tecnica, al veloce mutamento della sensibilità sociale il legislatore nazionale (ma forse non solo quello nazionale) non sempre è in grado di dare risposte adeguate sul piano della produzione normativa. Ed oscilla spesso, contraddittoriamente, tra interventismo ed abdicazione, tra manifesti ideologici di deregolamentazione e spinte verso forme di iperregolazione minuziosa, quando non si rifugia nelle clausole generali che il giudice è chiamato di volta in volta a riempire di significato facendosi interprete della sensibilità sociale.

Questa situazione, comunque la si voglia valutare, accresce indiscutibilmente la complessità dell'opera dell'interprete e la sua conseguente responsabilità. Un giudice che pretendesse oggi di decidere i casi affidatigli unicamente rifacendosi al tradizionale paradigma del sillogismo decisorio – ossia al raffronto tra astratta fattispecie legale e fattispecie concreta (ammesso che vi riuscisse) – interpreterebbe il suo ruolo in modo inaccettabilmente burocratico; ma un giudice che pretendesse di decidere le cause prescindendo dal tenore della legge e spingendosi oltre qualsiasi significato plausibilmente ascrivibile al testo legale verrebbe meno al suo dovere e tradirebbe il suo giuramento di fedeltà alla Costituzione. La professionalità del giudice consiste oggi anche, e forse soprattutto, nella capacità di temperare questi due aspetti: nel saper trovare il giusto punto di equilibrio tra regole e principi. Gli si richiede l'approfondita conoscenza dei testi di legge ma anche un costante esercizio di quella prudenza che è insita nella radice stessa della parola *iuris-prudentia*. La quale prudenza qui però non va intesa come sinonimo di tremebonda cautela, bensì nel suo originario significato latino di avvedutezza, saggezza, consapevolezza del proprio agire ed attenzione alle conseguenze. Non a caso la *prudentia* (equivalente della greca a *φρόνησις*), al pari della giustizia, è una delle antiche virtù cardinali, anzi è menzionata come la prima di esse (*auriga virtutum*) perché indirizza e conduce tutte le altre.

R.C. *Il vero e il falso nella giurisprudenza della Corte di cassazione. Il giurista si trova spesso alle prese con orientamenti giurisprudenziali ondivaghi tra loro, a volte incoerenti anche se provenienti dal giudice tenuto alla nomofilachia. Rispetto a questa complessità del diritto vivente, il vero ed il falso come si misura, in casi del genere e come può essere giustificato agli occhi dei vostri interlocutori (parti, studenti, colleghi accademici)? Esiste qualche criterio orientativo, qualitativo, quantitativo, correlato alla motivazione delle singole pronunzie al quale Vi affidate usualmente – o pensate possa suggerirsi- all'atto di alimentare il ragionamento e la riflessione rispetto a questioni di natura teorico o pratica. Ritenete che questa "complessità" costituisca un valore o un disvalore nei tempi moderni? E pensate che l'intelligenza artificiale possa in qualche modo aiutare nell'individuare la soluzione vera, sempre che questa esista?*

A.G. Comincerò con l'osservare che agli occhi delle parti, degli studenti, dei colleghi accademici, ma prima di tutto dei cittadini, questo ondeggiare della giurisprudenza non può essere giustificato. Non tanto quando una sentenza muta l'orientamento perchè adduce una ragione finora non considerata. Quanto quando con gli stessi fattori si fa un altro calcolo. Purtroppo accade, sempre più spesso, anche al massimo livello. La complessità d'altronde non è né un valore né un disvalore: è un dato di fatto, di cui si può solo prendere atto. Indicare rimedi è difficile. Ma una maggiore attenuazione delle oscillazioni, attraverso la nomofilachia, si otterrebbe se le motivazioni – soprattutto della giurisprudenza delle Sezioni Unite – fossero stese considerando uno per uno tutti i possibili argomenti pro e contro, per ciascuno offrendo il ragionamento che lo convalida o lo confuta, e da tale comparazione razionale traendo la decisione; e non semplicemente adottando una tesi, sia pure con il supporto di una motivazione. Allora al giudice succes-

sivo resterebbe poco o nulla per compiere un *revirement*. È la logica dell'art. 360-*bis* cpc: prevenire nuovi motivi che offrano elementi per mutare orientamento.

Quanto all'Intelligenza Artificiale, non credo affatto che essa possa aiutare nell'individuare la soluzione più corretta. E non lo credo per quel poco che so di come l'IA funziona: l'algoritmo si implementa ingurgitando miriadi di testi e riproducendone i contenuti adattati all'input, ma non possiede alcuna funzione di confronto critico fra loro. Sa mettere insieme osservazioni plausibili. Sa estrarre nuove decisioni dal materiale con cui è nutrito. Ma non sa ragionare. Perciò ci direbbe quello che si pensa, non quello che si deve pensare.

