



Secondo seminario annuale del “Gruppo di Pisa” con i dottorandi delle discipline giurispubblicistiche
Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali
Università di Roma Tre
20 settembre 2013

ANTONIO GUSMAI

ERMENEUTICA E INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE NELL’EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO

<<Anche i propri pensieri non è possibile restituirli completamente in parole>>

(F. W. NIETZSCHE, *La gaia scienza e Idilli di Messina*, Milano, 1965, libro III, af. 244)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Costituzione e interpretazione: alcuni (primi) rilievi di teoria generale. – 3. La dimensione giudiziaria dell’interpretazione costituzionale. Il rapporto tra *legis-latio* e *ius-dictio* nello Stato costituzionale di diritto. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Introduzione.

Lo studio si propone di approfondire, in una prospettiva teorico-generale, gli effetti e le conseguenze che, nel nostro ordinamento, derivano dall’utilizzo del controverso canone dell’interpretazione costituzionale¹ da parte dei giudici comuni, in ragione delle nuove e molteplici possibilità interpretativo/applicative consentite dal testo della Costituzione sin dal momento della sua entrata in vigore.

La *dimensione giudiziaria* della Costituzione ed il conseguente incremento delle possibilità interpretative che la <<densità del potenziale normogeno>>² della gran parte delle disposizioni costituzionali dischiude agli interpreti cd. “qualificati” ha, infatti, nel tempo inciso notevolmente non solo sul rapporto tra giudice comune e Corte costituzionale³

¹ Sul tema, per molti aspetti preliminare alla presente indagine, circa la specificità dell’interpretazione costituzionale, si rinvia, qui, almeno agli scritti di F. MODUGNO, *Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, in id., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 199 ss.; G. U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 17 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, ivi, 41 ss.; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, ivi, 83 ss.; A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in www.constituzionalismo.it, fasc. 2/2007; ID., *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3251 ss.; R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, ivi, 1373 ss.; ID., *Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 743 ss.; ID., *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2004; R. NANIA – P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, IV, 2006, 3207 ss.; A. LOIODICE, *Costituzionalismo latino, attuazione ed interpretazione costituzionale*, in P. GIOCOLI NACCI – A. LOIODICE, *La Costituzione tra interpretazione e istituzioni*, Bari, 2004, 109 ss.; A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, Padova, 2002, 261 ss. Da ultimo, si vedano le non poche pagine (1291) di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011, contro le dottrine correnti dell’interpretazione costituzionale in cui si propone di tornare a interpretare la Costituzione come se fosse una mera legge ordinaria, in tal guisa, secondo l’A., potendo divenire presumibilmente capace di essere comprensibile ad un numero sempre maggiore di destinatari, primi fra tutti i cittadini. Sostanzialmente si sostiene di applicare, all’interpretazione della Costituzione, i criteri interpretativi dell’art. 12 delle Preleggi e dell’art. 28 l. n. 87/1953, al fine di eliminare l’interpretazione costituzionale e il conseguente controllo di ragionevolezza ex art. 3 Cost. Su quest’ultima tesi, cfr. le critiche mosse da M. BARBERIS, *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, nonché l’ulteriore replica dell’A., *Honni soit qui mal y pense. Una prima risposta (e qualche domanda) a Mauro Barberis*, entrambi consultabili in www.constituzionalismo.it, fasc. n. 1/2012. Per ulteriori approfondimenti sul tema dell’interpretazione, si rinvia, più in generale, agli autorevoli scritti di E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in A. CICU – F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980, I; M. DOGLIANI, *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982; R. ALEXYS, *Interpretazione giuridica* (voce), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, 1996.

² L’espressione è di R. NANIA-P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, op. cit., 3209.

³ Cfr., sul punto, *Il seguito delle decisioni interpretative ed additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, a cura dell’Ufficio studi della Corte costituzionale, in www.cortecostituzionale.it, e la relativa *Relazione illustrativa* di E. LAMARQUE, nonché le successive



ma, anche e soprattutto (ed è questo forse l'aspetto più complesso e delicato dell'indagine), nei rapporti tra giurisdizione (intesa come organo di mera applicazione del diritto) e legislazione (intesa come esclusivo organo della produzione normativa), minando in tal guisa quantomeno la tradizionale e più rigida concezione del principio della separazione dei poteri⁴.

Di fatti, nello svolgimento della comune attività giurisdizionale, ossia nella fase interpretativo/applicativa del diritto, è difficile oggi ignorare che il dovere⁵ d'interpretazione conforme a Costituzione⁶ - imposto ai giudici sin dall'ormai icastica e celeberrima asserzione della Corte costituzionale⁷ secondo la quale <<le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali>> - non di rado costringe i giudici ad un approccio diretto⁸, in chiave

osservazioni sul tema di F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su "Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali - anni 2000-2005"*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, op. cit., 275 ss.

⁴ Sul delicatissimo equilibrio tra poteri dello Stato e, in particolare, in merito al rapporto problematico che si determina, alla luce del fenomeno interpretativo, tra potere legislativo e potere giudiziario, cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. COMADUCCI e R. GUASTINI, Torino, 2004, I.

⁵ Nella pratica sembra essere divenuto sostanzialmente un obbligo, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici. Si vedano, in merito, le Relazioni dei Presidenti della Corte costituzionale F. AMIRANTE e U. DE SIERVO per gli anni 2009 e 2010, a cura del Servizio studi della Corte costituzionale in www.cortecostituzionale.it. Discetta di "dottrina del dovere di interpretazione conforme" A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Relazione conclusiva al Seminario "Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici", Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009, leggibile in www.cortecostituzionale.it, § 12.

⁶ Sul tema la dottrina è assai vasta. Per i più recenti contributi, cfr. F. MODUGNO, *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. CERRI - P. HABERLE - M. JARVAD - P. RIDOLA - D. SCHEFOLD, *Il diritto tra interpretazione e storia*, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cerati, III, Roma, 2011, 317 ss.; ID., *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.*, 2010, 1961 ss.; E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 1843 ss.; ID., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relazione presentata al Convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca dal titolo "La fabbrica delle interpretazioni conformi", Milano, 19-20 novembre 2009, ora in www.astrid-online.it; M. RAVERAIRA, *Le critiche all'interpretazione conforme: dalla teoria alla prassi un'incidentalità "accidentata"?*, ivi, 1968 ss.; G. SERGES, *Interpretazione conforme e tecniche processuali*, ivi, 1973 ss.; B. CARAVITA, *Verfassunginterpretation in Italien*, consultabile in www.federalismi.it; G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentratore*, reperibile in www.federalismi.it; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 201 ss.; D. SCHEFOLD, *L'interpretazione conforme alla Costituzione*, ivi, 227 ss.; G. SORRENTI, *La Costituzione sottointesa*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, atti del Seminario svoltosi presso la Consulta il 6 novembre 2009, Milano, 3 ss.; ID., *Le dinamiche dell'interpretazione conforme tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione*, in *Studium*, 2008, 284 ss.; ID., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; ID., *Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero ...l'insostenibile leggerezza della legge*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giustizia costituzionale*, Napoli, 2006, 465 ss.; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, consultabile in www.gruppodipisa.it; ID., *Alcuni eccessi nell'uso della <interpretazione conforme a ...>*, in *Giur. cost.*, 2007, 1206 ss.; ID., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una rilettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in A. PACE, (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 903 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ...anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in AA.VV., *Scritti in memoria di G.G. Florida*, Napoli, 2009, 677 ss.; M. D'AMICO - B. RANDAZZO (a cura di), *L'interpretazione conforme e tecniche argomentative - Atti del Convegno annuale 2008 del Gruppo di Pisa*, Torino, 2009; G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli, 2009, 1305 ss.; V. SCIARABBA, *L' "interpretazione conforme" tra sindacato diffuso (su "norme") e ipotesi di "graduazione della costituzionalità": spunti di riflessione*, in E. BINDI - M. PERINI - A. PISANESCHI, (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale - Atti del Convegno annuale 2007 del Gruppo di Pisa*, Torino, 2008, 481 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008; A.M. NICO, *L'accentrato e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, ora consultabile anche in *Studi in onore di Giuseppe G. Florida*, Napoli, 2009, 413 ss.; R.G. RODIO, *L'interpretazione costituzionalmente adeguata nel sistema spagnolo*, Bari, 2004; E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002.

⁷ Il riferimento è alla sent. Corte cost. n. 356/1996, sulla quale si vedano le osservazioni di F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, op. cit., 260, il quale ritiene che l'icastica asserzione di seguito riportata nel testo e più volte ribadita dalla stessa Consulta, sarebbe plausibile soltanto nella prima parte (<<le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali>>), mentre nella seconda non risulterebbe corretta nella parte in cui utilizza il termine "impossibile" (<<ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali>>), dovendosi, secondo l'A., ritenere preferibile utilizzare al suo posto il più consono termine "improbabile" (<<ma perché è improbabile darne interpretazioni costituzionali>>).

⁸ Cfr., sul punto, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, op. cit., 201 ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, op. cit., 2165 ss.



ermeneutica, alla Costituzione, al fine di applicare al caso concreto la norma nel suo significato “adeguato” al testo costituzionale, talvolta forzando, persino, la tenuta stessa del testo legislativo⁹.

Esemplari, sul punto, le parole contenute nella recente pronuncia¹⁰ della Corte costituzionale n. 1/2013. Essa, avente ad oggetto il conflitto di attribuzioni tra la Procura di Palermo e l'Ufficio della Presidenza della Repubblica, al *considerato in diritto* n. 8.1 così dispone: <<E' appena il caso di osservare, inoltre, che in tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa. La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria - determinandone la illegittimità in caso di contrasto - ma contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire ad ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali, sollevando la questione di legittimità davanti a questa Corte solo quando sia impossibile, per insuperabili barriere testuali, individuare una interpretazione conforme. Naturalmente allo stesso principio deve ispirarsi il giudice delle leggi.

La conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela>>.

Pertanto, di seguito, saranno brevemente trattate ed esposte alcune preliminari riflessioni sugli effetti e sulle principali conseguenze ordinamentali che sembrano determinarsi nel momento pratico della fase interpretativo/applicativa del diritto, frangente tipico in cui l'attività ermeneutica del giudice non può che essere diretta, caso per caso, ad adeguare la legislazione alla superiore legalità costituzionale.

Effetti e possibili conseguenze che, come più avanti si tenderà di mettere in evidenza, coinvolgono di riverbero, e per aspetti affatto secondari, la tradizionale dogmatica concezione della teoria delle fonti (di produzione reale, effettiva¹¹) del diritto¹².

⁹ Si pensi, tra le tante, alla nota vicenda del caso Englaro - cfr. Cass. n. 21748/2007 - in cui l'articolato giudizio si è svolto sostanzialmente in uno scenario caratterizzato dalla presenza di lacune legislative colmate sia attraverso l'applicazione diretta della Costituzione che mediante raffinate operazioni ermeneutiche del giudice di legittimità, difficilmente riconducibili ad una mera logica applicativa della legislazione. In merito, cfr. F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011, 124 ss.

