

## IL VALORE NORMATIVO DELL'ATTIVITÀ INTERPRETATIVO-APPLICATIVA DEL GIUDICE NELLO STATO (INTER)COSTITUZIONALE DI DIRITTO

1. Considerazioni introduttive. – 2. L'interpretazione giudiziale nello Stato costituzionale di diritto: il superamento dell'ideale "geometrico" del sistema positivo ed il progressivo abbandono della concezione "taumaturgica" delle fonti di produzione legislativa. – 3. La tecnica dell'interpretazione conforme come strumento a disposizione dei giudici utilizzabile nei casi concreti per la costante "storicizzazione" delle disposizioni del legislatore. – 4. Il ruolo «costituzionale» del giudice comune in un ordinamento dal carattere sempre più «intercostituzionale». – 5. Il rapporto tra legis-latio e iuris-dictio nello Stato (inter)costituzionale di diritto. – 6. (Segue) Un esempio "creativo": il caso Englaro. – 7. (Segue) Un esempio di rapporto "competitivo": il caso Ilva. – 8. Rilevi conclusivi.

«...il giurista che trae deduzioni, facendo a meno degli insegnamenti dell'esperienza, deve necessariamente traboccare nella ridicola situazione di quegli esteti che di fronte all'opera, viva e vera, dell'arte smentiscono la propria sensazione piuttosto che innovare la teoria che la contraddice!».  
(H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, 1908, 109)

### 1. Considerazioni introduttive

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 sembra essere contrassegnata dalla centralità del fenomeno interpretativo. Per usare un'espressione assai efficace e «per dirla con uno slogan: *esistere è interpretare*»<sup>1</sup>.

L'etimologia 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 mediana<sup>2</sup>. Come è stato autorevolmente detto, infatti, «*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»<sup>3</sup>.

Per ciò che attiene in particolar modo al diritto scritto, specie quando esso è oggetto di interpretazione in funzione della risoluzione di una controversia che presenta profili e problematiche di rilievo costituzionale, le cose appaiono poi notevolmente complicarsi se si considera il fatto che la realtà sociale sulla quale esso incide possiede – di per sé – un nesso strutturale che resiste agli schemi concettuali del diritto formale in quanto, più propriamente, li precede. Detto in altre parole, ciò significa sostanzialmente che le disposizioni legislative impongono all'interprete/applicatore un particolare sforzo di *mediazione* tra il loro senso normativo e la realtà fattuale che esse ambiscono ad ordinare<sup>4</sup>, poiché quest'ultima – alla stessa stregua delle dispo-

\* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Bari — ant.gusmai@gmail.com

<sup>1</sup> Così G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 127, il quale, proseguendo, efficacemente rileva che «*l'interpretare diviene così la struttura stessa della prassi vitale umana, in ogni sua manifestazione concreta*».

<sup>2</sup> Sul punto, cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, IV, 2006, 3181 ss.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 171 ss.

<sup>4</sup> 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*».

zioni legislative – sembra rilevare quale componente essenziale del diritto, in quanto il testo di una disposizione, considerato di per sé, non appare sufficiente ad esprimere da solo una norma giuridica<sup>5</sup>.

In sostanza ciò che si vuol dire è che l'attività interpretativa del giudice, essendo destinata ad applicare concretamente le disposizioni del legislatore ad un caso "vivo", reale, non può non avere fisiologicamente anche un valore costitutivo nella produzione della normatività, specie quando il decidente ha a che fare con la ponderazione, il bilanciamento e l'applicazione di diritti fondamentali<sup>6</sup>. A ben vedere, infatti, se si escludono quelle disposizioni meramente tecniche, che non abbisognano cioè di essere "riempite" di significato, come accade quando il legislatore stabilisce, ad esempio, l'aumento dell'IVA dal 21 al 22 % o, ancora, quando prescrive l'aumento/diminuzione delle accise sul carburante o incide sul prezzo dei beni coperti da monopolio di Stato, casi questi in cui le scelte del legislatore contengono in sé un significato univoco già "passato in giudicato" (per questo motivo è possibile chiamare questo tipo di enunciati legislativi *norme ontologiche*, in cui l'attività interpretativa viene praticamente assorbita, anche se mai completamente, dalla mera applicazione); tutte le altre disposizioni (che non sono ancora «norme» finché non interpretate) non contengono prescrizioni tali che l'interprete possa automaticamente applicare (in misura massima, come si diceva, quando concernono diritti fondamentali) così come emanate *ad libitum* dal legislatore – prima cioè dell'effettivo contatto con la complessità della realtà sociale di riferimento – come se si trattasse quasi di abiti sartoriali riposti in un armadio, già "misurati", destinati a vestire perfettamente il corpo inanime di una fantomatica società burattinesca<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Significativamente è stato sostenuto che «ogni diritto esistente porta in sé una riserva di potenzialità che non è esaurita dalle formulazioni positive e che spiega la necessità dei processi interpretativi. Se non vi fosse un diritto potenziale nascosto dietro ogni atto di articolazione giuridica, non sarebbe necessario far ricorso all'interpretazione. Dobbiamo dunque ammettere un diritto non esistente dentro, non già accanto, al diritto esistente. All'interno del diritto positivo c'è una riserva di giuridicità non esaurita dalla sua sporgenza nel mondo empirico. Per questo motivo nessun atto di determinazione giuridica, neppure quello del legislatore, può ritenersi definito e compiuto tanto da non aver bisogno di essere interpretato. L'atto interpretativo, a sua volta, cattura solo una parte del diritto non esistente, portandolo alla luce e attualizzandolo, ma non chiudendo certamente le porte ad atti successivi d'interpretazione e di attualizzazione. I processi d'interazione sociale, in cui consiste la giuridicità, sono pertanto processi interpretativi a tutti i livelli e con finalità pratiche». Così F. VIOLA, *Tre forme di giuridicità*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Torino, 1991, 323. Per il rapporto tra *norma* e *fatto* nella prospettiva ermeneutica del diritto, cfr. la ricostruzione di V. OMAGGIO – G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, 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)».

<sup>6</sup> In questo primo scorcio di XXI secolo le trasformazioni tecnologiche, la ricerca scientifica, i cambiamenti socio-economici, stanno incidendo notevolmente su alcune nozioni chiave della dogmatica giuridica tradizionale e, più in generale, dell'intera filosofia del diritto occidentale. Per fare un esempio, che l'identità di un essere umano possa mutare dopo pesanti interventi medici che ne cambiano il corpo aumentandone le capacità è un passo enorme che non solo tocca la sfera clinica o scientifica della "persona" ma che ha anche profonde implicazioni culturali, nell'etica e nel diritto. Nell'epoca della c.d. biopolitica, i rapporti tra libertà personale e i saperi/poteri (scientifici, tecnologici, economici e politici) sono materia di continua negoziazione. La dignità della persona non appare un dato metafisicamente indiscutibile, la vita "degnata di essere vissuta" non esiste in astratto ma appare piuttosto il risultato di norme morali e disposizioni giuridiche dello Stato (specie costituzionali) che si trasformano nei contesti, nel tempo, e in funzione delle relazioni umane. L'embrione è una persona? Da quale momento esattamente? Fin dove è lecito spingersi nel trasformare il proprio corpo? Dove finisce l'uomo e inizia la protesi artificiale? Non solo, quando le neuroscienze incontrano ambiti come l'etica, il diritto, la religione, anche queste discipline ne escono trasformate. Ci si potrebbe chiedere, infatti: in che modo concetti giuridici come "persona" o "responsabilità individuale" cambiano senso se collegati direttamente al funzionamento del nostro cervello? Fin dove è lecito spingersi per migliorare le nostre performance in campo fisico, psicologico, cognitivo? Dalla risposta a queste domande dipende l'estensione di un diritto fondamentale come il diritto alla vita. In gioco ci sono moltissime questioni: dall'aborto all'eutanasia, dai trapianti alla terapia del dolore, alla sperimentazione clinica. Sciogliere concretamente l'intreccio di regole giuridiche, principi costituzionali, etica, tecnologia e scienza intorno alla persona umana ed alle sue molteplici relazioni sociali, è una sfida che evidentemente non appare risolvibile soltanto attraverso disposizioni legislative generali e astratte, provenienti magari da risicate maggioranze politiche contingenti, lontane dalle reali esigenze del corpo sociale. Quando si ha a che fare con i diritti fondamentali, l'impressione è che si ha sempre di fronte una sorta di spazio precario di non diritto lasciato alla piena disponibilità della persona fintantoché non sorgono materialmente conflitti sociali. Nelle aule di giustizia, quando si verificano cioè realmente i "compiti" fatti dal legislatore, spesso si scopre la loro incapacità a regolamentare società complesse come quella contemporanea. L'idea che più avanti si tenterà di sviluppare è che non si tratta tanto di un'omissione o di negligenza o sciattezza del legislatore, quanto – nel caso dei diritti – di fisiologica incompiutezza delle formulazioni legislative e di necessaria co-produttività del giudice nel creare norme giuridiche effettive.

<sup>7</sup> 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*, in A. Cicu – F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980, I, 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 preconstituito 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». Cfr., anche, R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, cap. I; M. JORI – A.

Questi ultimi enunciati normativi – ai quali precipuamente si riferiscono queste brevi riflessioni – non sembrano, infatti, prescrivere immediatamente un determinato comportamento ma appaiono piuttosto “orientare” i destinatari a seguire o mantenere una certa condotta per non incorrere in eventuali sanzioni<sup>8</sup>. Non appaiono cioè dei binari da percorrere senza incroci ma più realisticamente sembrano delle indicazioni verso cui procedere per realizzare una migliore convivenza all’interno di società sempre più multiculturali e pluralistiche<sup>9</sup>. In queste disposizioni il ruolo dell’interprete/applicatore sembra infatti trasformarsi – più propriamente – in una funzione di partecipazione attiva alla produzione legislativa, in cui l’attività dell’interprete appare essere, come si accennava e meglio sarà chiarito più avanti, fisiologicamente costitutiva di normatività<sup>10</sup>.

Pertanto nelle pagine successive, in una prospettiva teorico-generale, saranno esposte alcune preliminari riflessioni sugli effetti e sulle principali conseguenze ordinali 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 ad una più complessa ed articolata *legalità intercostituzionale*<sup>11</sup>.

Effetti e possibili conseguenze che inevitabilmente si riverberano sulla tradizionale concezione della “positività” del diritto. Un diritto positivo che, si vuol dire, qualora si smetta di relazionarlo ai fatti concreti della vita – in quanto concepito come strumento dispositivo di condizionamento esterno ed autoritario nei confronti della società, come tale totalmente disconnesso dal complesso delle esigenze sostanziali di eguaglianza provenienti dalla realtà storico-materiale – sembra destinato a condurre alla lunga il sistema (inter)costituzionale posto a garanzia dei diritti probabilmente soltanto verso una invisibile quanto pericolosa distopia<sup>12</sup>.

---

PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, ed. 1995, 201 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 50 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 217 ss.