R.R. Ho l'impressione che il diritto – e men che mai il diritto vivente che s'incarna nel farsi quotidiano della giurisprudenza – mal si presti alla contrapposizione tra vero e falso (a meno di ricondurre la verità alla nozione di giustizia, alla maniera di Scalisi, come già prima accennato). Si può certo parlare della verità o della falsità della rappresentazione di un fatto accaduto nella vita quotidiana e del suo accertamento in giudizio (su questo tornerò in seguito), ma la decisione che un giudice è chiamato a prendere per accogliere o rigettare le domande che gli vengono rivolte implica anche una serie di ulteriori valutazioni giuridiche suscettibili piuttosto di essere misurate in termini di ragionevolezza e di plausibilità: ragion per cui è indispensabile che la decisione sia motivata in modo chiaro ed esauriente. Che se ne possano talvolta ricavare indicazioni contraddittorie è, in qualche misura, la conseguenza inevitabile del non essere il diritto una scienza esatta e dell'essere la magistratura un potere diffuso.

Che il diritto non sia una scienza esatta discende dalle infinite variabili del modo in cui le astratte fattispecie legali si rapportano, di volta in volta, alle concrete vicende della vita umana in relazione alle quali vengono chiamate in causa, nonché da quell'ineliminabile margine di discrezionalità interpretativa del dato normativo di cui ho già parlato e sul quale non è il caso perciò che mi soffermi ancora.

L'indipendenza di ciascun singolo giudice o di ciascun singolo collegio giudicante – indipendenza non solo da ogni altro potere esterno ma anche da possibili vincoli gerarchici interni allo stesso corpo giudiziario – è un pilastro irrinunciabile dello stato di diritto, ma è fatale che essa comporti il rischio del formarsi di orientamenti giurisprudenziali discordanti. Il diritto vivente, proprio perché tale, è per sua stessa natura mutevole ed, al pari di ogni altra manifestazione della vita, non può mai andare del tutto esente da contraddizioni.

Mi torna però allora alla mente l'osservazione di Michele Taruffo (*Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 56), il quale, dopo aver premesso che il diritto è divenuto un sistema vieppiù complesso, connotato da un crescente grado di caoticità, aggiunge che in quel caos occorre tuttavia sforzarsi di realizzare almeno delle “*isole di ordine*”. Ed è qui che si pone il tema della nomofilachia.

La nomofilachia non va vista come se si trattasse di uno strumento di conservazione di orientamenti fissati una volta per sempre, bensì come fattore ordinante del flusso giurisprudenziale, che non deve perdere il suo interno dinamismo ma deve (dovrebbe) riuscire ad evolvere non capricciosamente ed imprevedibilmente, bensì in modo ragionato e comprensibile.

So bene che la nomofilachia desta qualche diffidenza, se non addirittura ostilità, in una parte della dottrina processualciviltistica (penso, ad esempio, al recente scritto di Giuliano Scarselli, *La nomofilachia ed i suoi pericoli*, in *www.Giustizia insieme*, 23 ottobre 2023), perché si paventa che essa generi una sorta di dittatura del precedente e la si considera come un esercizio di autorità, da parte della Suprema corte, a scapito della libertà interpretativa da riconoscere ad ogni singolo giudice. Comprendo, ma mi sembra di poter formulare due obiezioni.

In primo luogo, vorrei sottolineare che la nomofilachia, pur costituendo indiscutibilmente uno dei compiti specifici della Corte di cassazione, non appartiene solo ad essa, né opera solo verticalmente dall'alto in basso. Anche i giudici di merito, di primo o di secondo grado, contribuiscono con le loro decisioni ad orientare la giurisprudenza, perché ogni decisione che sia chiaramente e compiutamente motivata, oltre a risolvere il caso specifico in rapporto al quale viene pronunciata, si candida a fungere da precedente per le possibili future decisioni su casi analoghi. La giurisprudenza si forma nelle sedi in cui si giudica il merito, prima ancora che in cassazione, ed occorre che anche i giudici di merito siano consapevoli della funzione nomofilattica delle loro pronunce, destinate a fungere da stimolo e da punto di riferimento anche per gli orientamenti che saranno successivamente assunti dalla Suprema corte.

In secondo luogo, credo che anche la sacrosanta libertà interpretativa di ciascun singolo giudice, al pari di ogni altra libertà, non possa essere intesa in senso assoluto, ma debba esser temperata con l'esigenza di non sacrificare altri valori sociali non meno rilevanti sotto il profilo costituzionale. Ho già cercato di spiegare perché la (sia pur relativa) prevedibilità delle decisioni giudiziarie ed il principio di parità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge sono essenziali per il soddisfacimento di quella fondamentale esigenza di giustizia che è ben radicata nel nostro sistema costituzionale, oltre che nel sentire comune. Un giudice il quale pretendesse di risolvere il problema interpretativo che una causa gli ha posto senza interrogarsi su come quel medesimo problema è stato risolto da altri giudici prima di lui, e senza chiedersi se la sua soluzione ha qualche probabilità di reggere al vaglio di un'eventuale impugnazione, non solo farebbe mostra di un'imperdonabile presunzione, ma verrebbe meno ai suoi doveri professionali, perché metterebbe a repentaglio quei valori di giustizia che non risiedono solamente nell'interno della sua coscienza ma che impongono di tener conto anche di come il singolo provvedimento giurisdizionale si colloca rispetto all'insieme degli orientamenti giurisprudenziali in materia e delle conseguenze che ne possono derivare. Non si tratta di obbedire ciecamente al precetto di *stare decisis*, bensì di temperare – per dirla con Max Weber (*La politica come professione*, Mondadori, Milano, 2009) – l'etica della convinzione e l'etica della responsabilità. La libertà del giudice di decidere in piena indipendenza non è in discussione, ma si accompagna al dovere professionale di decidere avendo consapevolezza dello stato della giurisprudenza (ed, auspicabilmente, anche della dottrina) e di discostarsi all'occorrenza dai precedenti sulla base di una motivazione potenzialmente idonea a modificare l'orientamento consolidatisi sino a quel momento. È questa quella che a me piace definire nomofilachia dinamica: capace di adeguare la giurisprudenza al mutare dei tempi, ma ragionatamente e, per quanto possibile, ordinatamente.