¹⁰ Per alcuni, tra i primi commenti sulla sentenza, si rinvia ad A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, consultabile in www.associazionedeicostituzionalisti.it, N° 1/2013; F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in www.giurcost.org; S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013: il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire funzioni di unità*, in www.forumcostituzionale.it; M. C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; A. A. DEMMING, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Più in generale, sul tema delle intercettazioni di comunicazioni, cfr. C. PANNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, I, Bari, 2012, 957 ss.

¹¹ Sul principio di effettività, sulla possibilità di assumere quest'ultimo a meccanismo idoneo a frenare la concezione statica di subordinazione del diritto alla politica, come se il diritto fosse un fenomeno (prima ancora che una scienza) ad essa meramente ancillare, riconducibile esclusivamente, nelle sue manifestazioni, agli atti formali imposti da una presunta e onnipotente volontà generale, cfr. P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 420 ss., secondo il quale <<la voluntas di chi detiene il potere legislativo tanto più vale quanto più è razionalizzata dalla realtà della vita dell'ordinamento, convalidata dalle conferme della sua validità>>. Sul punto, cfr. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, opera nella quale è stata lucidamente rilevata la necessità, in un sistema costituzionale, di ricercare la radice e il fondamento ultimo della Costituzione in una determinata realtà sociale “dominante”. Si veda, inoltre, S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1902), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 29 ss.; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1964; F. MODUGNO - A. CERRI, *Rassegna critica sulle nozioni di efficacia e di effettività*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, vol. III, Milano, 1970, 311-327; G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, *ad vocem*. Più di recente, cfr. N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009; G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009; G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 35 ss.; A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, ult. ed. 2010, 108 ss. Per un'analisi incentrata sul problema dell'effettività del diritto di difesa nella fase della tutela giurisdizionale, si vedano gli scritti di R. G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, in *Riforme e attuazione costituzionale*, Collana diretta da P. GIOCOLI NACCI - A. LOIODICE, Padova, 1990.



2. Costituzione e interpretazione: alcuni (primi) rilievi di teoria generale.

Alla luce di tanto, ossia nel momento in cui la Costituzione diventa <<strumento per l'interpretazione della legge>>¹³ e si impone al giudice comune - a pena, com'è noto, della dichiarazione d'invalidità della *quaestio de legitimitate* - di ricercare un significato della legge conforme, adeguato alla Costituzione (che <<è fatta soprattutto di principi>>¹⁴), occorre giocoforza chiedersi qual sia, in questo particolare scenario venutosi a creare, la reale funzione del giudice. E' possibile ancora considerarlo, come avrebbe voluto Voltaire, un mero esecutore della volontà parlamentare alla stregua di un automa, "programmato" ad eseguire meccanicamente e aproblematicamente quanto stabilito dalla presunta volontà generale¹⁵ del legislatore? Verrebbe, *prima facie*, di rispondere affermativamente, nel senso che in ogni caso, il giudice, leggendo (isolatamente) l'art. 101, comma 2, della stessa Costituzione¹⁶ - il quale dispone che <<i>giudici sono soggetti soltanto alla legge>> - se non è possibile considerarlo un mero notaio del legislatore, comunque non gli sarebbe consentito di andare oltre quanto desumibile dal testo delle disposizioni legislative. Ma, se così fosse, e mettendo per ora da parte le pur considerevoli difficoltà connaturate all'idea, a tratti ingenua, di poter esattamente circoscrivere la portata semantica di un testo legislativo, bisognerebbe pure provare a rispondere ad un'ulteriore domanda che legittimamente ne consegue: come si concilia, concretamente, questo vincolo di soggezione alla legge con il dovere di interpretazione conforme imposto al giudice comune dalla Consulta? Se, ad esempio, nel giudizio *a quo*, il giudice si accorge che una disposizione legislativa, per come "interrogata" dal caso di specie, appare incostituzionale ma che, attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, adeguando cioè la disposizione (sostanzialmente andando anche oltre il dettato legislativo) ad uno o più principi normativi della Carta fondamentale è possibile "salvarla", ritenerla legittima, e decide di non sollevare la questione di legittimità, avendo ascritto egli stesso (scegliendo tra) uno dei possibili significati compatibili con la Costituzione; alla luce di tanto, come deve intendersi e quale senso deve assumere, in tale contesto, l'art. 101, comma 2, Cost.?

¹² In teoria generale, fonti del diritto sono <<*i fatti (in senso ampio, comprensivo degli atti) che producono le norme o regole di condotta e le norme o regole costitutive, dai quali si ricava l'ordinamento, indipendentemente dalla provenienza o qualificazione di tali fatti ad opera di altre norme contenute nello stesso ordinamento*>>. Così F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, 134. Più precisamente l'A. distingue, ancorché in un'ottica complementare, tra una nozione <<teoretica>> di fonti (da ultimo testualmente poco sopra riportata) e una nozione <<dogmatica>> secondo la quale <<sono considerate fonti del diritto tutti e solo quegli atti o fatti che una norma, appartenente all'ordinamento preso in considerazione (cd. norma di riconoscimento), qualifica come fonti>>. La summa divisa delineata dall'autorevole studioso appare, come si vedrà, assai opportuna, potendo tornare utile a comprendere meglio gli equilibri tracciati tra *legislatio* e *iuris-dictio* alla luce della tesi, di seguito in forma semplice e provvisoria sostenuta, della *necessaria codeterminazione dei due organi* (legislativo e giudiziario) *nella produzione effettiva del diritto*, determinata soprattutto a causa del "dovere" di conformazione (incombente su tutti i giudici) della legge alla Costituzione nella risoluzione dei casi pratici. La nozione <<teoretica>>, infatti, tiene conto del fenomeno giuridico nella sua più concreta espressione dinamica, in tal modo inglobando, nel più vasto e complesso problema relativo alla conoscenza di ciò che è diritto, le "fonti" da cui effettivamente "sgorgano" le norme giuridiche. Più in generale, <<al concetto di diritto si contrappone sempre la realtà del diritto, sicché del concetto di diritto si può fornire solo una versione parziale, strumentale rispetto ai fini da perseguire, in via convenzionale diffusamente condivisi. Appare pertanto insufficiente sia il concetto meramente descrittivo del diritto fornito dal gius-positivista, sia la prospettiva esterna del gius-naturalista, che passa oltre le specificazioni concrete dei suoi principi eternamente evocati>>. Così M. CARDUCCI, *Tecniche costituzionali di argomentazione normazione comparazione*, Lecce, 2003, 26.

¹³ Così M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, *op. cit.*, 905.

¹⁴ Sono queste le parole utilizzate, come visto poco sopra, dalla Corte cost. nella sentenza n. 1 del 2013, al *considerato in diritto* n. 8.1.

¹⁵ Come ricorda G. AZZARITI, in *Diritto e conflitti*, *op. cit.*, 391, nota 295, <<La categoria della <volontà generale> fa la sua prima comparsa negli scritti di Rousseau subito dopo la pubblicazione del secondo Discorso, nella voce *Economie politique* redatta nel 1775 per l'*Encyclopédie* di Diderot (trad. it. con il titolo *Discorso sull'economia politica*, in *ID.*, *Opere*, 97 ss., spec. 101 ss.>>. L'A. evidenzia che l'espressione <<volontà generale>> non viene concretamente spiegata dallo stesso Rousseau, restando, pertanto, sostanzialmente una categoria assoluta e trascendente mitizzata nel tempo, che non si regge su alcuna base materiale.

¹⁶ Per una lettura critica dell'art. 101, comma 2 Cost., si rinvia agli studi di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008. Inoltre, le implicazioni dell'art. 101 Cost. sono fatte oggetto di approfondita disamina in R. GUASTINI, *Il giudice e la legge. Questioni di interpretazione dell'art. 101 Cost.*, in *Studi in onore di M. Mazzioni Di Celso*, I, Padova, 1995, 234 ss. Con particolare riguardo al principio di legalità, cfr. S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973. Mette in rilievo le - almeno apparenti - antinomie del sistema costituzionale della Magistratura, V. ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 47.



Sembra potersi affermare che la contraddizione, per quanto forte, sia soltanto apparente. Di fatti, a causa del passaggio dallo Stato di diritto (fondato sul primato della legge) allo Stato *costituzionale* di diritto¹⁷ (fondato sul primato della Costituzione rigida, assistito dal sindacato di costituzionalità sulle leggi), i giudici si trovano ad esercitare le loro funzioni in un ordinamento in cui la legalità non può più essere concepita - salvo a degradare la Costituzione a mera Carta dei diritti sei-settecentesca, in cui i cataloghi dei diritti, per usare l'espressione sprezzante adottata da Santi Romano in un celebre saggio¹⁸, erano piuttosto dei “catechismi” filosofico-politici destinati a galleggiare sulla società nella loro voluta astrattezza - come legalità-legale, ossia governata dalla sola legge ordinaria, bensì deve essere intesa come legalità-costituzionale. Ne consegue che il giudice non è più sottoposto soltanto alla legge ma anche e soprattutto alla Costituzione e, pertanto, su di lui, non può non gravare l'obbligo di verificare che la legislazione, applicata a casi concreti, risulti conforme alla superiore legalità espressa dai principi fondamentali della Costituzione¹⁹.

Il vecchio e mai risolto problema della natura “creativa” della giurisprudenza negli ordinamenti di *civil law*²⁰ - che generalmente trova la sua più macroscopica espressione in tutti quei casi di “vuoto legislativo” - si ripresenta prepotentemente negli ultimi anni a fronte, come visto, dell'obbligo che i giudici hanno di “sforzarsi” di ricercare una interpretazione compatibile della legislazione con la Carta fondamentale. Condizione, questa, che come è stato sottolineato da più parti in dottrina, comporta il rischio di una trasformazione del giudizio di costituzionalità da “misto” a tendenzialmente “diffuso” e che - in estrema ipotesi - tenendo conto del (solo) meccanismo incidentale di accesso alla Corte Costituzionale che caratterizza il nostro ordinamento, qualora tutti i giudici dovessero paradossalmente ritenere di poter fare a meno di adire incidentalmente quest'ultima, in quanto capaci da sé di adeguare la legislazione alla superiore legalità costituzionale o, più realisticamente, anche solo per evitarne lo <<schiaffo della declaratoria di inammissibilità>>²¹, si trasformerebbe irrimediabilmente in un controllo “diffuso” secco²².

¹⁷ Sul punto, cfr., almeno, C. FARALLI, *Stato*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. BARBERA, Roma-Bari, ult. ed. 2011, 185 ss.; P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e postmoderna*, in *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Scritti in onore di Enzo Cheli, a cura di P. CARETTI - M. C. GRISOLIA, Bologna, 2010, 35 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in ID. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari-Roma, 2005, spec. 3, 14 ss.; nonché il primo capitolo di G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005. Parla di <<costituzionalizzazione>> dell'ordinamento giuridico R. GUASTINI, *La <<costituzionalizzazione>> dell'ordinamento italiano*, in <<Ragion pratica>>, Bologna, 1998, N° 11, 185 ss., intendendo, con tale termine, il processo di progressiva penetrazione della Costituzione all'interno di tutti i livelli normativi inferiori, con un'azione pervasiva capace di condizionare la legislazione, la giurisprudenza e la dottrina.