<sup>8</sup> Con l’avvertenza che nello Stato contemporaneo le “sanzioni” sono non soltanto di tipo *negativo* (ossia non costituiscono esclusivamente un mero strumento punitivo di repressione), ma anche di natura *positiva* (nel senso che esse possono anche prevedere un premio per il destinatario o incentivarlo a serbare un comportamento a lui favorevole). In merito, cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, ove l’autorevole studioso evidenzia che «dal momento che per le esigenze dello stato assistenziale contemporaneo il diritto non si limita più a tutelare atti conformi alle proprie norme ma tende a stimolare atti innovativi, e pertanto la sua funzione non è più soltanto protettiva ma anche promozionale, all’impiego quasi esclusivo di sanzioni negative, che costituiscono la tecnica specifica della repressione, si affianca un impiego, non importa se ancora limitato, di sanzioni positive, che danno vita a una tecnica di stimolazione e di propulsione di atti considerati socialmente utili, anziché alla repressione di atti considerati socialmente nocivi» (p. 22, *ma passim*).

<sup>9</sup> Come è stato di recente sottolineato da una sensibile studiosa, «Il distillato, la quintessenza del pensiero antropologico è la constatazione che si diventa esseri umani in modi diversi e che, semmai esistono strutture comuni, queste assumono una fenomenologia talmente eterogenea da rendere pressoché impossibile parlare di una sola umanità. Tale consapevolezza, ha modificato il senso comune e, consequenzialmente, l’idea di giustizia e l’orizzonte interpretativo del diritto, chiamando quest’ultimo a nuove valutazioni di fronte a contatti culturali sempre più frequentivi». Così I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, 149.

<sup>10</sup> Sul compito di «concretizzazione creatrice» di norme spettante al giudice, specie in materia di diritti fondamentali, si veda, già, M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, 14, 16 ss., nonché 136 ss.

<sup>11</sup> In dottrina, ha iniziato a discorrere di «ordine intercostituzionale», Antonio Ruggieri. In particolare, l’A., con tale espressione ha voluto mettere in risalto il fatto che ogni Costituzione (in senso materiale) racchiude in sé il principio fondamentale dell’apertura alle altre Carte dei diritti con la quale la Costituzione stessa deve potersi integrare. Infatti, le altre Carte, possono offrire anch’esse, a seconda del contesto, il loro fattivo concorso alla piena salvaguardia dei diritti fondamentali. In merito, cfr., almeno, A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. Pub. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss. Sul punto si avrà modo di ritornare più avanti, spec. § 4.

<sup>12</sup> Una probabile distopia, forse, che futuristicamente sembra a tratti rievocare la storia narrata da Evgenij Ivanovič Zamjatin nel celebre romanzo *Noi* (pubblicato all’indomani della Rivoluzione d’Ottobre), ove si legge di una società totalitaria in cui il potere del “legislatore” Benefattore, garante di una felicità “matematicamente” calcolata, controlla ogni aspetto della vita umana, fino alla manipolazione delle menti e del linguaggio. In esso, infatti, il protagonista – il matematico D-503 – descrive la felicità finalmente raggiunta dai cittadini attraverso lo Stato unico, dove gli uomini hanno perso ogni diritto, ogni nozione della propria individualità, per divenire solo un numero da presentare alle civiltà extraterrestri. Cfr. E.I. ZAMJATIN, *Noi*, Milano, ed. 1990, spec. 155 ss., in cui l’autore, immaginando una società regolata totalmente da leggi matematiche, giunge a scrivere che «... non c’è nulla di più felice delle cifre che vivono secondo le armoniose leggi eterne della tavola pitagorica».

## 2. L'interpretazione giudiziale nello Stato costituzionale di diritto: il superamento dell'ideale "geometrico" del sistema positivo ed il progressivo abbandono della concezione "taumaturgica" delle fonti di produzione legislativa.

Nella sua dimensione giuridico-applicativa, ed in particolar modo in riferimento alle fonti scritte del diritto, tipiche dei sistemi di *civil law*, il termine «interpretazione» può essere inteso precipuamente secondo due significati specifici<sup>13</sup>. Infatti, la parola «interpretazione», come ha fatto notare Giovanni Tarello in un suo celebre studio degli anni ottanta<sup>14</sup>, sta ad indicare, nel linguaggio giuridico, tanto il processo intellettuale di attribuzione di significato a determinati significanti (*interpretazione come attività o processo*), quanto il complesso dei risultati di tali attività (*interpretazione come prodotto*). In altri termini, ed in via generalissima, interpretare un testo giuridico significa porre in essere un'attività intellettuale – come tale difficilmente riconducibile ad una operazione oggettiva di stretta logica formale – di apprendimento e di critica dei propositi espressi dall'organo legislativo, attribuendo un senso normativo agli enunciati linguistici<sup>15</sup> in vista di una "decisione" parametrata ad un "caso" concreto.

Da subito, però, prima di proseguire oltre, occorre fare una precisazione. Nelle realtà ordinamentali (sia di *common* che di *civil law*), mentre l'interpretazione giuridica offerta, ad esempio, da un privato contraente o da un avvocato e, persino, da uno scienziato del diritto, costituisce essenzialmente una *proposta* di attribuzione ad un certo documento normativo di un particolare significato più o meno *influyente* nella vicenda giuridica che a vario titolo lo vede coinvolto, il giudice chiamato a decidere una controversia si pronuncia invece quale organo dello Stato, e la sua attività assume carattere ufficiale, vincolante per le parti, in quanto è lo stesso ordinamento giuridico a conferire alla sua interpretazione carattere autoritativo, ossia a stabilire che la sua interpretazione è l'unica valevole nel caso concreto<sup>16</sup>. La caratteristica tipica dell'interpretazione giudiziale, che la differenzia e la qualifica rispetto ad ogni altra attività ermeneutica, è dunque questa: essa, in astratto, non consiste in un particolare procedimento intellettuale diverso, "altro", da quello adottato (e adottabile) concretamente da un qualsiasi altro interprete, quanto, piuttosto, si caratterizza per il «particolare valore vincolante che l'ordinamento attribuisce alla decisione del giudice e nega alla interpretazione del privato»<sup>17</sup>.

Con la costituzionalizzazione progressiva della gran parte degli ordinamenti giuridici<sup>18</sup>, ed il conseguente passaggio dallo *Stato di diritto* ottocentesco (fondato sul primato della legge) allo *Stato costituzionale di diritto*<sup>19</sup> (fondato sul primato della Costituzione rigida, assistito dal sindacato di costituzionalità sulle leggi), si è avuto l'effetto principale di smantellare, dalle fondamenta, le vecchie "geometrie" ordinamentali tracciate dal positivismo legalistico<sup>20</sup>. Quest'ultimo, infatti, fondato sull'idea (meglio, ideologia) asfittica che «la legge è

<sup>13</sup> Sul tema dell'interpretazione giuridica, per uno studio di carattere teorico-generale, è d'obbligo, qui, almeno il rinvio alle due "classiche" e autorevoli opere di E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949; e G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, op. cit. Inoltre, si vedano le voci enciclopediche di M. DOGLIANI, *Interpretazione*, op. cit., 3179 ss.; R. ALEXI, *Interpretazione giuridica* (voce), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, 1996. Sullo specifico tema dell'interpretazione giudiziale, si veda, tra gli altri, lo studio monografico di V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996.

<sup>14</sup> Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, op. cit., 39 ss.

<sup>15</sup> Per enunciato s'intende la più piccola unità linguistica capace di esprimere un significato in sé completo. Pertanto, oggetto dell'interpretazione sono gli enunciati, e non le singole parole. Queste ultime, infatti, non hanno un significato in sé indipendente, ma un significato di contesto, ossia ricavato dagli enunciati in cui esse ricorrono. Sul punto, cfr. A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), trad. it. a cura di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, ed. 2001, 108 ss., il quale, come esempio minimo, riporta l'espressione «Guarda, c'è un gatto!». «Se si dice "gatto" soltanto ciò non significa niente».

<sup>16</sup> Così E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, op. cit., 131.

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, 23.

<sup>18</sup> 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. Per una ricostruzione storica del termine costituzionalismo, cfr. P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza – A. Di Giovine – G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2010, 21 ss.

<sup>19</sup> Sul punto, cfr., almeno, C. FARALLI, *Stato*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, ed. 2011, 185 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Id.*, (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2005, spec. 3, 14 ss.; nonché il primo capitolo di G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005. Sullo scarto che sussiste tra lo Stato di diritto ottocentesco ed il contemporaneo Stato costituzionale, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 20 ss., ma *passim*; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004.

<sup>20</sup> In questa sede, tra i molti ed affatto univoci significati dell'espressione positivismo giuridico, ci si riferirà a quelle tesi ed a quegli atteggiamenti di pensiero per cui il positivismo giuridico si presenta come un metodo logico-formale per la formazione e l'interpretazione delle leggi, fondato sull'idea del diritto come completezza logica di un sistema "chiuso" ed autosufficiente, costruito dal legislatore con fattispecie legali generali ed astratte di significato univoco, e dal quale, con mezzi meramente logici, si possono dedurre decisioni corrette. Sul problematico rapporto tra positivismo e costituzionalismo, cfr., per tutti, G. BONGIOVANNI, *Teorie costituzionalistiche del*

tutto il diritto» e che «la legge è tutta diritto»<sup>21</sup>, ha negato per decenni ogni apporto autonomo alla sfera dell'esperienza – al processo ermeneutico attuativo/applicativo delle norme giuridiche da parte del giudice come di ogni altro interprete – configurando un sistema giuridico completamente chiuso e autoreferenziale<sup>22</sup>. Nei fatti, ne è derivato un ordinamento strutturato secondo rigide dicotomie (essere/dover essere, fatto/diritto, *legis-latio/legis-executio*, disposizione generale/caso concreto)<sup>23</sup>, entro il quale la Costituzione veniva praticamente considerata come una norma precipuamente «procedurale», un semplice strumento di organizzazione delle competenze, incapace di porre vincoli *sostanziali* al potere legislativo ma, soltanto, limiti *formali* legati al fatto che la norma costituzionale «oltre a designare le persone legittimate a legiferare, può definire in termini più o meno rigidi i procedimenti da seguire nella legislazione»<sup>24</sup>.

Nello Stato liberale di diritto, insomma, l'attività giurisdizionale si è sempre più burocratizzata, daché l'illuminismo giuridico<sup>25</sup>, «ritenendo il processo formativo del diritto assolutamente chiuso con la promulgazione della norma e considerando quel testo inattaccabile da qualsiasi vicenda successiva perché inserito nel sicuro usbergo di una rocciosa a-storicità»<sup>26</sup>, aveva ridotto i giudici a passivi esecutori di un'apodittica volontà generale del legislatore<sup>27</sup>, contenuta nel testo delle disposizioni normative volta a volta monopolisticamente prodotte dalle forze politiche dominanti di derivazione borghese<sup>28</sup>.

In questo sistema, compito dell'interprete, dell'operatore giuridico, secondo il classico, formale, deduttivo meccanismo sillogistico, era la mera sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta<sup>29</sup>. Negli Stati legislativi<sup>30</sup>, dominati dal principio di legalità<sup>31</sup>, il baricentro non poteva che trovarsi nella fun-

*diritto. Morale, diritto, e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, 2000, 59 ss. Sui caratteri fondamentali del positivismo giuridico, imprescindibili sono le pagine di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, 2011, (con Prefazione di L. Ferrajoli), il quale, come noto, dopo aver distinto tre aspetti del positivismo giuridico (come ideologia, come teoria del diritto e come modo di accostarsi allo studio del diritto), dichiara la sua adesione al positivismo giuridico solo in quanto modo avalutativo e scientifico di accostarsi allo studio del diritto, concepito come fenomeno reale e non ideale (84 ss.).