Ben s'intende che ciò vale anche – direi, anzi, soprattutto – per la Corte di cassazione, la cui collocazione al vertice del sistema delle impugnazioni naturalmente le assegna un ruolo preminente nella formazione degli orientamenti giurisprudenziali. Se questi orientamenti appaiono eccessivamente ondivaghi o incoerenti, se si è giunti ad affermare che *“una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è paragonabile ad una specie di immenso supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole”* (Taruffo, *op. cit.*, pag. 39), è segno di un malfunzionamento, le cui cause mi paiono da ricercare principalmente nell'abnorme quantità dei ricorsi che la Cassazione è chiamata a fronteggiare e, di conseguenza, nel numero eccessivamente elevato dei magistrati operanti nella Corte, che non facilita il confronto interno e la tempestiva conoscenza delle rispettive decisioni e genera inevitabilmente il rischio di disallineamenti e contrasti non sempre tempestivamente componibili da parte delle sezioni unite. Ciò è di ostacolo ad una nomofilachia davvero efficace. Qui, però, nuovamente sento di dovermi arrestare, perché altrimenti il discorso condurrebbe troppo lontano.

Non meno lontano potrebbe condurre il discorso sull'intelligenza artificiale come strumento per favorire la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni. Ammetto subito, però, di non possedere in questo campo conoscenze sufficienti per affrontare un tema così difficile; ed aggiungo che, come quasi sempre accade alle persone non più giovani, provo inevitabilmente un qualche disagio in presenza di novità idonee a modificare profondamente il *modus operandi* al quale una lunga esperienza di vita mi ha abituato. Forse è anche per questo che avverto una certa diffidenza verso l'uso dell'intelligenza artificiale in ambito giurisdizionale, se spinta al di là della semplice (ed utilissima) migliore ricognizione dei dati occorrenti al giudice per la sua decisione, sino a configurare veri e propri algoritmi decisori capaci di produrre automaticamente un provvedimento. Ho la sensazione che, per questa via, si finisca in certo senso per replicare, in forma nuova, quella medesima visione, di cui prima parlavo, del diritto come un insieme ben definibile di regole astrattamente formulate dalle quali si pretende di trarre, attraverso un rigoroso procedimento logico, la soluzione di ciascun caso concreto: quasi una modernissima riedizione di quel mito contro il quale Paolo Grossi si è lungamente battuto. Ammesso pure che se ne possa ricavare un diritto più certo (non saprei definirlo “più vero”), ho il timore che si tratterebbe di un diritto meno umano, e forse spesso anche meno giusto. Soprattutto temo che ne sortirebbe una forma di giurisdizione meno trasparente e meno controllabile dall'esterno: quanti sono coloro in grado di valutare la correttezza dei presupposti sui quali un algoritmo decisionario potrebbe esser costruito e di verificare se esso sia stato bene o male applicato in una determinata fattispecie? Come motivare e come poi eventualmente impugnare una decisione che sia frutto di un algoritmo? Quale spazio residua per l'equità? Interrogativi ai quali – ripeto – non mi sento in grado di rispondere e che perciò affido alle più giovani generazioni, certo meglio attrezzate di me per confrontarsi con l'ormai vasto mondo dell'intelligenza artificiale.

R.C. *Quale domanda sul tema della verità vi sareste aspettati e non vi è stata rivolta?*

A.G. Questa: dato che il diritto non è che un discorso prescrittivo sui fatti, quindi è senza verità, che cosa mettere al suo posto? Spero che quanto ho detto faccia capire la mia risposta.

R.R. Confesso che, nel leggere questa ulteriore sollecitazione, mi sono detto: “Ma come! Non bastavano già tutte le complicate domande già proposteci? Il paziente lettore di questa intervista dovrà ora anche sopportare le ulteriori fantasie dell’intervistato?”. Poi, però, non ho resistito alla tentazione di rispondere alla provocazione, ed allora ho provato a fare qualche breve riflessione su un tema, la verità nel processo, che mi ha sempre intrigato e sul quale in altra sede mi è già capitato di soffermarmi.

Può dirsi che il processo (mi riferisco qui al processo civile) sia uno strumento di accertamento della verità? Servono a questo le regole che disciplinano l’onere della prova e quelle alle quali il giudice deve attenersi nel governo delle risultanze processuali, o si deve tener sempre ben distinta la verità processuale da quella storica e considerare quest’ultima estranea al processo?