¹⁸ S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, op. cit., 165. Sul punto, cfr. P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 26.

¹⁹ In tal senso cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, op. cit., spec. 102 ss.

²⁰ In merito alla possibilità di considerare la giurisprudenza come “creatrice” di diritto nel nostro ordinamento costituzionale, cfr., almeno, le opere L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, spec. 201 ss.; G. GORLA, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 489 ss.; M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in AA.VV., *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, 387 ss.; M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995; G. SARTORI, *Il precedente giudiziale*, in <<Contratto e impresa>>, 1996, 1300 ss.; M. CAVINO, *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente*, in <<Diritto e società>>, 2001, 159 ss.; P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziario: tre esercizi di disincanto*, in <<Analisi e diritto>>, a cura di P. COMADUCCI - R. GUASTINI, 75 ss.; A. PIZZORUSSO, *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, consultabile in www.costituzionalismo.it, 2007; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, spec. 297 ss. Inoltre, sul tema, assai dibattuto, circa il valore da attribuire al precedente giudiziario negli ordinamenti di *civil law*, si rinvia, qui, per una panoramica esaustiva, a V. MARINELLI, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, voce *Precedente giudiziario*, VI, Milano, 2002, 871 ss., oltreché alla nutrita bibl. *ivi cit.* Ci sembra, da ultimo, interessante ricordare come uno tra i maggiori rappresentanti dell'ermeneutica giuridica, Josef Esser, di ritorno da un soggiorno di studi negli Stati Uniti, iniziò già da tempo a sostenere che anche negli ordinamenti di *civil law* il giudice, quando applica la legge, partecipa creativamente al processo di produzione del diritto. Secondo Esser, lo strumento di questa creazione di diritto è soprattutto l'elaborazione di *principi*, tipi di norme sulle quali lo studioso tedesco, evidenzia M. BARBERIS, in *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, ult. ed. 2011, 78, attira l'attenzione dei giuristi continentali almeno un decennio prima di Ronald Dworkin. In merito, cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung*, Tübingen, Mohr, 1956, spec. 51 ss. In lingua italiana, dello stesso A., cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), trad. it. a cura di S. PATTI e G. ZACCARIA, Napoli, 1983, spec. 113 ss.

²¹ Così M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisprudenza. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, riv. N° 3/2012, 8.

²² Sul punto, cfr. le riflessioni di A. M. NICO, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, op. cit., spec. 205 ss.



Se a tutto questo si aggiunge che, già dalla seconda metà del Novecento, grazie alle opere di tre grandi giuristi²³ (A. Ross, H. Kelsen e H. L.A. Hart), si è affermata, in teoria dell'interpretazione, la *tesi della non biunivocità* della relazione tra enunciato e significato o, per meglio dirla con le parole del Crisafulli, tra disposizione e norma²⁴, risulta oggi ancora più difficile ritenere esistenti disposizioni di legge che, per quanto apparentemente “chiare” nella loro formulazione, possano esprimere un significato univoco al cospetto dei principi costituzionali. Infatti, le disposizioni stesse necessitano, più di ieri, di essere intessute in un *contesto*²⁵ costituzionale intriso di valori e principi, la lettura dei quali è strettamente legata al particolare momento storico e, dunque, alla cultura socio-economico-politica prevalente al momento dell'interpretazione. Del resto, è stato detto, quando si parla di interpretazione conforme a Costituzione, si ha sempre a che fare con una *duplex interpretatio*. L'attività ermeneutica si svolge lungo due piani diversi, sebbene necessariamente connessi, ossia attraverso il confronto fra testo (e dunque poi norma) a livello legislativo e testo (e dunque norma) a livello costituzionale²⁶. Cosicché, non solo da una *disposizione* (enunciato ancora da interpretare) possono derivare più *norme* (il contenuto di senso e dunque il significato delle disposizioni, una volta che esse siano state interpretate e dunque riformulate dall'interprete), e una singola norma può derivare da più disposizioni ma, soprattutto, quel che più rileva ai nostri fini è che ogni operazione ermeneutica del giudice comune non può prescindere dall'interpretazione dei principi costituzionali volta a volta “stimolati” dalla ricchezza dei casi pratici.

Tutte queste condizioni, per quanto qui sommariamente descritte, non possono non ripercuotersi (in senso ampliativo) sulla discrezionalità del giudice nella scelta del significato da attribuire alle disposizioni da applicare al caso da decidere. La rottura della biunivocità disposizione/norma, ancor prima che prendesse piede nel nostro ordinamento la tecnica dell'interpretazione conforme, ha avuto il merito di aver messo definitivamente in crisi la teoria che sin dall'avvento del giuspositivismo (da von Savigny a J. Austin) era stata dominante²⁷. Il riferimento è alla nota teoria cd. <<cognitivistica>> o <<formalistica>> dell'interpretazione²⁸ secondo la quale l'interpretazione è un atto di <<scoperta>> o <<conoscenza>> e, pertanto, il significato di ogni disposizione deve ritenersi incorporato ai testi normativi, precostituito all'interpretazione, la quale consiste dunque nel portarne alla luce semplicemente il significato oggettivo preesistente, cristallizzato in un testo da un mitologico legislatore. Il principale corollario di questa dottrina - la quale sembra miri a *prescrivere* ciò che l'interpretazione dogmaticamente dovrebbe essere piuttosto che *descrivere* ciò che l'interpretazione è effettivamente - è che ogni testo normativo è suscettibile di una, ed una sola, interpretazione vera, ed ogni questione di diritto è suscettibile di una ed una sola “*right answer*”²⁹.

²³ Il riferimento è, come intuibile, alle opere di A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), trad. it. a cura di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Torino, ult. ed. 2001; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. a cura di G. LOSANO, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, ult. ed. 2000; H. L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. a cura di M. A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, ult. ed. con poscritto dell'autore, 2002.

²⁴ Sui diversi e fondamentali concetti di “disposizione” e “norma”, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, 1984, 39 ss., cui si deve la distinzione terminologica entrata nell'uso dei costituzionalisti. Secondo G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, op. cit., 63, <<il vocabolo “norma” è ingannevole. L'interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto precostituito all'attività dell'interprete, ma ne è anzi il risultato; prima dell'attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme [...] “norma” significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione>>.

²⁵ Per la rilevanza giuridica dei “contesti” non soltanto normativi ma anche sociali, cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1979, 19 ss., il quale, confortato anche dalla pronuncia della Consulta n. 90 del 1966, sostiene che <<fra il sistema delle fonti (detto anche diritto teorico) e il diritto (o diritto vivente) v'è una coincidenza soltanto parziale, in quanto il diritto, pur basandosi sulle prescrizioni offerte dalle fonti, attinge ad elementi in parte estranei (contesti sociali)>>.

²⁶ Sul punto cfr. F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.*, 2010, 1963; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza*, op. cit., 905 ss.

²⁷ In merito, cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, IV, 2006, 3181 ss.

²⁸ Per una chiara ed esaustiva ricostruzione delle varie teorie dell'interpretazione giuridica, si rinvia, qui, almeno a F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, 1 ss.

²⁹ Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986), trad. it. *L'impero del diritto*, Milano, 1989, *passim* e 159, 168 ss., secondo cui vi sarebbe sempre la corretta risposta a ogni quesito giuridico, risposta che può essere individuata dai giudici attraverso la considerazione dei principi morali e politici immanenti alla comunità di riferimento; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, op. cit., 27 ss.



Dal superamento della tesi della biunivocità, più concretamente, ne discende invece che tanto nel momento della determinazione del significato degli enunciati normativi, quanto nell'applicazione di questi ultimi a casi specifici è indispensabile richiamarsi ad un'idea di interpretazione più ampia di quella che si riferisce ad un'attività meramente cognitiva, idonea a ricomprendere non soltanto aspetti di conoscenza ma anche di *decisione* e, pertanto, di *volontà* dell'interprete. Da ciò consegue una concezione dell'interpretazione come attività intellettuale che non può intendersi come in assoluto esclusiva dell'attività di *ascrizione* di significato agli enunciati da parte dell'interprete. Come è stato già messo in evidenza dagli studi dell'ultimo Wittgenstein³⁰, l'applicazione include e presuppone come sua parte integrante l'interpretazione, che a sua volta contiene in se stessa tanto un aspetto cognitivo, quanto un aspetto *ri-formulativo* e *ri-produttivo*.

D'altro canto, e sul piano più strettamente giuridico, è connaturata all'obbligo istituzionale che investe il giudice di decidere il caso a lui sottoposto la possibilità di ascrivere un significato non desumibile direttamente dal testo delle disposizioni legislative, purché conforme a Costituzione. Sotto quest'ultimo profilo, è appena il caso di osservare che il problema sostanziale del decidente consiste nel fatto di non disporre della libertà di poter autonomamente scegliere di restarsene in disparte. In relazione ad un caso concreto, il giudice deve sempre necessariamente decidere. Infatti, nella dimensione giudiziaria del diritto, l'eventuale "silenzio" del magistrato non può mai assumere altro significato diverso da quello di un comportamento gravemente omissivo sanzionato dall'ordinamento. Anche alla presenza di forti incertezze normative, quando non di veri e propri vuoti legislativi, il giudice è dunque costretto a pronunciarsi³¹. *De iure condito*, mentre al di fuori dell'attività giurisdizionale, il silenzio serbato dagli organi pubblici può assumere per il diritto vari significati - basti pensare, qui, alle diverse figure di silenzio previste dal diritto amministrativo - l'intelligenza del silenzio è invece totalmente sconosciuta al giudice. Quest'ultimo, infatti, a causa dalla rigida scansione di tempi e modi di esercizio della sua attività - disciplinata rigorosamente dal diritto processuale - è necessariamente tenuto a seguire un percorso obbligato destinato a sfociare nella decisione conclusiva della fase o del grado di giudizio.

Tutto ciò, che piaccia o no, è legato ad ineludibili esigenze concrete di giustizia - dettate dalla necessità di decidere il caso *sub iudice* con una pronuncia dirimente, avente l'attitudine ad acquisire la forza del giudicato - che non possono pertanto non tradursi, per l'organo giurisdicente, in un materiale obbligo giuridico di *integrare* quanto manca sul piano della legislazione ordinaria con i principi della Costituzione, interpretati in relazione ai sempre nuovi fatti sociali portati a conoscenza del giudice dalle parti processuali oltreché, in casi eccezionali, rilevabili dallo stesso organo autonomamente d'ufficio³².