<sup>21</sup> Sono le parole di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 29.

<sup>22</sup> Secondo J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 1996, 240, «i giuspositivisti [...] insistono sul carattere chiuso e autonomo di un sistema giuridico completamente impermeabile a principi extragiuridici, sicché la validità delle prescrizioni giuridiche dipenderà soltanto dall'osservanza delle procedure di statuizione».

<sup>23</sup> Inevitabile, qui, il riferimento ad H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. a cura di G. Losano, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, ed. 2000, il quale, sin dalle prime pagine, avverte il lettore che «La dottrina pura del diritto [...] è scienza del diritto, non già politica del diritto. [...] Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei» (47).

<sup>24</sup> Così 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, 114. Questa lettura procedurale della Costituzione, è confermata dal fatto che, secondo l'A., «i limiti all'attività legislativa consistono in incapacità non in doveri» (288, nota 79).

<sup>25</sup> Per «illuminismo giuridico», s'intende la divulgazione delle idee *giusrazionaliste* degli scrittori settecenteschi. Cfr., in merito, le interessanti pagine di M. BARBERIS, in *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, ed. 2011, 28 ss.

<sup>26</sup> Sono queste le suggestive parole utilizzate, a proposito del ruolo del giudice nella modernità costruita dall'illuminismo giuridico, da P. GROSSI, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 17.

<sup>27</sup> Come sottolinea G. AZZARITI, in *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale.*, Roma-Bari, 2010, 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.

<sup>28</sup> Secondo M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 35 ss., il modello di Stato del XIX secolo andrebbe definito come monoclasse, rispetto al potere detenuto dalla classe borghese e liberale, rispetto ai «*principi ideologici e politici del liberalismo politico e del liberalismo economico*» posti a fondamento della sua conformazione.

<sup>29</sup> Sono assai note tra gli studiosi – anche se, purtroppo, spesso ignorate nella realtà applicativa dagli operatori giuridici, intrisa com'è di antistorici dogmatismi – le critiche mosse al meccanismo sillogistico. 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* (1972), trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983, 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».

<sup>30</sup> Per la comprensione delle dinamiche imperanti nello Stato legislativo, appaiono ancora indicative le pagine di C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in ID., *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, trad. it. a cura di G. Miglio – P. Schiera, Bologna, 1972, 209 ss., il quale lo delinea efficacemente come «*quel particolare sistema politico, la cui peculiarità consiste nel fatto che esso scorge l'espressione più alta e decisiva della volontà in normazioni, che vogliono essere diritto, che perciò pretendono di avere determinate qualità, e alle quali quindi devono essere subordinate tutte le altre funzioni, competenze e qualità pubbliche*».

zione di *legis-latio*, ossia nell'attività "miracolosa" di produzione di regole di condotta generali ed astratte, lasciando ai titolari di funzioni di *legis-executio* (agli interpreti applicatori) compiti – almeno in apparenza – imparziali, di neutrale esecuzione di scelte politiche già prese per intero dal legislatore<sup>32</sup>.

Come si accennava, l'adozione di Costituzioni rigide che incorporano una serie di diritti fondamentali e che prevedono soprattutto la presenza del sindacato di costituzionalità sulle leggi<sup>33</sup>, ha di fatto (e non solo in astratto) mutato nel profondo la struttura degli ordinamenti giuridici<sup>34</sup>. Dopo la seconda guerra mondiale, sulla scia del pensiero americano, anche nel continente europeo<sup>35</sup> si è sempre più sviluppata la consapevolezza da parte degli studiosi che i sistemi costituzionali contemporanei – essendo fondati non tanto su «regole» quanto, primariamente, su «principi»<sup>36</sup> – hanno comportato l'«apertura»<sup>37</sup> del diritto verso valutazioni di tipo morale<sup>38</sup> (connaturate ad esigenze ineludibili di giustizia incluse nei principi stessi), spostando così, ine-

<sup>31</sup> Su tale principio, cfr., almeno, S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973; N. BOBBIO, *Stato, governo e società*, Torino 1985, 77 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990.

<sup>32</sup> In tal senso, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 5-6. Il giuspositivismo, scriveva U. SCARPELLI, in *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, 131, «è una faccia della tecnica politica che vuole realizzare il controllo sociale mediante una produzione regolata di norme generali ed astratte». Va notato però, che nelle sue ultime opere, dichiarandosi «un credente nella legge e difensore del positivismo giuridico alquanto pentito», Scarpelli cambia rotta, e sostiene la necessità di individuare principi capaci di guidare la legislazione, auspicando la creazione di un apparato giudiziario capace di assicurare, sulla base di tali principi, che si identificano con i principi costituzionali positivi, un'attività di interpretazione del diritto che svolga una funzione unificante simile a quella svolta in passato dai codici e dalla legge, che non sembra più offrire quelle garanzie di razionalità e di tutela dei diritti fondamentali che ne avevano fatto lo strumento principale del moderno Stato di diritto. Si vedano, in particolare, i suoi *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in «*Rivista di filosofia*», 1987, 3 ss.; e *Il positivismo giuridico rivisitato*, in «*Rivista di filosofia*», 1989, 461 ss.

<sup>33</sup> Secondo M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 1988, 62, «la presenza del sindacato di costituzionalità definisce il costituzionalismo nel suo senso più stretto».

<sup>34</sup> A proposito delle Costituzioni del Novecento, M. FIORAVANTI, in *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 1998, 158, ha parlato di una «forma nuova e inedita» di organizzazione politico-giuridica basata sulla compresenza di limiti del potere e principio democratico.

<sup>35</sup> Storicamente, a partire dalle rivoluzioni settecentesche, è necessario distinguere tra la corrente filosofica del costituzionalismo anglosassone, e quella del costituzionalismo di derivazione francese. Sinteticamente, mentre nell'idea anglosassone di Costituzione sono prevalsi gli aspetti di limitazione del potere (la Costituzione è una Costituzione «garanzia», caratterizzata da un'organizzazione dei poteri di tipo «bilanciato»), la Costituzione francese, invece, è stata piuttosto concepita come una Costituzione «indirizzo», «programma politico», fondata su di un'organizzazione del potere di tipo «monista», che prevedeva un potere prevalente, quello legislativo, al quale in vario modo dovevano essere subordinati tutti gli altri poteri dello Stato. Sul punto, cfr. N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in *Dizionario di Politica*, Torino, 1983; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit., 9 ss.; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, op. cit., spec. 5 ss.

<sup>36</sup> A grandi linee, mentre i *principi* si caratterizzano per essere contenuti in enunciati «aperti», «privi di fattispecie», dovendo assolvere il compito primario di garantire, attraverso il loro «bilanciamento» nel caso concreto, la migliore espressione del pluralismo sociale nelle complesse realtà ordinamentali; le *regole* si identificano in disposizioni legislative più precise, facilmente individuabili, rispondenti ad una logica del «tutto o niente», alla quale bisogna soltanto «ubbidire» e che, kelsenianamente parlando, corrisponde alla formula imperativa ipotetica «se X deve essere Y», senza spazio alcuno per soluzioni diverse. Sulla differenza tra regole e principi, e sulle varieguate 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, 93 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 9 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit., spec. 149 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.; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1985, spec. 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.

<sup>37</sup> Secondo S. HOLMES, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in *Constitutionalism and Democracy. Studies in Rationality and Social Change*, ed. by J. Elster – R. Slagstad, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, 227, le norme costituzionali hanno non solo la funzione di limitare il potere ma, soprattutto, anche quella di «abilitare» (l'A. parla di *enabling rules*) o «aprire» degli spazi di azione politica. Più in generale, è bene ricordare che gli studiosi hanno individuato, oltre alla funzione di base della Costituzione (che esprime la visione tradizionale classica del costituzionalismo) di «limitazione del potere», almeno altri tre tipi di funzioni. In merito, cfr. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit., 8 ss., il quale evidenzia come nel dibattito europeo, oltre alla «limitazione del potere», la Costituzione ha assunto anche una funzione di «autorizzazione» (che corrisponde alle «enabling rules» appena citate), un'altra di «legittimazione dell'autorità politica» e, infine, una funzione di «integrazione» sociale, grazie all'inclusione di fini e valori che divengono obiettivi dell'attività pubblica.

<sup>38</sup> Sulla diversa e non facile distinzione tra valori e principi, cfr., invece, tra i principali autori, A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, spec. 136 ss. e 357 ss.; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, t. 2 (2008), 198 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 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](http://www.astrid-online.it), 92/2009; L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura dello stesso M., Torino, 2011, 1 ss. 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.); F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, fasc. 4, 1993, 3007 ss. La questione sui temi da ultimo prospettati, si fa assai delicata, giacché si sposta sulle complesse problematiche che

vitabilmente, la legalità dal piano meramente «legale» a quello «costituzionale», ovvero ad una legalità superiore a quella ordinaria e formale, in grado di limitare materialmente la potestà del legislatore<sup>39</sup>.

Come ha messo in evidenza attenta dottrina<sup>40</sup>, le democrazie costituzionali contemporanee si reggono, è difficile negarlo, su di un «paradosso»: ossia l'individuazione di ciò che è «politicamente decidibile» da parte del potere democratico (il legislatore) e, in parallelo, cosa lo è dal «governo dei giudici». Le Costituzioni contemporanee, infatti, custodiscono «diverse ideologie politiche, ossia differenti sistemi di valori che consentono di interpretare diversamente i principi fondamentali (si pensi alla solidarietà, al diritto alla vita o al principio di uguaglianza) che le costituzioni riconoscono»<sup>41</sup>. Nella realtà, «i principi possono essere interpretati variamente secondo i diversi punti di vista», mancando una disciplina della loro «compatibilità», una soluzione certa nei casi di «collisione», così come la «fissazione dei punti di equilibrio»<sup>42</sup>. Pertanto, si potrebbe dire, sullo sfondo del «paradosso» delle Costituzioni democratiche, sta il fatto che i sistemi costituzionali si caratterizzano per avere un «doppio lato: da una parte l'idea dei diritti come dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge e, dall'altra, quella di un autonomo fondamento e di una specifica funzione politica assegnata alla legge. Su questa base si separano i diversi ruoli dei diversi attori istituzionali: mentre quelli politici (i legislatori) determinano l'indirizzo di maggioranza al di fuori, spesso, di finalità di ordine costituzionale, gli organi giurisdizionali e le Corti costituzionali hanno il compito di rendere concreta la Costituzione, di affermare i diritti fondamentali in essa contenuti»<sup>43</sup>.