Se il processo è visto essenzialmente come duello, o addirittura come giuoco (penso ad alcuni scritti di Bruno Cavallone, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pagg. 1548 e segg., e *Rien ne va plus (ancora sul processo come gioco)*, *ivi*, 2018, pagg. 1128 e segg.), si potrebbe esser tentati di dire che le regole da cui è disciplinato il suo svolgimento esauriscono il loro scopo nel consentire che il gioco si svolga e possa giungere a conclusione decretando, come che sia, un vincitore. Non sarebbe tanto importante, allora, che un determinato fatto sia stato o meno accertato come vero, quanto il modo in cui l’onere della prova di quel fatto si distribuisce tra le parti. Risiederebbe in questo la regola di chiusura del gioco, quella che permette di decidere la causa anche in situazioni dubbie nelle quali, altrimenti, l’esito della partita rischierebbe di restare in sospeso.

Dico subito che questa visione del processo non mi persuade, anche se espressa in modo elegante e raffinato e quantunque si rifaccia ad archetipi culturali di grande suggestione, a partire dalla celebre figura, ideata dalla meravigliosa fantasia di Rabelais, del giudice Bridoye, il quale, non senza aver prima rigorosamente rispettato tutti i canoni del procedimento in contraddittorio, si ritira in camera di consiglio e decide la causa tirando i dadi (ed andrebbe qui citato anche il celebre scritto dello storico Johan Huizinga, *Homo ludens*, Einaudi, Torino, 2002). Non intendo certo negare che verità storica e verità processuale nella realtà non necessariamente coincidono. Il processo è la scena sulla quale taluni fatti vengono rappresentati, per poterli giudicare, e quasi mai la realtà di un fatto coincide del tutto con la sua rappresentazione. Ma, se è vero che questa discrepanza è in qualche misura inevitabile, mi sembra, tuttavia, che sia pur sempre fortemente avvertita nel mondo in cui viviamo la necessità di minimizzarla il più possibile.

Il processo non è fine a se stesso, ma ha una funzione strumentale: deve servire all’effettiva tutela dei diritti, garantita dalla Costituzione. La nozione di “giusto processo”, che si trova enunciata nell’art. 111 della Carta, postula che, sia pure solo tendenzialmente, il processo abbia come scopo l’accertamento della verità dei fatti (come non manca di ricordarci Taruffo nel suo scritto *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, pagg. 1305 e segg.). Se così non fosse, se a quell’istanza di verità si dovesse

ritenere che il processo sia del tutto indifferente, non si comprenderebbe come si possa pervenire alla corretta applicazione nel caso concreto delle regole di diritto e, dunque, ad un risultato di giustizia. Se davvero il processo si riducesse a mero gioco, prescindendo completamente da ogni aspirazione alla verità, e perciò alla giustizia, sarebbe davvero arduo definirlo “giusto”.

Sono perciò convinto che le regole processuali attraverso le quali si perviene all'accertamento giudiziale dei fatti controversi non siano solo funzionali a consentire un esito della lite, quale che esso sia, ma debbano esser concepite in modo da risultare il più possibile funzionali all'obiettivo di rendere giustizia. E mi pare che anche la regola sull'onere della prova si dimostri qualcosa di più di una semplice regola tecnica del gioco, come è confermato dalla sua indisponibilità, quando si tratti di diritti di cui le parti non possono disporre, e dalla nullità dei patti sulla prova, quando ne risulterebbe troppo difficile l'esercizio di un diritto (art. 2698 c.c.). Si tratta, in fondo, di una regola di buon senso, perché è logico che colui il quale sostiene una tesi disponga degli elementi di fatto idonei a dimostrarne la fondatezza e che, quindi, se egli non è in grado di riversare convincentemente quei fatti nel processo, si possa ragionevolmente supporre che non sono veri.

Certo, le presunzioni legali, gli svariati limiti all'ammissibilità dei mezzi di prova, i termini per l'esercizio delle attività processuali ed, in generale, l'insieme delle disposizioni che regolano il processo civile mirano a garantire che esso si svolga in modo ordinato e possibilmente celere (in teoria, s'intende, ch  sappiamo tutti quale sia invece la realt !), e che il giudice possa addivenire ad una decisione anche quando la verit  dei fatti sottoposti al suo esame gli appaia sfuggente. Questo per  non toglie che, per quanto possibile, nel rispetto delle regole processuali (le quali, d'altronde, spesso gli attribuiscono anche poteri di disporre d'ufficio determinati mezzi di prova e pur sempre gli affidano poi il compito di valutare liberamente le risultanze istruttorie), egli debba sforzarsi di raggiungere quel tanto di verit  che   compatibile con i limiti dell'umano. Bench  non del vero celeste si stia qui parlando, bens  di quello umano, vale anche per il giudice il monito di Dante: *“giammai non si sazia nostro intelletto se l' ver non lo illustra”* (*Divina commedia – Paradiso – Canto IV, 124*).

* * *

Le puntuali risposte del prof. Gentili alle domande che sono state anche a me rivolte mi inducono a fare ancora solo alcune brevi considerazioni.

Mi sembra di aver trovato, nelle risposte del prof. Gentili, non poche convergenze con quanto anche io mi sono sforzato di dire. Queste convergenze mi   parso di coglierle, in particolare, sia per quel che attiene alla necessit  di chiarire bene cosa s'intende per verit , quando la si associa al diritto ed alla giurisdizione, sia per ci  che concerne l'inevitabile latitudine interpretativa dei testi di legge e la necessit  che, tuttavia, l'interprete non varchi il confine pur sempre segnato da quei testi.