Tuttavia, tale integrazione, come visto e come meglio si cercherà di spiegare più oltre, non costituisce l'effetto di una scelta arbitraria o irrazionale degli organi dell'applicazione (che sono, invece, obbligati a decidere sempre e comunque), quanto piuttosto la fisiologica conseguenza, prevista dall'ordinamento, della strutturale insufficienza

³⁰ Il riferimento è all'opera di L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen* (1953), trad. it. di M. TRINCHERO, *Ricerche filosofiche*, Torino, ult. ed. 2009, a cui si deve la nozione di "gioco linguistico", attraverso la quale il filosofo austriaco, considerato il caposcuola della filosofia analitica, capovolge completamente la sua visione del linguaggio espressa nel suo precedente studio racchiuso, come è noto, nell'unico libro filosofico che egli abbia pubblicato in vita. Si tratta di L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1921), trad. it. di A. G. CONTE, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, ult. ed. 2009. In particolare, sin dalle prime pagine delle *Ricerche filosofiche*, Wittgenstein sostiene che quasi mai le parole funzionano come nomi, ossia come etichette che incolliamo in modo rigido ed univoco sugli oggetti. Sia nel linguaggio scientifico sia (e in misura ancora maggiore) in quello ordinario (utilizzato dal diritto), le parole si configurano piuttosto come mobili costrutti, come fluidi strumenti il cui significato muta in rapporto alle funzioni specifiche cui sono destinati. Cosicché, in tal modo, è proprio la funzione pratica del linguaggio che viene concepita, a differenza che nel *Tractatus*, in maniera totalmente innovativa: una maniera non più univoca, ma pluralistica. Infatti, mentre la teoria tratteggiata nel *Tractatus* assolutizzava la funzione *raffigurativo-denominativa* del linguaggio, il "nuovo" Wittgenstein ritiene invece che <<con le nostre proposizioni noi facciamo le cose più diverse>>, *Ricerche filosofiche*, op. cit., 23.

³¹ All'uopo, si pensi, rispettivamente, al combinato dell'art. 101 Cost. con l'art. 12 Preleggi, comma 2 (divieto del *non liquet*), e all'art. 3 della l. 117/88 il quale, assieme all'art. 328 c.p., sanziona il cd. diniego di giustizia.

³² Si pensi, a tal proposito, alla portata dell'art. 507 c.p.p., il quale contribuisce a delineare, nel nostro ordinamento, un sistema processuale penale di stampo solo "tendenzialmente" accusatorio, consentendo al giudice del dibattimento di assumere d'ufficio, <<se risulta assolutamente necessario>>, l'assunzione di nuovi mezzi di prova. Sulle caratteristiche e sulle differenze tra sistema <<accusatorio>> e sistema <<inquisitorio>>, si rinvia, qui, almeno a P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, decima ed., 2009, 4 ss.



dell'attività dispositivo/normativa del legislatore³³. Chi legifera - dal monarca assoluto al parlamento più accorto - non è evidentemente una divinità onnisciente; tutt'altro. Il legislatore non può fare a meno della funzione del giudice, *integrativa* delle sue disposizioni nella risoluzione di un caso concreto, poiché essa è la sola in grado di guardare da vicino la reale consistenza dei mutevoli rapporti che volta a volta si determinano nelle complesse realtà sociali dal respiro sempre più globale e dai confini sempre meno governabili dalla produzione legislativa nazionale³⁴.

A tanto, si aggiunga un altro rischio; quello cioè di attribuire al legislatore il potere assoluto di "ingabbiare" la complessità del sociale, *sic et simpliciter*, attraverso l'utilizzo di una "rete" di disposizioni legislative tendenzialmente astratte, generiche e soprattutto statiche nella loro formale testualità, tendente a consolidare i soli interessi di maggioranze politiche instabili e spesso lontane dai reali interessi della società. Al fondo di questa scelta, infatti, anche lì dove si utilizzassero le "maglie" più strette e particolareggiate, filtrerebbero comunque fuori dagli spazi del "reticolato" tutte quelle istanze di giustizia ignorate o non previste dal legislatore che, non essendo state create "*in vitro*" nelle aule legislative o, peggio, nelle segrete stanze di un palazzo di governo, rappresentano pur sempre interessi costituzionalmente meritevoli di tutela.

Per questi motivi, pertanto, alle disposizioni legislative sembrerebbe più appropriato attribuirvi la funzione di "prevedere" la normazione - di "orientare" i comportamenti dei consociati come soprattutto dei giudici nelle concrete attività di giudizio - non considerando le stesse come se fossero già delle norme belle e pronte, dotate di autosufficienza regolativa. Le norme, piuttosto, appaiono il frutto dell'effettivo contatto del diritto con la realtà di cui esso stesso si nutre, attraverso, come si dirà, l'attività di mediazione dell'organo giudicante.

L'interpretazione giudiziaria, dunque, avendo come obiettivo l'applicazione di norme ad un contesto pratico³⁵, implica sempre la necessità di un <<aggiustamento reciproco>> tra grandezze disomogenee come i fatti vitali e le disposizioni normative che li disciplinano³⁶ e, pertanto, l'attività del giudice non può essere meramente ridotta alla meccanica applicazione delle presunte intenzioni degli autori di un testo scritto, sia che si tratti di una legge o di un regolamento, sia *a fortiori* che riguardi la Costituzione, caratterizzata principalmente da enunciati più <<aperti>>, privi di fattispecie, quali sono le disposizioni di principio poste a garanzia del pluralismo³⁷.

³³ Da tutto ciò risulta evidente l'inadeguatezza del metodo sillogistico di rappresentazione del giudizio (conclusione), con la sua tradizionale pretesa di far rientrare il caso concreto (premessa minore) nelle disposizioni generali (premessa maggiore) mediante sussunzione logica. Secondo K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), trad. it. a cura di A. BARATTA, Milano, 1977, 91 ss., <<la premessa maggiore è a sua volta il risultato di una penetrante attività di pensiero giuridico [...] ciò che di solito si chiama metodologia giuridica ha per oggetto in primo luogo il reperimento della premessa maggiore del sillogismo>>. Il punto è stato ulteriormente approfondito da J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, op. cit., 48 e 54, <<I concetti determinanti per il sillogismo devono essere "preparati" in una forma adatta per il significato dell'ordinamento sia dal legislatore come anche da chi applica il diritto, affinché la sussunzione possa dare un risultato conforme alla norma [...] il processo di sussunzione non può assolutamente essere compreso, nel suo significato e nella sua esattezza, come un procedimento esclusivamente o prevalentemente logico [...] La vincolatività dei criteri della fattispecie, così come la rilevanza delle caratteristiche di fatto, è totalmente nelle mani di chi applica il diritto>>.

³⁴ Sul punto, di recente, cfr. M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, spec. 54 ss., ove l'A. parla di <<assenza di legislazione>> e di <<un diritto senza autori>> nell'attuale dimensione globale del diritto. Sul tema della globalizzazione, si rinvia, qui, inoltre, a S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; G. BUCCI, *Diritto e politica nella crisi della globalizzazione*, in *Riv. Democrazia e diritto*, fasc. 2, 2009, 115 ss.; M. DIONIGI, *Globalizzazione e fonti del diritto. Prolegomeni allo studio di una fonte a difesa dell'ordinamento italiano*, Vol. 2, Bari, 2011.

³⁵ L'interpretazione giuridica guarda soprattutto all'applicazione dell'atto normativo al caso concreto. Come è stato autorevolmente rilevato, <<l'interpretare non è soltanto tornare a conoscere una manifestazione di pensiero, ma tornare a conoscerla, per integrarla e realizzarla nella vita di relazione>>. Così E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, op. cit., 4.

³⁶ In tal senso F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2011, 123 ss. Soprattutto, una distinzione netta tra fatto e ipotesi normative, costituirebbe un'astrazione che renderebbe impossibile applicare previsioni normative a casi pratici, in quanto impedirebbe la possibilità di mettere concretamente in contatto le disposizioni del legislatore con la realtà. Lo stesso sindacato di legittimità costituzionale operato dalla Consulta, tradizionalmente ritenuto in dottrina un giudizio astratto su norme giuridiche, sembra piuttosto avere ad oggetto non soltanto norme, quanto <<la comprensione del senso normativo che il giudice a quo ha conseguito in riferimento al fatto in giudizio, assunto come fatto paradigmatico. Ciò dovrebbe indurre a rimediare la diffusa convinzione circa la tendenziale marginalità (se non addirittura irrilevanza) dell'elemento fattuale nel giudizio di costituzionalità>>. Così V. OMAGGIO - G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, 137.

³⁷ Cfr. R. BIN, *La Costituzione tra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 14, 2009, §1



3. La dimensione giudiziaria dell'interpretazione costituzionale. Il rapporto tra *legis-latio* e *iuris-dictio* nello Stato costituzionale di diritto.

In tutte le attività umane, dalla letteratura alla musica, dal diritto alla morale e, più in generale, in tutte le arti e le scienze, tutta l'esperienza è contrassegnata dalla centralità del fenomeno interpretativo, inteso nel suo significato più ampio di operazione intellettuale di apprendimento, di critica e insieme di selezione e giudizio. Per usare un'espressione assai efficace e <<per dirla con uno slogan: *esistere è interpretare*>>³⁸.

L'etimo della parola latina *interpretatio* è oscuro, ma è ragionevole ritenere, sul presupposto del prefisso <<inter>> che la connota, che essa alluda all'idea di mediazione, di luogo intermedio e dunque ad un'attività mediana³⁹. Come è stato detto, <<l'interprete è un soggetto che sta in mezzo e fa da tramite fra parti diverse che devono o vogliono entrare in rapporto>>. Pertanto, l'interpretazione <<è un rapporto a tre lati tra ciò che è interpretato, chi interpreta e il destinatario dell'interpretazione, che può essere un pubblico terzo o può frequentemente essere lo stesso interprete che, in certo senso, si sdoppia in quanto autore e in quanto ricettore dell'interpretazione>>⁴⁰. Detto in altre parole, ciò significa che le disposizioni legislative impongono all'interprete/applicatore uno sforzo di *mediazione* tra il loro senso normativo e la realtà fattuale che esse ambiscono ad ordinare⁴¹, poiché quest'ultima - alla stessa stregua delle disposizioni legislative - rileva quale componente essenziale del diritto, in quanto il testo di una disposizione, considerato di per sé, non è sufficiente ad esprimere da solo una norma giuridica⁴².

Nell'uso giudiziario del diritto, nel quale si manifesta tutto il suo valore pratico, il rapporto fra interpretazione e applicazione è caratterizzato da un *legame d'interdipendenza*⁴³. Più precisamente, nelle complesse dinamiche di un processo, non è pensabile un'attività ermeneutica rivolta agli enunciati normativi fine a se stessa, astratta dai fatti di causa, e pertanto svincolata da una contemporanea applicazione delle disposizioni interpretate al caso concreto da decidere. Tutto ciò è importante rilevare poiché <<nelle concezioni correnti dell'uso giudiziario del diritto, invece, l'applicazione quasi scompare dietro la presenza assorbente dell'interpretazione, che riempie da sola l'intero campo problematico. Tutto ciò che fa problema si concentra nel momento dell'interpretazione, mentre l'applicazione finisce per ridursi a una semplice operazione di logica consequenziale>>⁴⁴. Cosicché, l'interpretazione giuridica, considerata di per sé - che come ha fatto notare Tarello⁴⁵ può essere intesa come a) il processo intellettuale di attribuzione di significato a determinati significanti (*interpretazione come attività*); b) il complesso dei risultati di tali attività (*interpretazione come prodotto*) - rappresenta soltanto uno dei due fondamentali momenti del diritto nella sua dimensione pratica. Il momento applicativo, invece, è necessariamente condizionato dai fatti processuali e, per questa ragione, nell'interpretazione giudiziale, ove sono sempre i "casi" ad "interrogare" il diritto e non viceversa, appare imprescindibile considerare congiuntamente, in funzione reciproca, tanto il momento interpretativo quanto

³⁸ Così G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 127, il quale, proseguendo, sostiene che <<l'interpretare diviene così la struttura stessa della prassi vitale umana, in ogni sua manifestazione concreta>>.