È dunque in questo concreto, particolare e complesso scenario venutosi a creare che occorre riflettere sul fenomeno dell'interpretazione giudiziale nel nostro sistema giuridico. In un ordinamento, sembra opportuno ricordarlo, in cui storicamente – a differenza che in altri sistemi costituzionali europei (primo fra tutti quello tedesco) – scarsa è stata per anni la sensibilità della dottrina costituzionalistica italiana sulle grandi questioni sollevate dall'entrata in vigore delle Costituzioni democratiche negli ordinamenti occidentali. Pochi, infatti, sono stati gli studi teorico-generalisti che si sono interrogati sulla specifica natura del diritto costituzionale, essendosi, per la maggior parte, limitati a sviluppare i pensieri della dottrina nazionale precedente – in un'ottica di sostanziale continuità con la dogmatica formalistica di matrice orlandiana<sup>44</sup> – anziché collocare le

---

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. Sottolinea la distinzione tra «principi» e «valori» J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, op. cit., 303 ss., il quale, dopo aver affermato la natura «normativa» dei principi scrive che «norme e valori sono diversi, in primo luogo, per il fatto di riferirsi a un agire deontologico o teleologico; in secondo luogo per la codificazione binaria o graduale della loro pretesa di validità; in terzo luogo per la loro obbligatorietà assoluta o relativa; in quarto e ultimo luogo, per i diversi criteri di consistenza cui deve soddisfare un sistema di norme rispetto a un sistema di valori»; e dunque, sempre secondo l'A., «il fatto che le norme e i valori siano così diversi nelle loro caratteristiche logiche, fa sì che anche la loro applicazione risulti caratterizzata da notevoli differenze». Si vedano, anche, F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, op. cit., 115, che ritiene l'identificazione tra principio e valore «piuttosto semplicistica, più che semplificante»; e A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3068, secondo cui «i valori, di per sé, non esprimono un dover essere giuridico [...] Per varcare tale soglia, è necessario riferirsi alle norme ed ai principi costituzionali che conferiscono ai valori predetti rilevanza giuridica, calandoli in fattispecie al cui verificarsi collegano determinate conseguenze giuridiche». 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. ALEXI, *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, 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.

<sup>39</sup> Cfr. 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.

<sup>40</sup> Cfr. G. BONGIOVANNI, op. cit., 20 ss.

<sup>41</sup> Così G. GOZZI, *Storia e prospettive del costituzionalismo*, in *La filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, a cura di G. Bongiovanni, Bologna, 1999, 25.

<sup>42</sup> In tal senso G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in *Il futuro della democrazia*, a cura di G. Zagrebelsky – P.P. Portinaro – J. Luther, Torino, 1996, 78. In merito, cfr. quanto statuito da ultimo dalla Corte cost., sent. n. 85/2013, a proposito del caso Ilva e su cui v. *infra*, § 7.

<sup>43</sup> Così, ancora, G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit., 17. Sul punto, cfr., anche, R. BIN, *Lo Stato di diritto*, op. cit., 45 ss.

<sup>44</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, Torino, 1890, 955, secondo cui la Costituzione è una «legge come qualsiasi altra». Secondo l'A., inoltre, ciò comporta il rifiuto dell'assunto secondo il quale «la interpretazione esegetica dell'articolo di una costituzione sia qualcosa di diverso che l'interpretazione dell'articolo di una legge qualunque».

riflessioni della teoria italiana nei più ampi filoni del pensiero democratico-pluralistico, fervente nel panorama europeo<sup>45</sup>.

La “misura” della discrezionalità del giudice, nel nostro ordinamento, ha pertanto dovuto fare a lungo i conti con questo substrato socio-culturale che, a sua volta, si è riverberato (e non poteva che essere così, essendo il diritto, prima di tutto, un fenomeno sociale) sul testo della Costituzione repubblicana. Basti pensare, solo per fare un esempio assai rappresentativo, al tenore dell’art. 101, comma 2 della nostra Carta fondamentale (il quale stabilisce che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge»), e compararlo con l’art. 20, comma 3 della Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*). Quest’ultima, evidentemente mostrando maggiore sensibilità nei confronti del diritto costituzionale, ha evitato di commettere l’errore di ridurre, nel ridisegnare l’architettura dell’ordinamento della Germania post-nazista, tutto il diritto alla legge. Di fatti, dopo aver specificato che la «*legislazione è vincolata all’ordinamento costituzionale*», richiede al giudice di motivare le sue decisioni in base non soltanto alla «*legge*» (come nel nostro ordinamento) ma, anche e soprattutto, al «*diritto*» (*in primis* costituzionale)<sup>46</sup>.

### **3. La tecnica dell’interpretazione conforme come strumento a disposizione dei giudici utilizzabile nei casi concreti per la costante “storizzazione” delle disposizioni del legislatore.**

Da quanto si è venuti dicendo, non deve sorprendere se tra molti dei cd. «giuristi pratici» (giudici, avvocati e pubblici funzionari) e buona parte della classe politica italiana, sopravviva, con una certa resistenza, la concezione del diritto come insieme di norme di condotta poste dal legislatore (costituzionale e ordinario) in regime di monopolio, e della giurisdizione come attività logico-deduttiva destinata meramente all’applicazione al “caso” di specie della norma “obiettivamente” vigente, secondo lo schema del sopra menzionato sillogismo normativo. Quest’ultimo, tradizionalmente, è ritenuto, infatti, lo strumento “aritmetico” atto a scongiurare la “creatività” della giurisprudenza, ignorando (più o meno consapevolmente) che nella realtà applicativa sono invece le circostanze della vita a integrare, assieme alla legge ed ai concreti fatti sociali, la premessa maggiore del sillogismo, e che quindi le decisioni dei giudici contengono inevitabilmente elementi innovativi della fattispecie normativa<sup>47</sup>.

Nel tempo presente – lo si avverte *ictu oculi* – la funzione giurisdizionale è dunque chiamata a modellare sempre più spesso le proprie decisioni sulla particolarità e imprevedibilità delle singole vicende che si presentano nelle aule di giustizia. Il legislatore, infatti, se da un lato si mostra incapace di garantire stabilità al Paese adottando politiche coerenti e lungimiranti nei principali settori economico-sociali, d’altra parte non può essere chiamato a rispondere di tutti i problemi legati alla *strutturale incompiutezza* della sua produzione legislativa, specie a tutela dei diritti fondamentali: le sue previsioni normative restano, appunto, delle «previsioni», e come tali non possono che funzionare come direttive parziali e limitate nella tutela giuridica soltanto di alcuni interessi usciti vincitori dalla “lotta” o dal “compromesso” politico in un determinato momento

<sup>45</sup> Mette nitidamente a fuoco questi aspetti critici della scienza costituzionalistica italiana del XX secolo, la relazione di A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Giornate in onore di A. Falzea*, 15-16 febbraio 1991, Milano, 1993, 57 ss. Anche Luigi Ferrajoli e Riccardo Guastini hanno fatto notare che la cultura giuridica italiana ha tardato lungamente a prendere atto delle trasformazioni che l’entrata in vigore della Costituzione ha provocato sull’itero paradigma del diritto. Cfr., L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 49 ss.; R. GUASTINI, *La «costituzionalizzazione» dell’ordinamento italiano*, op. cit., 185 ss.

<sup>46</sup> Per una ricostruzione recente del fenomeno interpretativo nell’ordinamento tedesco, cfr., almeno, J. LUTHER, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, Relazione al Seminario “*La Corte, i giudici e le interpretazioni adeguatrici*”, Roma, 6 novembre 2009, consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); D. SCHEFOLD, *L’interpretazione conforme alla costituzione*, Relazione al Convegno annuale A.I.C. “*La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*”, Roma, 27-28 ottobre 2006, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Aula Magna, reperibile al seguente indirizzo <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200610/schefold.html>, spec. § 3.

<sup>47</sup> La sola logica formale, dunque, serve al massimo a spiegare in astratto le (presunte) volontà del legislatore, ma non ci permette di fare un passo in avanti sulla via del progresso effettivo e concreto del fenomeno giuridico. Più in generale, si pensi già alla celebre polemica di Francesco Bacone (1561-1626, padre dell’empirismo e teorico dell’induzione) contro il sillogismo aristotelico (o ragionamento deduttivo), accusato di sterilità e vuoto formalismo logico, visto anche come causa principale dell’arretratezza in cui versava il sapere scientifico prima della rivoluzione astronomica di Copernico, Keplero e Galileo. Scrive Bacone: «*Noi respingiamo la dimostrazione per mezzo di sillogismo, perché essa non produce che confusione e fa sì che la natura ci sfugga dalle mani. Quantunque infatti nessuno possa dubitare che due cose che si accordano con un termine medio si accordino anche fra loro (che è una specie di certezza matematica), tuttavia qui è nascosto un inganno: perché il sillogismo consta di proposizioni, le proposizioni di parole e le parole sono etichette e i segni delle nozioni*». Così F. BACONE, *Instauratio magna*, in *Id.*, *Scritti filosofici*, a cura di P. Rossi, Torino, 1975, 533. In merito, per alcune tra le più autorevoli riflessioni in ambito più propriamente giuridico, si vedano, almeno, agli autori citati *supra*, nota 29.



storico. Il legislatore, in questa attività, esaurisce probabilmente il suo principale compito istituzionale, ma ciò non significa che tutto il diritto si radichi e germogli esclusivamente in seno a maggioranze politiche contingenti, non certo concepibili come associazioni perfettamente rappresentative dell'interesse comune<sup>48</sup>.

Un diritto pensato come prodotto della sola volontà legislativa, s'è visto, tiranneggia come *perfezione presente* – come se il dato normativo fosse intrinsecamente “giusto” perché proveniente da un legislatore dotato di una razionalità para-divina e insuperabile<sup>49</sup> – provocando l'esiziale effetto di allontanare l'attenzione di chi vi è sottoposto (nello Stato di diritto, non solo dei cittadini ma anche delle istituzioni tutte) dall'idea di un diritto costantemente *in fieri* e, pertanto, dalle responsabilità connesse al governo dei continui ed irrequieti mutamenti della realtà sociale.

L'idea statica e “conservatrice” che fa da sottofondo a una siffatta concezione del diritto – come se il «diritto posto» in un dato momento storico e contenuto in un enunciato normativo, sia esso rinvenibile all'interno di un Codice, di un Testo Unico e persino in una Costituzione (intesa nel suo significato formale), potesse sempre rappresentare la migliore forma di organizzazione possibile – reprime ogni istanza di cambiamento<sup>50</sup>.

Attraverso l'imposizione autoritativa di regole calate dall'alto, *una tantum*, e vevoli sino a quando il legislatore non interviene con una nuova manifestazione di volontà di senso diverso, il diritto spesso assume nel tempo le sembianze di un mero strumento di forza bruta, irragionevole, delle volte al punto da divenire per molti aspetti incomprensibile ai suoi destinatari (cittadini, amministrazioni pubbliche e giudici) i quali, nelle concrete applicazioni, avvertono dunque l'esigenza di modificarlo, talvolta *ab imis fundamentis*<sup>51</sup>, per renderlo funzionale alla regolamentazione degli *effettivi* rapporti sociali, governati da valori e culture diverse, inavvertite o ignorate al tempo dell'emanazione dell'atto legislativo<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Anzi, tutt'altro. Si pensi, ad esempio, agli effetti normativi “contro-maggioritari” prodotti da ultimo dalla sentenza della Corte cost. n. 162 del 2014. Essa, invero, annullando il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge n. 40/2004, ne ha sostanzialmente ridefinito la portata normativa. Qui, il giudice delle leggi, censurando il bilanciamento «irragionevole» operato dal legislatore al momento dell'emanazione dell'atto legislativo – consistente nella sproporzione eccessiva tra la protezione della persona nata dalla fecondazione eterologa da un lato, e la tutela del diritto alla genitorialità e di formare una famiglia con prole, dall'altro – è intervenuto a riequilibrare la tutela di fondamentali diritti e interessi di natura etica che la classe politica italiana, di sua sponte, assai difficilmente avrebbe con decisione tutelato. Per un primo commento alla pronuncia, cfr. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, consultabile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 11/06/2014, il quale, in merito, esprime non poche preoccupazioni sul fatto che – e questa sentenza lo confermerebbe – tanto la tutela dei diritti di rango costituzionale quanto la persona, ormai finiscono per dipendere sempre meno da una volontà politica e sempre più dagli sviluppi della scienza e della tecnica.