Gentili nega che vi sia verit  nella legge, come pure nei principi costituzionali e nelle carte dei diritti, perch  il diritto   un discorso prescrittivo ed, in quanto tale, non   n  vero n  falso. La verit  riguarda per  i fatti, nel loro storico accadere, ed entra per questa via nella sfera del diritto che, per essere applicato a quei fatti, richiede che essi siano

accertati: assume perciò rilievo, in ambito processuale, soprattutto sotto il profilo della prova. Ma anche sotto questo profilo – osserva Gentili – si tratta di una verità relativa. Ha certamente ragione: come anche io ho cercato di mettere in luce, non c'è necessaria coincidenza tra verità storica e verità processuale. Vorrei però ribadire che ciò non esime il giudice dallo sforzo di ricercare l'effettiva verità dei fatti sui quali si controverte, pur se nel rispetto delle regole processuali e con la consapevolezza dei limiti inerenti ad ogni giudizio umano, pena altrimenti la trasformazione del processo in un rito esoterico avulso da ogni pretesa di giustizia.

È proprio il rapporto tra diritto e giustizia – come bene evidenzia Gentili – ad essere al centro delle nostre riflessioni. Qui forse si manifesta una qualche differenza, non direi tanto di opinioni, quanto di accento e di sensibilità.

Fuor di dubbio: la ricerca di un ideale di giustizia non deve mai spingersi oltre i confini segnati dal testo della legge, benché questo sia sovente suscettibile di plurime interpretazioni; ed è altrettanto indubbio che la Giustizia, con l'iniziale maiuscola, non la possiede nessuno. Io sono però incline a pensare che i principi desumibili dalla Costituzione (nonché dagli strumenti di diritto sovranazionale ed internazionale cui essa rinvia) consentano di tracciare una mappa sufficientemente chiara di quell'insieme di valori ai quali siamo soliti alludere col termine giustizia. Ma tengo a sottolineare che la giustizia cui mi riferisco non è necessariamente fondata su presupposti giusnaturalistici, bensì rispecchia il modo in cui ogni comunità umana avverte di poter stare insieme in un determinato contesto storico e territoriale. Un sentimento perciò variabile, nel tempo e nello spazio, sia quanto ai suoi specifici contenuti sia quanto al modo in cui concretamente viene avvertito: ciò che oggi ci appare palesemente ingiusto – per esempio la schiavitù – in altre epoche poteva non apparire tale. L'impossibilità di tradurre la giustizia in un catalogo immutabile di precetti etici non toglie, però, che un bisogno di giustizia, comunque di volta in volta lo si intenda, appare – quello sì – connaturato all'essere umano o, quanto meno, alle donne ed agli uomini che sentono la necessità di vivere in società. Nessuna comunità sociale umana potrebbe sopravvivere senza un nucleo di valori di giustizia sufficientemente condiviso, quali che essi siano. Sta poi allo storico ricostruire come e dove quei valori mutano e si evolvono (o magari – perché no? – regrediscono) e sta al giudice individuarli, in base alla normativa (soprattutto costituzionale) di cui egli dispone e nello specifico contesto sociale in cui opera. Ma se il bisogno di giustizia, per vago e mutevole che sia, è un elemento insopprimibile dell'animo umano, allora la giurisdizione non può ignorarlo, se non vuole disumanizzarsi. Non sottovaluto il rischio di derive soggettivistiche, ma non mi riesce di pensare un'attività giurisdizionale che rinunci a perseguire questo obiettivo: un obiettivo il cui effettivo raggiungimento nessuno, certo, può mai garantire, ma al quale occorre pur sempre tendere. Ed occorre tendervi sapendo che solo per via dialettica ci si può avvicinare, confrontando le opinioni, misurandosi con la giurisprudenza e con la dottrina, accettando e governando ragionatamente le variazioni di indirizzo che l'evolvere dei tempi, degli ordinamenti e della sensibilità sociale inevitabilmente comporta. *“Lo scopo del diritto ... è dare risposte a cui neppure chi non ci crede riesce ad opporre obiezioni razionali. Perciò è solo per via procedurale che possiamo testare tenuta ed incidenza dei valori: questi hanno tenuta non per sé ma solo quando sostenuti da buone ragio-*

ni che i loro oppositori avversano ma non riescono a confutare razionalmente". Così scrive Gentili ed io mi dichiaro perfettamente d'accordo con lui, ma spero di non tradire il suo pensiero se preciso che la "via procedurale" della quale egli parla consiste nel metodico confronto delle opinioni e non si riduce al tradizionale sillogismo che pretenderebbe di far scaturire la decisione, in modo quasi meccanico, dal rapporto tra fattispecie astratta contemplata dalla legge ed accadimento verificatosi nella concreta realtà, né, tanto meno, consiste nel solo rispetto formale delle regole di procedura. Regole di procedura che vanno rispettate, sia ben chiaro, ma che hanno solo valenza strumentale rispetto allo scopo cui il giudice deve mirare, che resta sempre il medesimo: rendere giustizia.