³⁹ Sul punto, cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazione*, op. cit., 3185.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 171 ss.

⁴¹ Secondo l'insegnamento di S. ROMANO, in *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, II ed. curata e riveduta direttamente dall'Autore, 27, la genesi del diritto è nella società, ed è dalle radici della società che emerge pertanto in superficie. Dunque, il diritto, anche se ci appare, *prima facie*, essere <<norma>>, prima di essere tale è <<organizzazione, ordinamento del sociale>>.

⁴² Autorevole dottrina, al fine di evidenziare il duplice carattere sia *normativo* sia *sociale* dell'ordinamento, ha parlato di <<ordinamento giuridico come istituzione normativa e sociale>>, sottolineando, con tale espressione, la necessaria apertura del diritto alla società e dunque alla complessità della realtà sociale. Sul punto, si vedano le pagine di G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, op. cit., 65 ss. In merito al rapporto tra *norma* e *fatto* nella prospettiva ermeneutica del diritto, cfr. la ricostruzione di V. OMAGGIO - G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, op. cit., 116 ss., in cui si legge che <<dal segno (disposizione) si può ricavare una proposizione (norma), la quale, nella sua parte descrittiva, rimanda (senso) alla relazione (funzione) tra l'essere attuativo dell'esigenza di agire per un fine (interesse pratico) e la serie infinita (tipo di fatto) dei modi singolari in cui quell'essere si determina nella realtà (fatti singoli)>>.

⁴³ Come osserva N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 7, <<...in quanto fatto di rilevanza sociale, il diritto implica necessariamente il soggetto che lo analizza e lo applica, risultando pertanto impossibile separare l'oggetto dell'analisi dal suo punto di osservazione, la riflessione soggettiva dalla pretesa oggettività del fenomeno>>.

⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, op. cit., 163. Secondo P. GROSSI, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 74, <<il diritto è più applicazione che norma. Guai se lo si immobilizza in un comando, tanto più se il comando trova la propria immobilizzazione in un testo; guai se la regola giuridica diventa e rimane testo cartaceo. Il rischio probabile è la separazione dalla vita>>.

⁴⁵ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, op. cit., 39 ss.



quello applicativo del diritto, tanto la disposizione, quanto i fatti che la rilevano, dacché <<...il momento rilevante è il fatto della vita intorno al quale e per il quale il testo è interrogato dall'interprete>>⁴⁶.

Ne discende che, nella fase interpretativo/applicativa del diritto, non sembra più possibile intendere come statica la distinzione tra disposizione e norma, sostenere l'incomunicabilità tra *legislatore-produttore* e *giudice-applicatore*, insomma ravvisare l'assoluta incomunicabilità fra testo e casi pratici, fra immobilità del comando e mobilità della società. Nelle dinamiche processuali, una volta cioè che entra in gioco la cd. fase soggettiva della *precomprensione*, associata al cd. *cerchio ermeneutico*⁴⁷ finalizzato alla decisione di un caso pratico, i due termini, per come astrattamente individuati, tendono a confondersi. Ogni volta che un nuovo caso "interroga" le disposizioni legislative, il giudice desume norme - avendo sempre come bussola di orientamento i principi della Costituzione - il cui significato non coincide mai perfettamente con un obiettivo e circoscrivibile potenziale semantico riconducibile automaticamente al testo delle singole disposizioni in precedenza interpretate. Il significato delle disposizioni non è un mero prodotto ricavato dal testo⁴⁸. I significati (le norme), in un caso pratico, non possono non essere anche il risultato di un *con-testo*, ossia il frutto dell'influenza di altrettanti fatti sociali che rilevano nella vicenda processuale così come intesi dalle parti e, soprattutto, dal giudice. Non a caso, autorevole dottrina, ha recentemente affermato che il passaggio <<dalle disposizioni (selezionate dall'interprete) alla norma da applicare al caso (costruito dall'interprete) è un processo entropico, in cui le informazioni di partenza ... si confondono fino a smarrirsi>>⁴⁹. Ne consegue che la produzione delle *disposizioni*, che nel nostro ordinamento è originata dall'attività del legislatore, rappresenta soltanto una parte necessaria ma non sufficiente del processo di produzione (*normativo*) del diritto, il quale si completa, pertanto, con l'attività dell'interprete nella fase applicativa⁵⁰ <<nella misura in

⁴⁶ Così P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, ult. ed. 2010, 109.

⁴⁷ Le nozioni, già heideggeriane, di <<precomprensione>> e di <<cerchio ermeneutico>>, si devono soprattutto agli sviluppi successivi portati avanti dal fondatore dell'ermeneutica filosofica, Hans Georg Gadamer. Per comodità, si ritiene utile riassumerne, seppur succintamente, i concetti. Per *precomprensione* s'intende la tesi secondo la quale la comprensione di oggetti culturali in genere e l'interpretazione di testi giuridici in specie, sarebbe orientata da una sorta di rappresentazione anticipata del risultato, determinata dall'appartenenza dell'interprete ad un determinato contesto vitale e discorsivo. La comprensione, in altri termini, nascerebbe da una *pre-comprensione*, fondata sui *pre-concetti* e i *pre-giudizi* dell'interprete, che però progressivamente supererebbe per accedere a una precomprensione più articolata: tesi che, applicata all'interpretazione giuridica, ha il pregio di caratterizzarla non come singolo atto di intuizione, ma come un lungo processo di elaborazione, nel quale giocano fatalmente un ruolo il contesto e anche i pregiudizi dell'interprete. Per *cerchio ermeneutico*, invece, s'intende il rapporto che s'instaura, nel processo interpretativo, fra il tutto e le parti. Nell'interpretazione di un testo, il significato di una parte va sempre confrontato con il significato del tutto, e viceversa, sinché i due significati finiscono per corrispondere. La nozione di *precomprensione* raffigura l'interpretazione come un processo in più passaggi, processo che in qualche modo finirà per trovare, maggiormente precisato, quel che cercava genericamente sin dall'inizio. La nozione di *cerchio ermeneutico*, a sua volta, serve a configurare l'interpretazione come un processo non lineare ma *circolare*; l'interprete non procede solo in avanti, dalla precomprensione alla comprensione definitiva, ma anche all'indietro: sperimenta diverse ipotesi interpretative prima di sceglierne una. Entrambe le nozioni hanno avuto molta fortuna anche tra i giuristi, e sono alla base delle tesi sostenute dalle correnti di pensiero riconducibili al filone della cd. ermeneutica giuridica. Per approfondimenti sul punto, cfr. H-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960), trad. it. a cura di G. VATTINO, *Verità e metodo*, Milano, ult. ed. 2010, spec. 312 ss.; nonché M. BARBERIS, *L'ermeneutica*, in *Filosofia del diritto. Una introduzione storica*, Bologna, 2000, spec. 87 ss.

⁴⁸ Più in generale, è stato di recente sostenuto che <<Il testo per la scienza giuridica, il testo costituzionale per i costituzionalisti, rappresenta il suo essenziale medium, non il suo unico scopo. Una visione disincantata ma realista sa bene che l'incessante lotta per il diritto (tanto più se il riferimento è ai diritti costituzionali dell'età moderna) è lotta per la positivizzazione e poi la realizzazione di concrete conquiste di civiltà, diritti storicamente determinati, organizzazione del potere realmente conquistata. [...] il giurista scienziato, se vuole cogliere la realtà del diritto guardando oltre al testo, deve sentirsi vincolato anche alla storia che quel testo incarna, alle sue evoluzioni, contraddizioni, rotture>>. Così G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 170.

⁴⁹ Così R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 102.

⁵⁰ E' stato autorevolmente sostenuto che <<la applicazione comporta l'accettazione di precetti da altri posti come punto di partenza e guida per l'azione concreta da realizzare. L'accettazione implica volontà di partecipare a una impresa comune, assumendosene la responsabilità. Valori inducono il soggetto a inserirsi nell'impresa, e valori lo guidano nel trattamento da farsi dei contenuti dei segni normativi che si tratta di attuare. Il trattamento, dipendendo da quei valori - della più varia specie - potrà tradursi in ridefinizioni dei contenuti delle norme utilizzate ancora pienamente aderenti al loro significato originario, ovvero potrà condurre alla attribuzione ad essi di significati anche sensibilmente nuovi. In ogni caso, nel corso dei processi di successive plurime attuazioni, i contenuti delle norme subiscono sempre in qualche misura modificazioni. Ed è appunto attraverso esse che nuovi valori si immettono nel flusso del diritto positivo vivente di un ordinamento, più che non succeda, talvolta, per effetto di interventi formali innovatori deliberatamente voluti da Autorità con riconosciute competenze legislative. Se [...] le norme di un ordinamento sono simili, nel corso del tempo, a un fiume che sempre fluisce a diverse velocità, così mutano in parallelo, in certa misura, i valori che animano nell'insieme il suo mobile sistema normativo. Il mutamento può in qualche caso essere così profondo da trasformare le finalità stesse in ragione delle quali l'ordinamento era in origine nato. E ciò magari per effetto soprattutto di operazioni condotte a livello di interpretazioni applicative.>> Sono queste le parole di G. BOGNETTI, *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, in www.associazionecdcicostituzionalisti.it, N° 4/2012, 11.



cui i giudici si trovano spesso a dover decidere sulla base di disposizioni legislative ambigue o in presenza di vuoti normativi>>⁵¹. In tutti questi casi, infatti, il diritto non è più riconducibile esclusivamente alle fonti atto del legislatore ma diviene il prodotto dell'attività congiunta legislatore-giudice⁵². Il testo legislativo è un “mezzo”, non un “risultato” conclusivo (come invece lo sono le pronunce passate in giudicato del giudice che risolvono effettivamente il singolo caso, e fatte salve le ipotesi previste dall'ordinamento come, ad esempio, il *giudizio di revisione ex art. 630 c.p.p.*); è uno strumento imperfetto di concretizzazione delle istanze democratiche provenienti, in un dato momento storico, dalla maggioranza dei rappresentanti politici⁵³, non già il risultato (mai) definitivo di tutte le istanze che promanano dalle complesse società pluraliste, dalle quali scaturiscono quella moltitudine imprevedibile di casi “nuovi”, pronti a presentarsi nelle aule di giustizia a reclamare altrettanti “nuovi” diritti⁵⁴.