<sup>49</sup> In questo, giusnaturalismo e positivismo trovano un punto in comune. Alla «volontà divina» o «allo stato delle cose» della natura, il positivismo sostituisce l'assolutismo dello Stato e il conseguente dominio assoluto della legge. In merito, cfr. le acute riflessioni di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, *passim*. Celebri, poi, sul punto, sono le parole di N. BOBBIO, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., 123, che parla di giusnaturalismo e giuspositivismo come di «fratelli nemici».

<sup>50</sup> E qui tornano in mente gli (attuali) interrogativi posti, ben oltre due secoli fa, dagli studiosi ai tempi della rivoluzione americana e francese: può una generazione dominare su quelle successive, per così dire occupare normativamente il futuro? Non è forse questo il potere dei morti sui vivi? Già Sieyes, nel solco tracciato da Rousseau (*Du contrat social*, 1762, I/7, III/18) e d'accordo con le richieste di Condorcet, sosteneva la necessità di determinare dei punti temporali fissi oltre i quali il popolo avrebbe dovuto rivedere e rinnovare la propria Costituzione. Più efficacemente Thomas Paine (nel suo Trattato *Rights of man*), il quale bollò come la più ridicola e sfrontata di tutte le tirannie la vanità e la presunzione di voler continuare a governare, attraverso un documento scritto di durata illimitata, oltre la tomba. Ma l'esposizione concettualmente più acuta e meditata del problema è dell'autore della Dichiarazione di indipendenza americana, a suo tempo ambasciatore in Francia e più tardi terzo presidente degli Stati Uniti: Thomas Jefferson. Egli, in una lettera redatta a Parigi (datata 6 settembre 1789) indirizzata a James Madison, sottolinea il fatto che non possono esserci né una Costituzione eterna, né una legge eterna, perché la terra appartiene sempre alla generazione vivente. Se Costituzione e leggi fossero applicate al di là della durata di una generazione, ciò avverrebbe solo con la violenza e non sulla base del diritto. Come spazio temporale concreto per l'esaurimento del consenso legittimante Jefferson, sulla base delle statistiche di mortalità, indicava 19 anni: infatti, dopo quel termine, di quelli che avevano fatto parte della generazione fondatrice solo meno della metà sarebbe stata ancora in vita e sarebbe mancata alla Costituzione che avesse continuato ad esistere la maggioranza richiesta. In merito, di recente, cfr. H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat* (2009), trad. it., *Lo Stato costituzionale moderno*, a cura di A. Carrino, Napoli, 2011, spec. 23 ss.

<sup>51</sup> Ad esempio, si pensi alla sorte dell'art. 559 c.p., che puniva il delitto di adulterio perpetrato dalla sola moglie. La Corte cost., con sent. n. 126/1968 ha dichiarato dapprima costituzionalmente illegittimi i primi due commi. Successivamente, la stessa Consulta, con sent. n. 147/1969 ha dichiarato costituzionalmente illegittimi i cc. 3 e 4, demolendo così l'intero reato, frutto di una cultura oppressiva e discriminatoria nei confronti delle donne, non più conforme ai principi costituzionali.

<sup>52</sup> 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* (1940), Milano, 1998, Ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, opera nella quale è stata lucidamente rilevata la necessità, in un sistema costituzionale, di ricercare la radice e il fondamento

L'apparente fallimento del progetto – proprio dei Padri costituenti – di un'attuazione costituzionale per il tramite del solo legislatore, ossia attraverso una programmazione sociale da portare avanti mediante un meccanismo di attuazione costituzionale prevalentemente politico<sup>53</sup>, ha comportato l'accentuazione dei compiti e delle responsabilità del giudice in una prospettiva di progressivo avvicinamento del sistema ispirato alla *Verfassungsgerichtsbarkeit* a quello del *judicial review of legislation*<sup>54</sup>.

Mutate le circostanze storico-giuridiche che hanno condizionato la scelta dei Costituenti verso un modello rigido e accentratore di giustizia costituzionale – figlio, come è noto, della diffidenza verso un corpo di giudici-burocrati nominati dal Governo e concepito, pertanto, nel tentativo di proteggere lo Stato parlamentare-legislativo contro la «*minaccia dello svuotamento per via giurisprudenziale*»<sup>55</sup> delle garanzie democratiche – ci si trova in presenza di un ulteriore slittamento del modello positivamente previsto nel nostro ordinamento verso tratti di “diffusione”, in cui l'apporto del giudice comune non si arresta all'iniziativa nel giudizio sulle leggi, ma si estende fino a comprendere il pieno coinvolgimento di esso nella risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale<sup>56</sup>.

---

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*, op.cit., 35 ss.; A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 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 e A. Loiodice, Padova, 1990.

<sup>53</sup> In merito, si veda M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, op. cit., 19; Dello stesso A., cfr. *La scienza del diritto pubblico*, Tomo II, *Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, 877.

<sup>54</sup> Cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 165 ss.

<sup>55</sup> G. VOLPE, *op. ult. cit.*, 167.

<sup>56</sup> Così G. SORRENTI, *La Costituzione “sottintesa”*, Relazione presentata al Seminario dal titolo “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010, e leggibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 48.

Attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione<sup>57</sup>, si richiede, insomma, al giudice, un vero e proprio sforzo interpretativo finalizzato a ricavare dalla disposizione legislativa oggetto di delibazione una norma (il significato normativo della disposizione) che non si ponga in contrasto con le previsioni della Carta fondamentale. Oggi, i giudici comuni, nel momento in cui interpretano le disposizioni che sono chiamati ad applicare al caso sottoposto al loro esame, non possono fare a meno di interpretarle conformemente a Costituzione, e ciò prima ancora che sorgano dubbi circa la possibile «rilevanza» e la «non manifesta infondatezza» della questione incidentale, ai fini di un eventuale promovimento del giudizio di costituzionalità innanzi alla Consulta<sup>58</sup>.

L'invito sempre più pressante che per anni il giudice costituzionale ha rivolto al giudice comune affinché risolvesse da sé i dubbi di costituzionalità, senza sollevare – se non come *extrema ratio* – la questione di legittimità costituzionale, a partire dalla metà degli anni Novanta si è tramutato in un vero e proprio obbligo giuridico per il decidente<sup>59</sup>. Infatti, sebbene il criterio dell'interpretazione conforme non nasca in quegli anni ma fosse già noto alla giurisprudenza precedente<sup>60</sup>, è però solo con la sentenza n. 356 del 1996<sup>61</sup> che

<sup>57</sup> Sul tema la dottrina è assai vasta. Tra i più recenti contributi, cfr. A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 2/2014; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 2/2014; ID., *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. Cerri – P. Haberle – M. Jarvard – P. Ridola – D. Schefold, *Il diritto tra interpretazione e storia, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, III, Roma, 2011, 317 ss.; ID., *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.*, 2010, 1961 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, spec. 50 ss., ma *passim*; ID., *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. 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](http://www.astrid-online.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) accentrato*, reperibile in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), riv. n. 17/2011; 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.; G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, op. cit., 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](http://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 in 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.; I. CIOLLI, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 1/2012; 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*, op. cit., *passim*; A.M. NICO, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007, *passim*; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), ora consultabile anche in *Studi in onore di G.G. Florida*, op. cit., 413 ss.; R.G. RODIO, *L'interpretazione costituzionalmente adeguata nel sistema spagnolo*, Bari, 2004, *passim*; E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002.

<sup>58</sup> In dottrina, tende a prevalere l'idea che il dovere di interpretazione conforme integri una sorta di *pre-condizione* della questione di legittimità costituzionale «che è affiorata nella dinamica concreta del giudizio sulle leggi, una volta giunto a maturazione il processo di consapevolezza circa il rinnovato ruolo del giudice e l'aggiornato statuto dell'interpretazione che caratterizza lo Stato costituzionale contemporaneo. La precedenza logica e cronologica della prevenzione in chiave ermeneutica dei conflitti tra legge e Costituzione rispetto alla loro risoluzione giudiziale da parte della Corte sarebbe una ricaduta di tale processo». Così ancora G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, op. cit., 15. Nello stesso senso, cfr. O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice*, in M. D'Amico – B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme*, op. cit., 27, secondo il quale «il complesso delle operazioni che vanno sotto il nome di interpretazione conforme non può che precedere logicamente la valutazione di non manifesta infondatezza della q.l.c.»; e M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica*, in V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, 379, secondo cui «la scelta della interpretazione conforme a Costituzione viene ormai ritenuta dalla Corte come una delle operazioni interpretative che il giudice è tenuto a compiere prima di poter sollevare la questione».

<sup>59</sup> Sul punto, cfr. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Ass. per gli studi e le ricerche parlamentari, Quad. n. 16*, 2006, 73; ID., *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Quest. Giust.*, 2008, 203.

<sup>60</sup> Si pensi alla sentenza della Corte cost. n. 823 del 1988, dove si afferma che l'interpretazione conforme rappresenta «un momento costitutivo di ogni interpretazione» e che, conseguentemente, «tra due interpretazioni, l'una conforme e l'altra contrastante con la Costituzione, va certamente preferita la prima». Si veda, anche, Corte cost., sentt. nn. 370 del 1988 e 495 del 1993, nonché l'ord. n. 82 del 1995.

la Corte lo ritiene obbligatorio per il giudice comune, imponendolo nella fase di istaurazione del giudizio in via incidentale, a pena della dichiarazione di inammissibilità della *quaestio de legitimitate*. Per usare le parole della Consulta, «*la mancata verifica preliminare da parte del giudice rimettente, nell'esercizio dei poteri ermeneutici riconosciutigli dalla legge, della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il superamento di tali dubbi, o da renderli comunque non rilevanti nel caso di specie, comporta l'inammissibilità della questione sollevata*»<sup>62</sup>.