Riflessione conclusiva

R.C. Se l'obiettivo dell'intervista a due civilisti di rango del mondo accademico e della giurisdizione era quello di disvelare ulteriori orizzonti attorno al tema della verità nel diritto civile, le risposte di Gentili e Rordorf sembrano testimoniare il raggiungimento dello scopo insieme all'utilità del tempo che Essi hanno dedicato alle risposte.

La raffinatezza culturale ed eleganza emerge in modo palese dal *fair play* da entrambi manifestato rispetto al dialogo successivo alle riflessioni che i due si sono scambiati. Un *fair play* che ha naturalmente orientato gli intervistati a cogliere i punti di convergenza dei loro ragionamenti, sfumando le divergenze al punto da sembrare che i due non siano poi tanto distanti nel pensare ai temi della verità e della giustizia rispetto al diritto. In questa prospettiva Gentili e Rordorf colgono una certa difficoltà ad usare il termine verità che si manifesta in Gentili negandone in termini assoluti ogni rilevanza e in Rordorf in un modo più elastico nel circoscriverne la portata, assimilandola ove possibile all'innato sentimento di giustizia che dovrebbe sempre e comunque risultare presente nel diritto.

Da qui la necessità di disvelare cos'è la verità nel diritto per chi scrive, peraltro in sintonia con pregresse riflessioni – sia consentito il rinvio a R. Conti, *Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Diritticomparati*, n. 3/2022, 826 ss. –.

Un'idea sicuramente dicotomica rispetto al brocardo «*Auctoritas, non veritas, facit legem*» che, senza la pretesa di misurarsi con il tema verità in senso epistemologico muove, piuttosto, dal convincimento basico per cui l'uomo comune, ma in qualche misura anche il giurista del nostro tempo – S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 112 –, maturano in forza dell'esperienza il convincimento, anche solo epidermico, per cui la verità circa le condotte alle quali adeguarsi o di cui prendere atto, offerta al corpo sociale, sia rappresentata, rispettivamente, dalla legge e dal processo destinato alla formazione della *res iudicata*. Nella pluralità di senso che si attribuisce al termine verità, dunque, nel diritto essa ci è apparsa soprattutto come valore, come prospettiva e per dirla con Massimo Vogliotti – *Perché una cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone? La crisi dello Stato costituzionale di diritto, la distopia nichilistica e l'esigenza di una nuova educazione giuridica*, in *L'arcipelago del diritto. Lezioni per i futuri naviganti. In ricordo del decennale della cattedra Galante Garrone*, a cura di M. Vogliotti, Torino, 2022, 54 – come "funzione concettuale" che "attiviamo quando diciamo o pensiamo "è vero", "è falso", "non è vero"», fino

ad ipotizzare che il diritto, come il linguaggio, altro non è che una convenzione basata su veridicità e fiducia. Concetto sul quale parte della dottrina civilista torna ciclicamente ad interrogarsi – da ultimo, G. Vettori, *Ricerzare la verità nel diritto*, in *Personaemercato.it*, n. 3/2023 –. Un'idea, quella della verità nel diritto che chi scrive sente al contempo come cogente e vaga ma quasi onnipresente perché continuamente alimentata da un'incessante opera di costruzione, ricostruzione e decostruzione di regole che si agitano nel processo e fuori dal processo.

Un'idea ricorrente, del resto nella magistratura anche di legittimità, bastando scorrere a ritroso il Foro italiano e ritrovare lo scritto di Borrè, Martinelli e Rovelli su *Unità e varietà nella giurisprudenza. A proposito della c.d. rotazione in Cassazione – Foro it.*, 1999, V, 45.

Seguendo le suggestioni qui riassunte si è ritenuto, secondo alcuni, che la legge sia affermazione di una verità astratta in ordine alla disciplina di un fatto come anche il giudicato, formatosi attraverso l'applicazione della legge, sia verità *assoluta* del processo perché in esso raccolta nel contraddittorio delle parti.

Entrambi gli elementi, la legge ed il giudizio, sono portatori di verità naturalmente considerate dal corpo sociale come “ultime verità” che affondano le loro radici nell'idea che la prima sia affermativa della verità fissata dal decisore politico, finché non sia privata della sua validità tanto quanto il giudicato contenuto nella sentenza. Giudicato che è vero nella misura in cui è formato attraverso l'applicazione delle leggi da parte del giudice ed in quanto comunemente considerato portatore di una ragionevole verità.

Tornando ora all'intervista, i nodi da sciogliere erano volti a verificare se, fino a che punto ed a quali condizioni oggi legge e giustizia possano appagare l'esigenza di verità di cui si è detto.

Se, dunque, questo era l'*humus* nel quale si pensò alle domande poste a Gentili e Rordorf sembra evidente la diversità di prospettiva che anima i due intervistati rispetto al ruolo del giudice e del diritto.

Una diversità che, orientando lo sguardo sulle posizioni espresse dal Prof. Gentili, segna in modo evidente la polarizzazione fra modi di pensare il diritto che non sembrano tra loro conciliabili e che lo stesso Gentili ha presente al punto da porsi apertamente su un versante inconciliabile rispetto a quello che guarda al diritto (vero) in tutt'altra prospettiva.