Pertanto, legislazione e giurisdizione, sebbene da piani diversi (mentre il legislatore si occupa del diritto da un punto di vista tendenzialmente di politica generale e produce esclusivamente *disposizioni*, i giudici si occupano di diritto caso per caso e producono *norme*) sembrano interagire senza soluzione di continuità tra di loro, contribuendo a definire, concretamente, una fonte di *produzione dinamica ed inesauribile* di diritto. Sia che la si voglia intendere come una qualche forma di inevitabile collaborazione o, come sembrerebbe più realistico, di competizione alla migliore regolamentazione della convivenza, in un ordinamento a superiore legalità costituzionale, ove anche i giudici comuni sono chiamati a dare attuazione (interpretandoli e applicandoli caso per caso) ai principi costituzionali (*in primis* fondamentali), organi legislativi e organi giudiziari concorrono necessariamente alla produzione effettiva del diritto in quanto <<la norma giuridica vive come “norma” solo nel momento nel quale viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo ... e cioè la formulazione (ai fini dell'applicazione) della norma >>⁵⁵.

E' dunque solo nei contesti applicativi, attraverso fatti sociali concreti e nei confronti di concrete decisioni da prendere che si configurano effettivamente le norme. Le disposizioni sono piuttosto norme in potenza e, disposizione e norma, stanno fra loro come la possibilità alla realtà. La disposizione pertanto non rappresenta il prodotto finale del fenomeno giuridico, quanto piuttosto l'elemento della fase preliminare del “ciclo” produttivo del diritto. Ne costituisce certamente una parte rilevante (non la sola: si pensi, ad esempio, alla *consuetudine*), ma rappresenta pur sempre un elemento normativo indefinito in attesa di realizzarsi, concretarsi e, dunque, completarsi attraverso l'attività interpretativa degli organi dell'applicazione.

⁵¹ Sul punto, cfr. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, 15; R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, in www.apipinter.csm.it, 2010, § 5. Per dirla con le parole di S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, op. cit., 15, <<dove non ha provveduto il legislatore, viene man mano provvedendo la giurisprudenza>>. Quanto al fatto, poi, dell'esistenza di testi “chiari” o, viceversa, “oscuri”, sembra qui potersi ritenere che nella fase interpretativo/applicativa del diritto, ossia nella sua dimensione giudiziaria, non è tanto il testo, quanto il caso a risultare chiaro (semplice) od oscuro (controverso) in funzione della relativa decisione. Di fatti, un testo può apparire chiaro rispetto a un problema e oscuro rispetto ad un altro, oppure può passare dalla chiarezza all'oscurità, e viceversa, nell'arco temporale in cui resta formalmente in vigore in relazione a più casi pratici da risolvere. E' soltanto al cospetto di un caso concreto che si evidenzia, all'interprete, la chiarezza o l'oscurità di un testo.

⁵² Come è stato detto, <<...Il procedimento applicativo del diritto, d'altra parte, non si riduce mai né ad un esclusivo riferimento ad enunciati né ad un semplice rapporto fra enunciati, ma rappresenta sempre l'interazione di tutte le componenti del contesto sociale in cui la regola è destinata ad operare...con la conseguenza che, anche assumendo il diritto nella sua accezione elementare di sistema di regole, queste non nascono dall'atto di posizione in quanto tale (l'attività del legislatore), ma dal risultato dell'interpretazione, e quindi da un processo integrato, nel quale svolgono un ruolo concorrente, variamente articolato nei diversi contesti sociali, sia il legislatore che l'interprete>>. Così N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, op. cit., 6-9.

⁵³ Per una interessante ricostruzione storica del principio della rappresentanza politica, si veda il paragrafo di P. GROSSI, *Un mito duro a morire: la rappresentanza politica e lo svuotamento della sovranità popolare*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., 201 ss.; nonché A. de TOCQUEVILLE, *L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789*, in *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, Torino, 1969, vol. I, spec. 225 ss. Parla del principio di rappresentanza come di una <<crassa funzione>> H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. GERACI, Milano, 1982, 178.

⁵⁴ <<Di qui diviene poi d'un tratto chiaro, perché la legge è più saggia del legislatore, perché dà nuove risposte per nuove situazioni, perché si muta malgrado che il tenore delle parole resti lo stesso, perché diviene vivente e storica nella sua applicazione [...] mediante l'atto creativo di colui che attua il diritto>>. Così A. KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, trad. it. a cura di A. BIXIO, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, 721.

⁵⁵ Così T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352. Nello stesso senso cfr., di recente, il passo riportato al considerato in diritto 4.6 della sentenza n. 348/2007 della Corte costituzionale, secondo la quale <<le norme vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo...>>.



Come s'è poc'anzi accennato, dal fertilissimo dialogo che i giuristi hanno instaurato con la filosofia ermeneutica⁵⁶, ne è derivato un rinnovamento metodologico nella teoria del diritto tendente a cogliere il rapporto reale fra il testo legislativo e il suo interprete che ha messo in archivio, per così dire, l'idea della vecchia dominanza del testo e della vecchia passività dell'interprete, <<nella persuasione che il testo non è una realtà autosufficiente ma anzi incompleta e incompiuta, la quale attingerà completezza e compiutezza soltanto grazie alla sua interpretazione; la quale non può risolversi in una operazione meramente conoscitiva ma è comprensione, nel preciso senso di intermediazione fra il messaggio del testo, estraniato dal divenire per la immobilizzazione nel comando scritto, e l'attualità dell'interprete con il suo patrimonio di convinzioni proprie alla sua contemporaneità>>⁵⁷.

La tesi che si intende sostenere è che nessuno dei due poteri (legislativo e giudiziario) - presi singolarmente - è sostanzialmente decisivo nella produzione effettiva del diritto⁵⁸. In buona sostanza una disposizione, senza un giudice che si occupi di risolvere un "caso", non avrebbe alcuna possibilità di divenire una norma concretamente applicabile ed un giudice, in assenza di regole, sarebbe forse meglio riconducibile all'immagine teatrale di un *deus ex machina* di antica memoria, riecheggiante la figura "divina" assunta dagli attori negli epiloghi delle commedie greco-antiche, piuttosto che al ruolo di un organo giurisdicente governato, in ultima analisi, dalla ragionevolezza imposta da una equilibrata applicazione di regole e principi⁵⁹ costituzionali considerati nella loro fluida interezza.

Del resto, l'interpretazione della Costituzione, come ha da ultimo ricordato la Corte costituzionale nel passo della pronuncia all'inizio riportata⁶⁰, in quanto la si intenda nella sua sistematicità e non come mera somma di disposizioni costituzionali, è in ogni caso <<interpretazione di tutta la Costituzione>>⁶¹. Il carattere sistematico della Costituzione, la necessità che essa sia interpretata nella sua interezza, da ragione alla <<particolare flessibilità e duttilità dell'interpretazione costituzionale>>. Qui la pressione innovatrice dei casi giudiziari (che prima ancora di divenire tali costituiscono la "carnalità", l'effettiva concretezza dei fatti sociali) è maggiore che altrove e <<ciò spiega la capacità delle costituzioni di adattarsi, evolvendo senza riforme esplicite, a condizioni storiche nuove. La natura di principio di molte sue norme e la necessità,

⁵⁶ *In primis*, come visto, per il tramite dell'opera di H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, op. cit., della quale si veda, in particolare, il capitolo dedicato a "Il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica", 376 ss.

⁵⁷ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, op. cit., 35.

⁵⁸ Secondo G. BOGNETTI, *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, op. cit., 10, <<le norme giuridiche esistono solo nel corpo delle concrete, particolari utilizzazioni e applicazioni>>.

⁵⁹ Sulla differenza tra regole e principi, e sulle varieghe opinioni della dottrina, cfr., almeno, R. DWORKIN *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it., *I diritti presi sul serio*, a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1982, spec. 93 ss. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 9 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. aggiornata a cura di F. Crisafulli, Padova, 1993, 70 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, in M. BOVERO (a cura di), Torino, 1999, 139 ss.; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in AA.VV., *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, 85 ss. e 111 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 210 ss. Sulla differente, ma ad essa pur sempre connessa, distinzione tra valori e principi, si rinvia, qui, tra i principali scritti apparsi di recente ad A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, spec. 136 ss. e 357 ss.; A. MARRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, t. 2 (2008), 198 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., spec. 205 ss.; A. RUGGERI, *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, relazione al Convegno su *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa*, Bari 29-30 aprile 2009, consultabile in www.astrid-online.it, 92/2009. Sulla potenziale aggressività e pericolosità dei valori, si veda, invece, C. SCHMITT, *Die Tyrannie der Werte*, trad. it. a cura di A. PELLICANI, *La tirannia dei valori*, Roma, 1987, 60 e 67 ss. (nuova versione, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, 51 e 60 ss.). La questione, sui temi da ultimo prospettati, si fa assai delicata, giacché si sposta sulle complesse problematiche che concernono il rapporto intercorrente tra il diritto e la morale. Si sostiene diffusamente, infatti, che mentre i valori appartengono al mondo del pre-giuridico, soltanto i principi rientrano nella dimensione del giuridicamente rilevante. In ragione della complessità della tematica, non si può qui di seguito che rinviare, per i dovuti approfondimenti sul tema, alle opere maggiori sull'argomento. Si vedano, pertanto, almeno le pagine di R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. it. a cura di F. FIORE, Einaudi, Torino, 1997, spec. 71 ss.; C. S. NINO, *Il diritto come morale applicata* (1994), trad. it. a cura di M. LA TORRE, Giuffrè, Milano, 1999, spec. 15 ss.; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., 56 ss.; H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, op. cit., 216 ss.; R. DWORKIN, *Justice in Robes* (2006), trad. it. a cura di F. MAGNI, *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, introduzione.

⁶⁰ Come si ricorderà, secondo la Consulta (sent. n. 1/2013 *supra cit.*), <<La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate>>.

⁶¹ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), trad. it. a cura di F. FIORE - J. LUTHER, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 211 ss.



che frequentemente si presenta, di operare <bilanciamenti> tra queste, quando la Costituzione non assegna <pesi> e non stabilisce gerarchie, spiegare la speciale malleabilità della materia di cui è fatta la Costituzione>>⁶².

Riconosciuta forza normativa alla Costituzione - com'è noto, la Corte costituzionale, già nella sua prima sentenza (n. 1/1956), accogliendo le conclusioni a cui era giunto il Crisafulli in uno dei suoi studi più celebri degli anni cinquanta⁶³, attribuì ai principi costituzionali funzione di criteri di giudizio circa la validità delle leggi, prendendo posizione su di una disputa che si era andata affermando in dottrina fra norme <<precettive>> e <<programmatiche>>, dichiarando che tutte le disposizioni costituzionali sono potenzialmente *precettive*, e possono quindi essere applicate sia direttamente dal giudice comune, sia dalla Corte stessa per far cadere disposizioni di leggi ordinarie in contrasto con quelle⁶⁴ - risulta oltremodo illusorio pretendere che i giudici comuni possano adeguare la legislazione alla superiore legalità costituzionale senza in alcun modo *integrare* le disposizioni prodotte dal legislatore. Se la Costituzione è formata prevalentemente da principi, ossia da <<norme giuridiche al massimo grado ed al massimo valore per la vita del diritto, perché, oltre ad operare come norme tra le altre norme, svolgono una funzione essenziale nell'interpretazione giuridica>>⁶⁵ ed i principi, a loro volta, <<valorizzano i valori, col fatto stesso di tradurli in enunciati normativi, avviando e ponendo dunque le basi più solide per il loro radicamento nell'esperienza, a mezzo dell'opera congiunta di tutti, cittadini e operatori>>⁶⁶, qualunque tentativo teorico atto a ridurre, sino ad escluderla, la creatività (intesa come produzione di significati e dunque di norme, non esattamente riconducibili al potenziale semantico delle disposizioni interpretate) del giudice è destinato al fallimento nella realtà.