Da qui un ulteriore approdo: l'interpretazione conforme, piuttosto che apparire come una mera tecnica interpretativa riconducibile in qualche modo ai tradizionali e stringenti dogmatismi ermeneutici contenuti nell'art. 12 delle Preleggi<sup>63</sup>, sembra piuttosto rappresentare uno strumento argomentativo utilizzabile dal decidente atto a storicizzare costantemente il dato normativo. Essa è infatti idonea ad incidere effettivamente su situazioni giuridiche concrete ed ha il precipuo scopo di far penetrare la Costituzione e i suoi principi fondamentali finanche nell'anfratto più nascosto dell'ordinamento giuridico formale. Tale attività ermeneutica è sostanzialmente diretta ad attenuare la rigidità delle previsioni normative, adattandole alla mutevolezza, peculiarità, imprevedibilità delle situazioni di fatto bisognose di giustizia<sup>64</sup>. Su quest'ultimo passaggio, però, occorre fare una precisazione: la tecnica dell'interpretazione conforme, attraverso l'attività di mediazione del giudice, non è destinata soltanto a rendere più permeabile la legge alle esigenze dei casi concreti. Mediante l'interpretazione conforme, si ritiene, i giudici "lavorano" anche e soprattutto sulla stessa portata precettiva della formulazione legislativa, perché è solo così che la Costituzione si "salda" con la legge, i casi (i fatti sociali) interloquiscono con la Costituzione (e non più solo con le disposizioni del legislatore), e si può immaginare di realizzare lo scopo di armonizzare effettivamente le due distinte sfere di legalità (quella legale e quella costituzionale).

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<sup>65</sup>, non è una mera tecnica di

<sup>61</sup> Annotata da E. LAMARQUE, *Una sentenza "interpretativa di inammissibilità?"*, in *Giur. cost.*, 1996, 3107. Il fuoco della questione, che ha condotto a radicare la tecnica dell'interpretazione conforme tra i poteri interpretativi del giudice comune, si ritrova, appunto, in questa pronuncia (redatta da Gustavo Zagrebelsky). In essa, come è noto, la Corte ha "sanzionato" il giudice *a quo* (*in limine litis*) con la dichiarazione di inammissibilità della *quaestio*, rifiutandosi di pronunciarsi su questioni che in realtà mascherano nei fatti il tentativo di ottenere l'avallo a favore di una certa interpretazione, «*senza che da ciò conseguano differenze in ordine alla difesa dei principi e delle regole costituzionali, ciò in cui, esclusivamente, consiste il compito della giurisdizione costituzionale*». Il giudice delle leggi, pertanto, ha ritenuto ingiustificata la richiesta di una pronuncia di incostituzionalità sul presupposto fondamentale che «*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*». Su quest'ultimo passaggio, però, cfr. le osservazioni di F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 260, il quale ritiene che l'icastica asserzione 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*»).

<sup>62</sup> Cfr., nel solco di una fermissima giurisprudenza, Corte cost., sent. n. 192 del 2007; ord. n. 117 del 2009.

<sup>63</sup> In merito, sembra opportuno ricordare che le soluzioni interpretative delle decisioni costituzionali sono, caso per caso, «*ancorate all'intento originario del Costituente, cristallizzate, aperte a esiti evolutivi, qualche volta anticipatrici di bisogni futuri, elusive o inclusive di esigenze di giustizia sostanziale, aperte o chiuse rispetto ai valori culturali metatestuali*». Di talché, a causa della struttura delle norme costituzionali – non solo regole più o meno dettagliate ma anche e soprattutto principi caratterizzati dalla vaghezza e dall'indeterminatezza degli enunciati – si è diffusa nel tempo l'idea dell'insufficienza dei canoni ermeneutici racchiusi nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile del 1942. Quest'ultimo articolo, infatti, imponendo criteri meramente logici quali la lettera della disposizione, argomenti di natura sistematica entro il testo normativo, l'intenzione del legislatore, sebbene non si dimostri – in astratto – assolutamente irrilevante per interpretare regole e principi (inter)costituzionali, di sicuro appare insufficiente ad orientare gli interpreti/applicatori, i quali si trovano a dover applicare non solo un altro genere di disposizioni, i principi appunto, ma anche valori di contesto e fatti sociali (per come rilevati dalle parti) all'interno di un processo atto a risolvere un caso concreto. In uno scenario siffatto, dunque, l'art. 12 disp. prel. esprime un punto di vista coerente piuttosto con l'idea del diritto come legge positiva emanata dall'ordinario potere normativo dello Stato, assai difficilmente con la Costituzione che, «*per quel che più propriamente è costituzionale, non è (e non può essere considerata come) una mera legge*». Le citazioni sono di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 239-240. Le parentesi dello scrivente.

<sup>64</sup> In tal senso, M. CARDUCCI, *Per introdurre l'America latina: l'interpretazione costituzionalmente conforme nelle «periferie» della modernità costituzionale*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio, op. cit., 796.

<sup>65</sup> Sia pure in estrema sintesi, occorre evidenziare che l'interpretazione conforme si estende ormai all'ambito sovranazionale, in riferimento tanto al diritto dell'Unione quanto a quello della CEDU. Quanto al primo, il giudice nazionale ha l'onere di accertare che l'eventuale contrasto tra diritto interno e diritto comunitario non possa essere superato in via ermeneutica. Cfr. Cort. cost., sentt. nn. 190 del 2000 e 28 del 2010. Presidio definitivo di un siffatto percorso obbligatorio, proprio perché volto al superamento di dubbi interpretativi ineliminabili in merito al contenuto delle regole e dei principi europei, è il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 T.F.U.E (sul rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale, cfr. l'ord. n. 103 del 2008). In ordine all'ambito CEDU, il giudice nazionale riveste il

conformazione della legislazione ad una astratta e superiore legalità di tipo formale. Essa appare consistere, più specificamente, in un'attività intellettuale – avente finalità pratico-operativa – 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 e il necessario coinvolgimento degli organi dell'applicazione, non si compie soltanto un'operazione di tipo sistematico<sup>66</sup> ma, anche e soprattutto, un'attività di tipo evolutivo (che, per quanti aderiscono a valori diversi, ben potrebbe risultare involutiva), di rigenerazione reciproca e storicizzazione concreta del dinamico rapporto Costituzione-legge<sup>67</sup>.

Dire infatti che la Costituzione ha forza normativa<sup>68</sup> senza però poi riconoscerle la possibilità di esprimere effetti diretti nell'ordinamento mediante l'attività interpretativo/applicativa dei giudici, significa materialmente trattarla come un corpo estraneo al sistema, incapace di permeare l'intero tessuto ordinamentale e sociale, impedendole di divenire «regola di giudizio» perché relegata e lasciata giacere *in apicibus*, nella galassia dell'extra-giuridico. Attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, invece, la Costituzione viene posta al centro dell'ordinamento giuridico, ossia diviene anch'essa vivente<sup>69</sup>. I suoi valori non stanno su di un piano sopraelevato. Essi vivono nella realtà concreta della società dalla quale il giudice attinge "sostanza" per storicizzare le sue interpretazioni.

Una volta, però, che il processo di armonizzazione delle due sfere di legalità sarà maturo a tal punto nelle coscienze degli interpreti da poter ricondurre l'ordinamento ad una sola legalità di sistema, ossia quella costituzionale, probabilmente verrà meno il senso stesso dell'attività di conformazione tra livelli normativi gerarchicamente prestabiliti. In effetti, più che di «conformare» dati formali posti su piani diversi, a ben vedere, i giudici si occupano di «radicare» l'interpretazione di quei dati nel vivo dell'ordinamento costituzionale, riempiendo di senso e di contenuto valoriale le forme astratte della legislazione.

Ad oggi, in dottrina, è ancora diffusa l'idea che l'interpretazione conforme si sostanzia in una *duplex interpretatio*, ossia attraverso il confronto fra testo (e dunque poi norma) a livello legislativo e testo (e dunque norma) a livello costituzionale<sup>70</sup>. In quest'ottica la Costituzione funge da criterio interpretativo al pari di quello, ad esempio, «letterale», «sistematico», «storico», ecc., indispensabile ai giudici per correggere i difetti della legislazione.

ruolo di "giudice comune della Convenzione" e come tale è investito del potere-dovere «di applicare le relative norme, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti». Per tutte, si veda, Corte EDU, 27 marzo 2003, Scordino, in *Foro it.*, 2003, IV, 361; quanto alla Corte costituzionale, si vedano, oltre alle c.d. "sentenze gemelle" (sentt. nn. 348 e 349 del 2007), la recente sent. n. 1 del 2011. In quest'opera, l'interprete dovrà avere riguardo alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente», in modo tale da rispettarne la "sostanza". In tal senso, la stessa Corte EDU, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03, ma anche la Cass., Sez. I, sent. 20 maggio 2009, n. 10415. In dottrina, cfr. F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011, cap. VI. Sul punto, si avrà modo di tornare nel paragrafo successivo, a proposito della possibilità di configurare una *interpretazione intercostituzionale* in materia di diritti fondamentali.

<sup>66</sup> 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». G. BOGNETTI, *Appunti per una teoria filosofico-realista del diritto e della scienza giuridica*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2012, 10. Diversamente, invece, ancora di recente, F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, op. cit., 8 ss., ma *passim*, il quale sembra intento a ravvisare, nell'interpretazione conforme, una mera forma di «manifestazione dell'interpretazione sistematica».

<sup>67</sup> In merito al fatto che l'attività interpretativo/applicativa, per come qui prospettata, possa nuocere alla "certezza del diritto", è appena il caso di 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 dogmatici e finzioni convenzionali, non tollerare. Come suggerisce Achille De Nitto, bisognerebbe invece imparare a «vivere pienamente l'incertezza, esprimendola, infine, come una condizione tendenzialmente liberante in ragione delle sue stesse possibilità. Si tratta, un po' più concretamente, di riuscire a governare la complessità: rendendo il più ampiamente compatibile le diverse chances di vita, ma perciò stesso, contrastando, finché è possibile, ogni violenza e ogni sopraffazione. In uno sforzo non solo teoretico, di "edificazione del giuridico" severo, ma libero». Così A. DE NITTO, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori. Ricerche in tema di teoria delle "fonti"*, Lecce, 2002, 92.

<sup>68</sup> Come è noto, sin dalla sua prima sentenza (n. 1/1956), la Corte cost., accogliendo le conclusioni a cui era giunto il Crisafulli in uno dei suoi più celebri studi degli anni Cinquanta, attribui 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 tra norme «precettive» e norme «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 in contrasto con quelle. Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue norme di principio*, Milano, 1952.

<sup>69</sup> Di «Costituzione vivente», come è noto, parlava già negli anni cinquanta Carlo Esposito. Cfr. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (1950), in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 263 ss., spec. 266.

<sup>70</sup> Sul punto cfr. F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, op. cit., 1963; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza*, op. cit., 905 ss.

Ma se, come ormai sembra pacifico, la Costituzione non è più riducibile ad un mero programma politico da attuare *ex parte legislatoris*, bensì rappresenta un testo normativo dotato di forza precettiva, una volta che una tale concezione della Carta fondamentale entrerà definitivamente a far parte del patrimonio culturale dei giuristi (sia essi pratici che teorici), è prevedibile che il ragionamento decisorio del giudice non presupporrà più la Costituzione come mero criterio interpretativo appartenente ad un livello estraneo alla legislazione. È più probabile, invece, che la Costituzione venga finalmente trattata come merita, ossia come un precetto normativo a tutti gli effetti, dal quale il giudice potrà ricavare una “nuova” norma, «*punto di confluenza tra le due disposizioni* (legislativa e costituzionale) [...] *condizione di una loro reciproca compatibilità*». Non ci saranno più allora due livelli di legalità (legale e costituzionale) ma una completa “*saldatura*” tra disposizioni, certo diverse, ma pur sempre capaci di integrarsi vicendevolmente, in cui il criterio della gerarchia tornerà ad avere senso soltanto quando, «*constatata l'impossibilità di una “saldatura”*», sarà necessario ricorrere alla Corte costituzionale per «*scegliere che cosa rimuovere per renderla (la “saldatura”) nuovamente possibile*»<sup>71</sup>.