Del resto il senso di alcune domande era, in definitiva, quello di sondare il campo e verificare se fosse possibile una mediazione fra i civilisti che ritengono il diritto senza verità e quelli che, invece, al diritto attribuiscono il compito di ricercare la verità attraverso percorsi e metodi magari non sempre omogenei e che tuttavia, vuoi attraverso la centralità dell'ermeneutica, vuoi riempiendo direttamente il diritto di contenuti valoriali, vuoi valorizzando la centralità dei fatti e la coscienza sociale muovono dal presupposto che la legge non sia il punto di partenza e quello di arrivo al punto che ad essa nulla preceda e segua.

Si tratta di orizzonti in apparenza inconciliabili che scorrono e navigano su affluenti diversi, ai quali l'ostacolo a che si riuniscano alla foce sta forse nel fatto di intendere il

diritto come nuda e cruda procedura per come esso nasce dalla sua fonte di produzione, e valido, finché non ne sia caducata la forza in base alle regole procedurali.

La polarizzazione di cui si è detto, è bene chiarirlo subito, è assai presente anche nella componente giudiziaria italiana e contribuisce ad alimentare il sistema giustizia, ad arricchirlo di nuove verità, a descriverne volti diversi – sul punto v., volendo, R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” delle Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustiziainsieme*, 4 marzo 2021 – con tutto ciò che di rischioso e virtuoso tale situazione può determinare rispetto alla prevedibilità e certezza del diritto.

Ed in questo i due intervistati si ritrovano sinceramente e, indubbiamente, sembrano essere nel “vero” entrambi.

Ma deve forse fare riflettere il fatto che la prevedibilità del diritto vivente per come essa si declina come anche l’esigenza, dai nostri interlocutori coralmemente indicata insopprimibile, di certezza del diritto sono essi stessi valori fondamentali portanti dello Stato di diritto – *rule of law* – bilanciabili con altri valori costituzionali (v. G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubblico*, 2018, 517) e dal diritto al giusto processo che attinge la sua essenza anche nella CEDU – Corte Edu, 20 maggio 2008, Santos Pino c. Portogallo Corte Edu, 6 dicembre 2007, Beian c. Romania ma anche Corte Edu, 16 settembre 2014, Sepe e Di Leta c. Italia e, a voler essere sinceri, “prima” nella CEDU che nel riformato art. 111 Cost., il quale ne costituisce esemplare gemmazione per più parti. Questa prospettiva provammo a rappresentare qualche tempo fa, ritenendo che proprio la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e la certezza del diritto costituiscono espressioni commendevoli del giusto processo secondo la Corte edu, senza che ciò voglia dire sclerotizzazione del diritto, ma appunto capacità della giurisprudenza di elaborare i propri orientamenti e renderli dopo il confronto omogenei e, appunto prevedibili, salvo ripensamenti correlati alle mutate esigenze della società – R. Conti, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in *Consultaonline*, <https://giurcost.org/contents/giurcost//studi/conti5.pdf> –.

E proprio in questa prospettiva non può essere sottaciuta una recente pronuncia della Corte edu – Corte edu, 23 marzo 2023, *Ben Amamou c. Italia*, ric.n.49058/2020, spec. § 71, divenuta definitiva il 6 novembre 2023 –, intervenuta in un caso italiano destinato a far molto discutere, anche per la opinione dissenziente del giudice Raffaele Sabato, nella quale la violazione dell’art. 6 CEDU era stata invocata per il fatto che la Corte di cassazione avesse posto a base della decisione un orientamento giurisprudenziale in ordine all’interpretazione di una disposizione in materia di assicurazioni r.c.a. diverso da quello che costituiva “diritto vivente” al momento della proposizione della domanda giudiziale, del quale non si era discusso nel corso del giudizio e senza che esso, ritenuta decisivo dalla Corte edu, fossero state messe a conoscenza “le parti”. Una prospettiva valoriale che fa sistema con l’idea che il concetto di legalità non possa prescindere dalla aqualità della legge” intesa nel suo insieme come norma scritta e sua interpretazione, orientata a contenere precetti “chiari, precisi, accessibili” – cfr. Corte edu, 20 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia, Corte edu, 20 maggio 2000, Belcedere Alberghiera c. Italia –.

Si è insistito su questo aspetto perché al fondo dei ragionamenti di entrambi gli intervistati sembra, nemmeno sottotraccia, emergere un ragionare per valori.

Gentili e Rordorf, infatti, discorrono di prevedibilità, di certezza del diritto, di esigenza di ridurre i contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di Cassazione non ragionano forse per valori e non si orientano verso un diritto costruito sulla ragionevolezza, sul bilanciamento, sulla prevedibilità e non mostrano entrambi di credere nel "sistema" giustizia fatto "insieme di legge e di sua concretizzazione giurisprudenziale-v. di recente, sul punto G. Zagrebelsky, *Il futuro della Costituzione*, in *L'arcipelago del diritto*, cit., 92-? Non è la qualità della legge elemento essenziale del principio di legalità come scolpito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo tanto in ambito civile che in quello penale, inteso come connubio inscindibile fra disposizione e norma interpretata? Quando si dice che legge deve essere chiara precisa e non mostrare incertezze non si fa forse riferimento al connubio indissolubile legge diritto vivente, dando per scontato che la legge non può essere che valida? Quando dunque si parla di giurisprudenza come fonte del diritto lo si fa per rappresentare un'egemonia della seconda sul diritto scritto, una amorfa mutazione genetica dell'ordine giudiziario o al solo scopo di dimostrare che la legge in astratto misura la sua capacità regolatrice solo se e quando essa viene applicata?