La Costituzione, dunque, si pone a fondamento di una <<nuova teoria dell'interpretazione>>⁶⁷ dei testi normativi, nel senso che la tendenziale coerenza dell'ordinamento deve essere ricercata primariamente sul piano costituzionale, dovendo privilegiarsi quell'interpretazione che risulti conforme a Costituzione⁶⁸. Teoria questa, che appare realisticamente incompatibile con la negazione del riconoscimento al giudice comune della possibilità di creare diritto nell'attività di conformazione o adeguamento⁶⁹ della legislazione alla superiore legalità costituzionale. E ciò in una prospettiva che tenga conto non solo della *validità* delle fonti, quanto dell'*effettività storica*⁷⁰ delle stesse, ossia del loro materiale determinarsi nella realtà giuridica. Come ha rilevato Paolo Grossi, <<questi ultimi anni segnano il trionfo della *effettività sulla validità: effettività, cioè fatti sociali che si impongono a livello del diritto per una loro intrinseca forza, prescindendo dalla loro corrispondenza a un modello generale autorevole (nel che consiste, appunto, il vecchio canone della validità). E trionfa la prassi, generatrice di nuovi schemi ordinati e di nuovi istituti, ignoti ai disegni formali di Codici e leggi ma conati nel quotidiano crogiuolo socio-economico insofferente alle decrepite categorie della tradizione>>⁷¹. La validità delle norme, pertanto, dovrebbe misurarsi unicamente sul terreno del servizio concretamente offerto dalle norme stesse agli interessi in campo, rivisti e qualificati alla luce dei principi fondamentali per come i valori sociali del contesto ordinamentale di riferimento volta a volta li riempiono di significato⁷².*

⁶² Così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 268.

⁶³ Il Crisafulli, sin dai primi anni dall'entrata in vigore della Costituzione, ha riconosciuto alle norme di principio in essa contenute il carattere della normatività, costituendo esse, nel loro insieme, <<l'indirizzo politico tradotto in termini di norme costituzionali>>. Così V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue norme di principio*, Milano, 1952, 12 ss.

⁶⁴ In merito, si rinvia alle pagine di R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 35 ss.

⁶⁵ Ancora G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 213.

⁶⁶ A. RUGGERI, *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, op. cit., 4.

⁶⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'articolo 12 delle preleggi*, consultabile in www.gruppodipisa.it, 08.01.2011, il quale parla di <<una nuova teoria dell'interpretazione>> dei testi normativi a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana riprendendo, sul punto, gli scritti di P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, 1955, 412 ss.

⁶⁸ In tal senso, L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 110.

⁶⁹ Sul punto, cfr. R. G. RODIO, *L'interpretazione costituzionalmente adeguata nel sistema spagnolo*, Bari, 2004, 9 ss., il quale, in proposito, suggerisce in ogni caso di superare l'utilizzo interscambiabile delle diverse espressioni <<interpretazione conforme/adeguata a Costituzione>>, per convenire, più precisamente, sull'espressione <<interpretazione costituzionalmente adeguata>>.

⁷⁰ Secondo F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, op. cit., 43, l'effettività storica <<costituisce il tribunale della giuridicità di un ordinamento, ossia della sua esistenza di ordinamento>>.

⁷¹ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., 231.

⁷² Sul punto cfr. A. RUGGERI, *E' possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.astrid-online.it, 27.



4. Rilievi conclusivi

Da quanto sinora premesso, si possono di seguito così riassumere le principali problematiche che costituiranno oggetto di ulteriore sviluppo e approfondimento nella prosecuzione del lavoro di ricerca finalizzato alla redazione della tesi dottorale:

a) la tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione si radica nell'esigenza di far penetrare la Costituzione in profondità nell'ordinamento e nell'armonizzare, di conseguenza, le due distinte sfere di legalità (quella legale e quella costituzionale) a causa del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto;

b) realizzazione di un nuovo equilibrio tra *legis-latio* e *iuris-dictio* a causa della necessaria *codeterminazione* tra legislatore e giudice nella produzione effettiva del diritto (nella risoluzione dei "casi" pratici), determinata dal dovere di conformazione - spettante sempre più ai giudici comuni che alla Corte costituzionale⁷³ - della legge alla Costituzione. In argomento, si pensi alle parole espresse dall'allora presidente della Corte costituzionale Chieppa⁷⁴, secondo cui <<anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano a pieno titolo coinvolti, sia pure entro confini determinati, in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione>>;

c) l'interpretazione conforme a Costituzione (ma il discorso può valere anche per la conformazione del diritto interno a quello in senso lato europeo, così come al diritto internazionale) non è una mera tecnica di conformazione della legislazione ad una astratta e superiore legalità di tipo formale. Essa appare, più specificamente, una tecnica di costante verifica della corrispondenza della legislazione ai principi costituzionali che nel tempo i mutevoli valori sociali possono riempire di significati diversi. Dunque, attraverso l'interpretazione conforme, non si compie soltanto un'operazione di tipo sistematico⁷⁵ ma, anche e soprattutto, un'attività di tipo evolutivo (che, per quanti aderiscono a valori diversi, ben potrebbe risultare involutiva), di rigenerazione reciproca del dinamico rapporto Costituzione-legge⁷⁶;

d) riconsiderazione del carattere burocratico dell'organizzazione giudiziaria - da cui principalmente deriva la "resistente" concezione dell'interpretazione giudiziale come mera attività conoscitiva - che alimenta l'immagine irrealistica e distorta del giudice <<*bouche qui prononce les paroles de la loi*>>⁷⁷, immagine del giudice tesa quanto più possibile a mascherare <<l'attività giuridico-politica del giudice>>⁷⁸. Carattere burocratico dell'organizzazione giudiziaria e conseguente concezione delle funzioni del magistrato che, è stato detto, ereditate dal tempo del positivismo legalista, risultano <<difficilmente compatibili con l'odierno diritto dello Stato costituzionale>>⁷⁹;

e) da un ordinamento a superiore legalità costituzionale, in cui ogni disposizione legislativa deve essere "adeguata" a Costituzione, ne discende l'impossibilità di individuare limiti logico-formali certi all'attività interpretativa del giudice. Lo stesso limite testuale dell'atto legislativo, una volta che l'oggetto dell'interpretazione diviene la

⁷³ In merito, parte della dottrina, non ha mancato di esprimere alcune perplessità. È stato, infatti, rilevato che la scelta di rimettere l'interpretazione conforme nella piena disponibilità dei giudici comuni, avrebbe stravolto il meccanismo per come configurato nella legge costituzionale. Secondo quest'ultima, il giudice ha l'obbligo di sollevare la questione non quando è convinto della incostituzionalità della norma, ma quando ritiene ragionevole il mero dubbio sopra la sua incostituzionalità. Cfr. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, op. cit., 140 ss., il quale individua nell'art. 1, l. cost. n. del 1948 e nell'art. 23, l. n. 87 del 1953 la <<antitesi positiva dell'ipotesi canone di interpretazione conforme>>; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme" a*, op. cit., 9 ss.; A. PUGIOTTO, *La metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. giur.*, 2004, n. 8, 988 ss.

⁷⁴ Cfr. R. CHIEPPA, *La giustizia costituzionale nel 2002*, in *Giur. cost.*, 2003, 3169 ss.

⁷⁵ Secondo una prospettiva realistica del fenomeno giuridico, <<il diritto di una comunità forma sistema sempre solo fino a un certo punto>> in quanto <<l'insieme delle norme giuridiche che concretamente sono all'opera nell'ambito di un gruppo organizzato sempre tende a rinnovarsi, non solo per la deliberata abrogazione e sostituzione delle norme nella loro veste formale, ma anche e talvolta soprattutto per il cambiamento informale della loro portata nel corso della loro continua applicazione>>. Così G. BOGNETTI, *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, op. cit., 10.

⁷⁶ In merito al fatto che l'attività interpretativo/applicativa, per come qui prospettata, possa nuocere alla "certezza del diritto", ci sembra utile ricordare che già lo stesso Kelsen, criticando la teoria giuridica tradizionale (conoscitiva) dell'interpretazione, non ha mancato di sottolineare che, nella realtà, la tanto decantata certezza del diritto, altro non è che un'illusione. Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., 124-125. Pertanto, esisterà sempre un *fisiologico tasso di incertezza* (che, tra l'altro, primariamente consente al diritto stesso di evolversi) che nessun ordinamento giuridico potrà, lontano da artifici argomentativi e finzioni convenzionali, non tollerare.

⁷⁷ C. L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, in ID, *Oeuvres complètes*, II, Paris, Gallimard, 1951, 404.

⁷⁸ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, op. cit., 146.

⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 170.



Costituzione - influenzata com'è, nella sua normatività, da diversi valori sociali che senza tregua incidono nel tempo sul significato da attribuire ai principi, ossia a norme che si desumono dall'interpretazione di enunciati *vaghi* e *indeterminati*⁸⁰, privi di fattispecie - diviene un vincolo debolissimo da invocare per impedire eventuali eccessi interpretativi da parte del giudice. Dunque, e ferma restando la possibilità, per il legislatore, di poter sempre orientare i magistrati nell'applicazione delle norme giuridiche attraverso l'introduzione di nuove disposizioni più dettagliate, un limite meno illusorio e concretamente opponibile all'attività interpretativa del decidente può allora essere rappresentato non tanto dal testo quanto dalla verifica in concreto del rispetto del principio di ragionevolezza⁸¹ da parte del giudice, attraverso il controllo delle argomentazioni contenute nella (pubblica) motivazione delle sue decisioni⁸².