Sia consentita, da ultimo, un'ulteriore considerazione: il consolidarsi dell'interpretazione conforme, alla luce di quanto siamo venuti dicendo, non pare aver messo in pericolo il c.d. “*nocciolo duro*” del sindacato accentrato di costituzionalità. Il potere esclusivo di dichiarare incostituzionali le leggi, una volta accertata la loro non conformità al parametro costituzionale, rimane per il diritto vigente prerogativa esclusiva della Corte costituzionale. Il vero problema – si potrebbe dire quello “serio” – è che una volta superato definitivamente il divario tra legalità legale e legalità costituzionale (attraverso la loro completa “*saldatura*”), per gli ordinamenti positivi contemporanei, occorrerà un complessivo ripensamento del ruolo e della funzione del giudice, non essendo più sostenibile poterlo considerare un mero burocrate politicamente “irresponsabile”, estraneo alla produzione normativa<sup>72</sup>.

L'apparente funzione nomopoietica riacquistata dai giudici – immeritabilmente ostracizzata sin dal tempo delle prime codificazioni<sup>73</sup> con l'intento (illusorio) di “stabilizzare”, una volta per tutte, ciò che è intrinsecamente instabile, ossia la realtà sociale – sembra aver messo definitivamente in cantina non soltanto la vecchia e tradizionale concezione delle fonti del diritto<sup>74</sup> ma, soprattutto, appare profondamente incidere, nella sua portata effettiva, sullo stesso concetto di positività giuridica. Infatti, presa coscienza del fatto che i giudici, all'interno dello Stato costituzionale di diritto, sono materialmente condizionati nell'attività decisoria (oltre che dalle disposizioni normative) dall'inevitabile imprevedibilità fattuale dei casi concreti (non sempre previsti dal legislatore) bisognosi di esser risolti alla luce di valori e principi costituzionali che la storia relativizza continuamente (senza che nessuna volontà autoritativa, finanche la più oppressiva, possa realisticamente arrestarne il “*magmatico*” corso); il potere “diffuso” dei giudici comuni di interpretare la Costituzione, in un sistema di interpretazione e applicazione costituzionale ormai fattosi «*policentrico*»<sup>75</sup>, fa sì che l'interprete/applicatore *concorra* con il legislatore alla produzione delle norme giuridiche.

In sostanza, come si cercherà meglio di dire a breve, le disposizioni legislative si atteggiano da *vincolo mobile* all'attività dei giudici, giacché il «*testo*», una volta storicizzato nella realtà fattuale attraverso l'interpretazione/applicazione, assume significati variabili e proporzionati ai valori e principi volta a volta prevalenti nel «*con-testo*» sociale in cui i magistrati dovranno pubblicamente motivare le loro decisioni<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> In merito, cfr. le acute osservazioni di O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. Malfatti – R. Romboli – E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, op. cit., 420 ss., spec. 424-425.

<sup>72</sup> Carattere burocratico dell'organizzazione giudiziaria che alimenta un'immagine irrealistica e distorta del ruolo dell'interprete-applicatore, tesa quanto più possibile a mascherare la fisiologica «*attività giuridico-politica del giudice*». Così A. ROSS, *Diritto e giustizia*, op. cit., 146. Secondo A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2010, 13, «*applicazione diretta e interpretazione conforme [...] costituiscono le due facce di una stessa medaglia, due forme graduate di produzione normativa per via pretoria, entro bande di oscillazione varie a seconda dei casi*».

<sup>73</sup> Come è stato rilevato da autorevole dottrina, al modello originario di Codice, così come a noi si propone nella realizzazione francese degli inizi del secolo XIX, «*una inconfondibile tipicità rispetto a tutte le fonti giuridiche manifestatesi nella vicenda storica gli è impressa da una triplice tensione che lo percorre; tende infatti ad essere fonte unitaria, specchio e cemento dell'unità di una entità statale; tende ad essere una fonte completa; tende ad essere fonte esclusiva*. Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., spec. 99-100.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> L'espressione è di G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, op. cit., 37.

<sup>76</sup> 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*

#### 4. Il ruolo «costituzionale» del giudice comune in un ordinamento dal carattere sempre più «intercostituzionale».

Ciò che a questo punto occorre considerare nella sua grande importanza, è il fatto che i giudici, specie quando interpretano e applicano le disposizioni normative a tutela dei diritti fondamentali, non appaiono più limitati a svolgere la loro attività interpretativa (almeno non sempre) a livello interno – in una limitata prospettiva di «nazionalismo o patriottismo costituzionale»<sup>77</sup> – in quanto ormai la Costituzione e le altre Carte dei diritti (europee ed internazionali) non sembrano potersi più concepire come *documenti a geografia fissa*, aventi cioè un ben definito raggio territoriale di competenza entro il quale circoscrivere la tutela dei diritti, ma come Carte che «*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*»<sup>78</sup>.

L'insieme dei diritti e dei principi espressi dal testo costituzionale possiede, infatti, una sua intrinseca armonia con le altre Carte dei diritti, in uno scenario che ormai è possibile definire, utilizzando una felice espressione ormai diffusa in dottrina, di «*costituzionalismo multilivello o interlivello*»<sup>79</sup> nel suo complesso «unitario»<sup>80</sup>. Dunque, l'interazione tra i vari principi e diritti contenuti nei diversi testi normativi, può assai utilmente assumere la forma dell'interdipendenza, potendo essi rafforzarsi e sostenersi reciprocamente<sup>81</sup> al momento dell'interpretazione/applicazione, a patto che, naturalmente, gli interpreti ne rilevino e apprezzino – nel caso concreto da decidere – la reciproca integrazione<sup>82</sup>.

---

*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).*

<sup>77</sup> L'efficace espressione è di A. RUGGERI, *CEDU, diritto "euorunitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta Online*, 19 aprile 2013, § 4.

<sup>78</sup> Così, Corte cost., sent. n. 388 del 1999, ove però, solo un momento prima, la Consulta sembra prediligere un atteggiamento di campanilismo costituzionale affermando che «*i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione*». Sulla "forza" effettiva delle Carte, cfr. le osservazioni di M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, spec. 135 ss., secondo cui «*Ogni vocazione a cambiare la realtà delle relazioni umane, tanto più se espressa in termini planetari, ha bisogno di regole non solo programmatiche, ma precettive e, soprattutto, capace di sanzionare effettivamente le condotte eversive di quei precetti e, conseguentemente, di operare come efficace deterrente per ogni violazione futura*». Come si sa, invece, non esistono efficaci meccanismi riconosciuti di tipo giurisdizionale deputati a garantire l'osservanza universale dei diritti umani. Tanto però, si ritiene, non è sufficiente ad escludere che il giudice nazionale (comune e costituzionale) possa, in un clima culturale sempre più attento alla integrazione dei popoli, direttamente attingere dalle Carte i significati più profondi di quelle disposizioni contenute nelle Carte internazionali e che, come tali, appaiono rilevanti ai fini della decisione della controversia "domestica". In merito, di recente, si veda D. ARCHIBUGI, *Cittadini del mondo. Verso una democrazia cosmopolitica*, Milano, 2009, spec. 177 ss.

<sup>79</sup> Si vedano, da ultimo, i contributi di più autori che sono sotto il titolo *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, in *Dir. Pubbl. comp. ed eur.*, II/2013, a cura di G. D'Ignazio e A.M. Russo, 423 ss.; preferiscono utilizzare l'espressione «*interlivello*» A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013; e L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 aprile 2009, spec. l'ult. §. Cfr., anche, P. BILANCIA, *The dynamics of the EU integration and the impact on the National Constitutional Law*, Milano, 2012, *passim*; ID., *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in P. Bilancia – E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, 121 ss.; A. CARDONE, *Tutela dei diritti. Costituzione europea e giurisprudenza costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato*, in *Dir. pubbl.*, 2/2005, 365 ss.; O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra "diritto internazionale dei diritti umani" e "integrazione costituzionale europea"*, in *AA.VV.*, *I diritti costituzionali*, I, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, 2006, 229 ss.

<sup>80</sup> Diverso, invece, sembra essere l'approccio alla tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali in America latina. Secondo M. CARDUCCI, *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), *Focus Human Rights*, n. 4/2013, 2 ss., «*la cosiddetta Cross Fertilization europea come anche la figura di un vero e proprio Verfassungsgerichtsverbund sono del tutto inimmaginabili in America latina, per almeno due ragioni: - da un lato, l'attenzione e gli indirizzi politici dei governi degli Stati latinoamericani sembrano, soprattutto negli anni più recenti, convergere verso modalità di intreccio interordinamentale prive di funzioni giurisdizionali sovranazionali, perché mirate invece al Policy Transfer (piuttosto che al Judicial Dialogue) nella implementare dei diritti sociali e dello sviluppo sostenibile, in modo da scongiurare quell'attivismo giudiziale sovranazionale, inevitabilmente casistico e dunque settoriale, strutturalmente incapace di realizzare l'inclusione sociale universale del subcontinente; - dall'altro, ciascun singolo Stato latinoamericano è primariamente intento a consolidare la propria identità come "Stato democratico di diritto", solo di recente acquisizione, attraverso l'applicazione "totale", più che "parziale" – ossia intrecciata a preminenti discorsi sovranazionali – della propria Costituzione, anche grazie al ricorso a tecniche e strumenti giudiziari di "codificazione" della "forza normativa" della giurisprudenza costituzionale domestica, che difficilmente abilitano ad un inquadramento della legge fondamentale dello Stato come "intercostituzionale"*».

<sup>81</sup> Cfr. B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002, 89 ss.

<sup>82</sup> Scettico, sul punto, sembra invece essere G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 142, a parere del quale «*...la realtà dei processi di trasformazione in atto non sembra indirizzarsi verso l'affermazione di un «superiore» ordine costituzionale del mondo; ciò che invece può scorgersi è un processo di dispersione nel mondo della «forza» delle costituzioni, con la sua conseguente perdita di assolutezza e il suo sostanziale indebolimento, una fluidità ed elasticità dei rapporti costituzionali*

Si pensi, ad esempio, alla tutela apprestata dalla Costituzione e la tutela offerta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>83</sup> (CEDU) in tema di «ragionevole durata del processo»: due profili di tutela che, per l'appunto, nessun interprete oggi potrebbe seriamente pensare di trattare separatamente, essendo in realtà strettamente ed inscindibilmente legati l'uno all'altro<sup>84</sup>. L'interpretazione della CEDU, infatti, offerta in via esclusiva dalla Corte di Strasburgo, diviene per i giudici nazionali un elemento di cruciale importanza per la continua conformazione dei parametri di giudizio. Inoltre, l'adeguamento alle sentenze definitive della Corte EDU, ormai costituisce, per gli Stati contraenti (ex art. 46, par. 1, CEDU), l'oggetto di uno specifico obbligo di conformazione. Ad esempio, come si sa – e qui si può avvertire plasticamente la forte interdipendenza tra le disposizioni delle due Carte dei diritti – la Corte costituzionale italiana ha dichiarato di recente l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del c.p.p. nella parte in cui non prevede la «revisione» del processo allorché la sentenza (o il decreto penale di condanna) sia in contrasto con la sentenza definitiva della Corte EDU che abbia accertato l'assenza di «equità» del processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU<sup>85</sup>.