Ed allora sembra difficile pensare che il diritto sia un'astrazione che vive senza la giurisprudenza e immaginare una calcolabilità del diritto senza la sua concretizzazione pur con il grado di incertezze che l'attuale sistema, proprio per effetto dell'avvento dello Stato costituzionale reca naturalmente con sé (cfr. ancora, G. Pino, cit.)? Interrogativi ai quali Gentili e Rordorf hanno offerto le loro intense risposte.

Ma se si vuole andare a fondo nel ragionamento sembra possibile davvero riconoscere che tra le due alternative, fra le due campate, in apparenza polari, vi sia in realtà la possibilità di originare un ponte di collegamento capace di mantenere entrambe le prospettive, collegandole e dando il giusto peso che esse meritano. Ciò nella prospettiva che la polarità non significa incomunicabilità ma invece collegamento inestricabile, al punto che un polo non può esservi se non vi è il contrario. Insomma due prospettive inverse che tuttavia si tengono, dialogano, si confrontano, prediligendo l'idea dell'*et et* a quella dell'*aut aut*.

Ed in effetti, Gentili e Rordorf sembrano tracciare la strada per il recupero di un dialogo quando entrambi riconoscono la centralità dell'interpretazione nel fare diritto e quando, appunto, sentono come forte l'anelito ad una giustizia prevedibile, salvo a ragionare sul fine e confine della stessa e sul valore che testo e contesto debbano "giocare" nell'attività ermeneutica.

E che sia appunto Rordorf a scandagliare il tema della valenza nomofilattica dei precedenti non sembra altro significare che nel giudice è richiesta una notevole e spiccata dose di consapevolezza del ruolo che egli è, oggi più che mai, chiamato a svolgere.

Un ruolo che lo fa elemento al contempo rappresentativo della giustizia, ogni volta che decide un caso posto alla sua attenzione, ma anche elemento di un più complesso meccanismo del "sistema giustizia" nel quale non può né deve dimenticare di essere parte di – e della posizione che egli occupa in – quel sistema. Di guisa che la decisione che egli adotta, potenzialmente destinata a divenire giudicato per chi la reclama e per chi la subisce, non può non richiedere nel suo autore una notevole consapevolezza di quanto essa sia in grado di condizionare la vita, l'esistenza, gli interessi dei destinatari e che per ciò

stesso non può essere frutto delle “invenzioni” del giudice ma deve essere agganciata alla legge, al senso che essa ha, alle regole dell’interpretazione al cui interno occupano uno spazio non marginale i valori fondamentali delle Carte dei diritti costituzionali – *id est* nella Costituzione e nelle Carte dei diritti di matrice sovranazionale – soprattutto applicati e interpretati in funzione nomofilattica dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Il che non sottrae certo il giudice alla garanzia della soggezione soltanto alla legge che la Costituzione gli offre, ma lo responsabilizza al fine di garantire che quella guarentigia sia usata attingendo al massimo livello alle fonti scritte e del diritto vivente in modo da offrire al destinatario della risposta giudiziaria un risultato chiaro, intelligibile, persuasivo anche se, a volte, in dichiarato contrasto con l’indirizzo più o meno consolidato della giurisprudenza di legittimità.

Quella stessa esigenza che emerge, forte, nelle parole del presidente Rordorf espresse nella domanda a lui non rivolta ma da lui proposta, alla quale sembrano parimenti ispirate quelle dell’art. 193 del codice di procedura civile, quando impongono al c.t.u. che giura “di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere al giudice *la verità*”.

Una prospettiva quella dei poteri officiosi del giudice che, a dire delle S.U. civili-Cass. S.U. n. 3086/2022-, mostra una visione del processo che si orienta per disegno costituzionale in direzione della tendenziale giustizia della decisione e che in questa logica autorizza dunque il giudice a rilevare anche officiosamente i predetti fatti.

Un modello processuale che, proseguono le Sezioni Unite, “nel conferire al giudice il potere di promuovere d’ufficio i mezzi istruttori che vi sono disciplinati e nel veicolare l’esercizio in funzione di un’esigenza particolarmente qualificata che si riassume nel concetto di indispensabilità” ..., concorrono a delineare un modello processuale che nel corrente assetto costituzionale appare saldamente orientato in modo da garantire il primario valore della giustizia della decisione”.

Prospettiva alla quale chi scrive sente di aderire senza riserve e che vorrebbe lasciare da parte le piramidi ed i suprematismi quanto i portatori di verità assolute; prospettiva tesa, invece, a fare rete fra i tanti *costruttori di verità* che animano il corpo sociale ed a coglierne la reciproca indispensabilità, in un clima che deve essere, come ha scritto di recente Tommaso Greco, improntato alla fiducia (T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, 2021).

Sarà, forse, la scommessa rappresentata dall’Intelligenza artificiale nel diritto a mettere ancora una volta alla prova le certezze ed incertezze che assalgono il giurista sul suo ruolo nell’attuale società.

Grazie al Prof. Gentili ed al Presidente Rordorf per le loro riflessioni.