D'altronde, com'è stato rilevato, <<è l'opinione pubblica, in fondo, a rendere effettive le sentenze; una giurisprudenza non dura se non incontra consenso. E' la critica a testare rationes e argomenti usati dai giudici per giustificare ognuna delle loro decisioni. E' la critica ad ammonire i giudici a non oltrepassare la sottile linea che ne delimita la funzione e a basare le loro decisioni su specifiche regole di diritto. E' la critica che può correggere il comportamento delle corti che discettano dei diritti senza avere un collegamento preciso con casi e fatti specifici>>⁸³;

f) conseguente opportunità di riconsiderare il valore giuridico del precedente giurisprudenziale, attraverso una prospettiva che sappia andare oltre il tradizionale schema dicotomico secondo il quale da una parte esso si configura come vincolante in senso stretto (secondo un'ottica tradizionalmente anglosassone di guardare al diritto), e dall'altra, invece, come meramente facoltativo (secondo la tradizione giuridica tipica dei Paesi di *civil law*). Piuttosto, il precedente, oggi sembrerebbe più corretto intenderlo, al di là di antistorici manicheismi, come un momento fondamentale e imprescindibile del ragionamento giuridico e della pratica applicativa⁸⁴ (tanto del giudice continentale quanto di quello anglo-americano), nel quale è possibile concretamente rinvenire norme giuridiche frutto - a causa della necessaria mediazione dell'interprete/applicatore - dell'attività congiunta legislatore-giudice, e per il tramite del quale è possibile soprattutto sottoporre a verifica pubblica la sostenibilità (e quindi anche l'inadeguatezza) dell'iter logico-argomentativo seguito dal giudice, cristallizzato nella *ratio decidendi*. In tal guisa, ossia attraverso la controllabilità pubblica delle argomentazioni adottate dal giudice nella decisione, non solo è possibile che altri giudici possano meglio risolvere casi simili in cui rilevano le medesime norme giuridiche garantendo così stabilità e maggiore certezza del diritto, ma è anche (ed è ciò che più rileva ai fini di un equilibrato rapporto tra legislazione e giurisdizione) al contempo assicurata al

⁸⁰ Secondo quanto ancora sostenuto da A. ROSS, *Diritto e giustizia*, op. cit., 109, il significato delle parole del linguaggio comune, utilizzato dal diritto, <<è vago, il loro campo di riferimento è indefinito, consistendo in una zona centrale di applicazioni consolidate, irradiantisi impercettibilmente in una fascia di incertezza che copre i possibili usi della parola in particolari condizioni, e non il suo uso tipico. La maggior parte delle parole non ha un unico campo di riferimento, ma due o più, ciascuno formato da una zona centrale circondata da una fascia di incertezza. Tali parole sono dette ambigue. Di questo tipo è per esempio la parola inglese < nail > (che significa ago o unghia)>>. Più in generale, sulla <<indeterminatezza>>, concetto che comprende tanto la questione della <<vaghezza>> quanto quella dell'<<ambiguità>> del significato delle parole, si rinvia a F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, op. cit., 48 ss.

⁸¹ Per una ricostruzione, anche in chiave comparata, del principio di ragionevolezza si veda A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, ad vocem. Per completezza, deve ricordarsi che, in dottrina, sono stati proposti diversi schemi interpretativi per connotare la ragionevolezza. In estrema sintesi, nettamente maggioritaria è la tendenza a considerare la ragionevolezza come concetto o principio servente altri concetti o principi (tra cui soprattutto il principio di eguaglianza o la categoria dell'eccesso di potere: sul tema cfr. A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 80 ss.). Minori, invece, sono stati i tentativi di ricostruire la problematica in guida autonoma e in termini di teoria generale. Cfr., a riguardo, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; M. LA TORRE - A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 4/2006, 531 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi, artefice del diritto*, in ID., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune.*, Torino, 2009, 349 ss.; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, ult. ed. 2012. E' interessante ricordare che, nella nostra Carta fondamentale, il termine "ragionevole" è entrato a far parte del lessico costituzionale, per la prima volta, all'interno del secondo comma dell'art. 111 Cost., con la l. cost. n. 2/99. Per gli approfondimenti circa il significato che il termine <<ragionevole>> assume nella normativa sul c.d. <<giusto processo>>, si rinvia alla completa ricostruzione di A. M. NICO, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Bari, 2012.

⁸² In merito a questo punto, può tornare utile l'approfondimento del pensiero di C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA (1958), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica.*, Torino, ult. ed., 2013; nonché di R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Milano, 1998.

⁸³ R. BIN, *A discrezione del giudice*, op. cit., 98.

⁸⁴ Sul punto cfr. M. KRIELE (1979), *Diritto e ragione pratica*, trad. it. a cura di V. OMAGGIO, Napoli, 2006, 110 ss.



legislatore la piena conoscenza delle norme effettivamente vigenti nella realtà giuridica. Dimodoché, in qualsiasi momento, attraverso la produzione di nuove disposizioni, il legislatore potrà sempre ulteriormente incidere su di esse, al fine di orientare i giudici verso interpretazioni/applicazioni ritenute più consone alla propria volontà politica o, come non di rado accade, anche solo per ratificarne il contenuto.

Il *punctum crucis*, però, appare essere realisticamente questo: in uno Stato costituzionale di diritto, democratico e pluralista, non sembra seriamente possibile concepire un ordinamento giuridico in cui l'uno (il legislatore), possa assolutamente soggiogare l'altro (il giudice), pregiudicandone definitivamente le rispettive funzioni in termini di discrezionalità normativa⁸⁵, in una sorta di fantomatica visione monoteistica del diritto. Pertanto, a meno di non voler ipotizzare, attraverso una assai pericolosa astrazione dal sapore squisitamente assolutistico, la riduzione dei due organi ad uno solo, sommando cioè le due funzioni (dispositivo/legislativa e interpretativo/applicativa a garanzia dei diritti) in un unico legislatore-giudice o, viceversa, in una molteplicità di giudici-legislatori, sarebbe forse più opportuno prendere coscienza della reale impossibilità di ridurre tutto il diritto alla mera volontà del legislatore (o dei giudici) e cercare, piuttosto, efficaci rimedi idonei a fronteggiare le conseguenze che da una tale effettiva realtà ordinamentale ne discendono⁸⁶. A tal proposito si pensi, per citare solo una tra le questioni più problematiche, alla possibile delineazione di un più moderno ed adeguato sistema organizzativo degli organi di giustizia, coautori responsabili, assieme al legislatore - in misura variabile a seconda della personalità del giudice, della qualità della produzione legislativa e delle peculiari caratteristiche del caso concreto oggetto della decisione - di norme giuridiche;

g) da ultimo ma non ultimo, per ciò che attiene alla tenuta del principio della separazione dei poteri, come ha rilevato nella sua relazione Mauro Barberis⁸⁷, in occasione del Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "*Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*" svoltosi a Padova, il 22-23 ottobre del 2004, <<la contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli consiste in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo>>.

Una lettura più attenta, tra le diverse possibili *De l'esprit des lois*, dell'<<opera grande e ambigua>>⁸⁸ di Montesquieu - in particolare del famoso capitolo quarto del libro undicesimo (dove si afferma che solo il potere può arrestare il potere) e dell'intero capitolo sesto dello stesso libro (in cui si sottolinea la necessità che i tre poteri si bilancino l'un con l'altro) - mostra che, probabilmente, scommettendo su quel vincolo solo apparentemente debole che è il *bilanciamento dei poteri*⁸⁹, piuttosto che su letture più rigide e intransigenti della teoria del celebre studioso francese, forse è possibile trovare un ragionevole equilibrio e ridurre notevolmente la tensione latente tra principio di stretta legalità (con la conseguente pretesa, in nome della democrazia, del monopolio della produzione del diritto da parte del legislatore) e il

⁸⁵ Con la sostanziale differenza, però, che mentre l'attività discrezionale del legislatore è completamente libera nei fini, potendo persino contrastare con la Costituzione e avere "la meglio" su di essa sino alla dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della Consulta; gli unici fini a cui i giudici possono ambire, invece, sono quelli previsti dai principi dalla Carta fondamentale a cui precipuamente sono sottoposti, nonostante le difficoltà connaturate alla struttura linguistica che li connota ("indeterminata", "aperta"), probabilmente la sola possibile a garantire l'inclusione di sempre nuovi valori e interessi che storicamente si determinano nelle mutevoli realtà sociali. A voler credere diversamente, non resterebbe che studiare il modo di sostituire la persona del giudice - con tutto il suo patrimonio culturale e la sua intelligenza sensibile - con un computer, e conseguentemente tradurre il linguaggio contenuto nelle disposizioni del legislatore in un sistema numerico binario.

⁸⁶ D'altronde, come è stato evidenziato di recente con lucido realismo dalla dottrina comparatistica, in sistemi istituzionali complessi si creano sempre delle fisiologiche disarmonie fra dato legislativo e dato giurisprudenziale. <<La forza dei corpi applicativi è dovunque possente e, con maggiore o minore trasparenza - a seconda dei tempi, dei luoghi, e dei settori del diritto -, sempre in grado di veicolare la parola lungo i canali che quei corpi ritengono adeguati alla bisogna. [...] I giuristi hanno sempre finto di descrivere il diritto mentre in realtà lo elaboravano, e lo elaborano. Insomma i giuristi mentono>>. Così M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 12, 16.

⁸⁷ Cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, op. cit., 1.

⁸⁸ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998, 262.

⁸⁹ La stessa teoria della tripartizione dei poteri, infatti, se il quadro istituzionale è dotato di contrappesi e controlli efficaci, ha mostrato storicamente di potersi concretamente adeguare alle esigenze del tempo. Si veda, in merito, quanto scritto da J. BELL, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 310 ss, il quale ricorda come fino al *Constitutional Reform Act 2005*, in Inghilterra il Lord Chancellor somitava su di sé le funzioni tanto di membro del Governo, quanto di presidente della Camera dei Lord, oltretutto di vertice supremo del sistema giudiziario.



valore della giustizia (reclamante, a garanzia della tutela dei diritti fondamentali caso per caso, quantomeno una forma di *integrazione* da parte dei giudici all'attività di produzione effettiva del diritto).

Del resto, sembra, da ultimo, essersi orientato proprio in questo senso il giudice delle leggi il quale, nella recentissima sentenza n. 7/2013⁹⁰, ha dimostrato di preferire un'azione combinata, in spirito di "leale collaborazione", tra legislazione e giurisdizione a presidio dei diritti, sancendo l'illegittimità costituzionale della pena accessoria *ex art.* 569 c.p. in relazione al delitto della soppressione di stato (art. 566, comma 2°, c.p.), sostituendo così l'automatismo legale con la *valutazione giudiziale*, la sola che - a parere della Consulta - possa garantire, caso per caso, un bilanciamento effettivo e concreto degli interessi in gioco⁹¹.

Se le cose stanno così, sembra allora potersi ritenere, oltrepassando sterili pregiudizi ideologici, che i "custodi qualificati" della Costituzione (giudici della Corte costituzionale e, con funzioni sempre meno "ausiliarie", giudici comuni), non rappresentano affatto una minaccia per la democrazia quanto, nella realtà, una roccaforte a presidio dei diritti fondamentali e, dunque, in ultima istanza, una garanzia per il mantenimento della sua stessa stabilità. S'è detto, in merito, che <<*una democrazia duratura è infatti solo quella basata sul riconoscimento dei diritti fondamentali; una democrazia di maggioranza sarebbe solo l'affidamento delle ragioni ultime della convivenza ad un calcolo statistico probabilistico*>>⁹².

⁹⁰ Per un commento della quale si rinvia alla nota di V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹¹ Sul punto, cfr. A. RUGGERI, *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in www.giurcost.org, 26, spec. nota 59.

⁹² G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, Relazione al Convegno *Esperienze e prospettive della giustizia italiana*, Roma 14-16 novembre 2002, consultabile in www.associazionedeicostituzionalisti.it.