Si aggiunga che – ed a prescindere dal caso ora preso in esame in cui vi è stato un intervento «additivo» da parte della Consulta – non si possono escludere neppure dei casi di *applicazione diretta* delle stesse Carte internazionali, malgrado il contrario avviso e l'ostilità decisamente dichiarata dal giudice delle leggi<sup>86</sup>.

Pertanto, l'esito teorico principale cui sembra condurre un'impostazione metodica siffatta, appare essere questo: che attraverso l'attività interpretativo/applicativa del giudice, gli ordinamenti costituzionali moderni appaiono reggersi effettivamente su *norme*<sup>87</sup> (non già, come tradizionalmente si ritiene, su disposizioni-fonti formali e astratte) rinvenibili dal giudice – a seconda delle esigenze concrete dei casi – nel «luogo» (nella Carta dei diritti «materiale») che offre volta a volta la più intensa tutela a salvaguardia dei diritti rilevanti nella singola controversia<sup>88</sup>. E ciò in quanto la nostra Costituzione, come ha fatto notare di recente autore-

---

*transnazionali (che investe pienamente anche il livello costituzionale nazionale), che rischia di trasformare il diritto superiore a ogni altro in un diritto debole».*

<sup>83</sup> In proposito, cfr. V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992; nonché F. GABRIELE – A. CELOTTO, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale*, Bari, 2000. Sulla tutela offerta dalla Carta di Nizza, invece, si veda A. LOIODICE, *Centralità della persona umana nella Carta di Nizza*, in P. Giocoli Nacci – A. Loiodice (a cura di), *La Costituzione tra interpretazione e istituzione*, Bari, 2004, 89 ss.; Id., *L'incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea: innovazione nella tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia – E. De Marco (a cura di), *op. cit.*, 83 ss.

<sup>84</sup> Utili, in argomento, le pagine scritte di recente da A.M. NICO, in *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Bari, 2012, spec. 125 ss., ma *passim*; Della stessa Autrice, cfr., anche, *Riflessioni in tema di applicabilità del giusto processo al giudizio di costituzionalità*, in R. Balduzzi – P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, Torino, 2007, 157 ss.

<sup>85</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 113 del 2011. La pronuncia segna davvero una tappa storica nelle complesse vicende dei rapporti tra giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo e giurisdizione italiana. Per una completa ricostruzione della vicenda e un'esauriente disamina delle non poche problematiche sorte a causa di questa sentenza c.d. «additiva di principio», si vedano, tra gli altri, i contributi di G. CANZIO – R.E. KOSTORIS – A. RUGGERI, *Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2011; e F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles, 24 maggio 2012*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2013.

<sup>86</sup> Da ultimo, cfr. A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, *op. cit.*, spec. 4 ss., il quale, facendo specifico riferimento alla CEDU, individua almeno quattro casi in cui è possibile che essa possa essere applicata direttamente. In particolare, secondo l'A., il primo caso «si ha ogni qual volta si abbia una sostanziale coincidenza tra una norma convenzionale ed una norma della Carta di Nizza-Strasburgo suscettibile di applicazione diretta [...]. Il secondo potrebbe aversi ogni qualvolta la norma convenzionale sia cronologicamente posteriore alla norma interna con essa contrastante ed allo stesso tempo la prima si dimostri in grado di prendere subito il posto della seconda, facendosi pertanto luogo all'utilizzo dello schema dell'abrogazione piuttosto che a quello della invalidità (quale presupposto del successivo annullamento da parte del giudice costituzionale) [...]. Il terzo potrebbe aversi in presenza di acclarata violazione della Convenzione da parte di norma di legge tuttavia non ancora rimossa a seguito e per effetto della pronuncia della Corte europea; dopo di che [...] non dovrebbe applicarsi la norma interna illegittima bensì, in modo diretto ed esclusivo, la norma convenzionale [...]. Il quarto ed ultimo caso si ha laddove non si dia l'esistenza di una norma interna e il giudice possa pertanto colmare il vuoto facendo immediato riferimento alla norma convenzionale».

<sup>87</sup> Discetta di «sistema di norme secondo valori» e non già di fonti gerarchicamente ordinate, ossia di un sistema che viene ogni volta rifatto secondo le esigenze dei casi concreti, A. RUGGERI, *Dal caos delle fonti, secondo forma, all'ordine delle norme, secondo valore: note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia – E. Lamarque – P. Tanzarella, Torino, 2011, 467 ss.; Id., *Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta Online*, 22 novembre 2012.

<sup>88</sup> Si pensi, in merito, allo stesso significato degli artt. 4 del Trattato di Lisbona e 53 della Carta dell'Unione, nonché 53 della CEDU. Sulla c.d. miglior tutela offerta all'individuo, si vedano già gli scritti di M. CARTABIA, *Art. 53. Livello di protezione*, in R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 362 ss. Di recente, tra gli altri, cfr. A.M. NICO, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, *op. cit.*, spec. 127 ss. Da ultimo, secondo A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot 16.)*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2014, 7, «La ricerca della più «intensa tutela» dei diritti fondamentali è l'autentica Grundnorm che presiede ai processi interpretativi che si impiantano e svolgono tanto in ambito interno quanto in ambito sovranazionale o, se



vole dottrina, appare essere una «Costituzione-parziale, che dà numerosi e importanti riconoscimenti ai diritti fondamentali ma non, appunto, a tutti e in modo pieno, se si eccettua la norma di sintesi di cui all'art. 2 della Carta costituzionale, nella quale l'inviolabilità dei diritti stessi è in modo fermo e chiaro dichiarata», poiché nel presente contesto, segnato da un costituzionalismo «interlivello», la Costituzione «si giustifica solo nel momento in cui si dichiara disponibile a farsi alimentare e rigenerare senza sosta da altri documenti parimenti costituzionali quoad substantiam (se non pure quoad formam), aprendosi all'alto ed all'altro e dichiarandosi disponibile a farsi persino da parte per cedere il posto ad altre Carte che, in relazione alle esigenze di un caso, si dimostrino idonee ad offrire un'ancora più intensa tutela agli stessi beni costituzionalmente protetti (e, segnatamente, ai diritti fondamentali)».

Lo scenario che si prefigura, «spinge vigorosamente per l'avvento di un ordine "intercostituzionale": ogni Costituzione (in senso materiale) ponendosi infatti quale una "intercostituzione", per il fatto stesso di racchiudere in sé il principio fondamentale dell'apertura ad altre Carte che parimenti possono offrire il loro fattivo concorso alla piena salvaguardia ... dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), nel loro fare "sistema" coi valori restanti»<sup>89</sup>.

A questo punto, appare chiaro come sembra doveroso scartare tutte quelle ricostruzioni metodico-teoriche di chi vorrebbe categoricamente esclusi, dal compito dei giudici comuni, la definizione di "nuovi" (ma anche la strutturazione dei "vecchi", alla luce dei mutevoli fatti sociali) diritti fondamentali, sul presupposto – a dir poco ingenuo e viziato da palese astrattismo – che esso debba essere assolto unicamente dal legislatore<sup>90</sup>.

Sembra, invece, che ci si trovi di fronte ad un processo di progressivo avvicinamento, in struttura e funzione, dell'attività del legislatore e di quella del giudice per ciò che attiene all'effettiva produzione giuridica. Non si tratta di una confusione dei due ruoli ma della possibile e concreta realizzazione di un nuovo equilibrio tra *legis-latio* e *ius-dictio* a causa della necessaria *codeterminazione* tra legislatore e giudice nella produzione effettiva del diritto (ossia nella risoluzione di "casi" pratici), negli ultimi anni peraltro accentuata dal dovere gravante sul giudice di conformazione della legge alla Costituzione e finanche alle Carte dei diritti europee ed internazionali<sup>91</sup>.

Ai giudici, infatti, spetta il non facile compito di assicurare in concreto la tutela stessa dei diritti fondamentali a mezzo di un'attività interpretativo/applicativa che non appare essere meramente esecutiva del dettato legislativo<sup>92</sup> quanto, piuttosto, un'attività di *integrazione* e, pertanto, di *co-produzione* normativa.

Alla luce di tanto, dunque, non sembra neppure potersi escludere (anzi, è auspicabile) che quando i giudici fanno luogo allo "svecchiamento" di discipline legislative per risolvere casi concreti – per il tramite di un utilizzo incisivo e ragionevole della tecnica dell'interpretazione conforme non soltanto a Costituzione, ma anche al diritto internazionale ed a quello europeo<sup>93</sup> – essi non adeguano precisamente (non importa adesso indagare con quanta consapevolezza) gli enunciati solo a Costituzione o, a seconda dei casi, alle Carte dei diritti europee ed internazionali. L'attuale e più complessa attività che sono tenuti oggi a svolgere i magistrati a causa dell'esistenza di plurimi documenti materialmente costituzionali integrabili fra loro, infatti, dovrebbe fare della loro attività interpretativo/applicativa più propriamente un'attività di *interpretazione intercostituzionale*.

Con tale espressione, infatti, è meglio rappresentabile quel momento pratico del diritto – forse il più "alto" negli ordinamenti costituzionali moderni – in cui i giudici trasformano la tradizionale «validità» delle disposizioni legislative interne in «effettività» delle norme giuridiche a garanzia e tutela dei diritti fondamentali, superando limitazioni interpretative legate al solo territorio nazionale. Qui, l'interprete, attraverso la rilevazione delle istanze di giustizia provenienti dal substrato sociale in un momento storico determinato, si sforza di

---

si preferisce altrimenti dire, è il Grundwert in nome del quale si combinano, in un gioco sempre vario in ragione dell'incessante mutare dei casi, le norme, componendosi in sistema».

<sup>89</sup> Così ancora A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, op. cit., 7, 10-11.

<sup>90</sup> In argomento, tra i lavori recenti, cfr., almeno, AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino e C. Tripodina, Milano, 2012; R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra "diritto politico" e "diritto giurisprudenziale": qualche osservazione in margine alla vicenda Englaro*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, VI, Torino, 2010, 2831 ss.

<sup>91</sup> Cfr., da ultimo, Corte cost., ord. n. 124/2014, in tema di equa ripartizione per violazione della ragionevole durata del processo.

<sup>92</sup> In tal senso invece, ancora di recente, M. LUCIANI, *Funzione e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*; Id., *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2013.

<sup>93</sup> Su cui cfr., almeno, F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, op. cit., spec. 161 ss.

superare la pur indispensabile (ma non assorbente e totalizzante) dimensione della validità formale della legge, quando essa piuttosto che garantire, caso per caso, la libera e legittima espressione dei diritti fondamentali, li soffoca nella legalità autoritaria di un potere (legislativo-esecutivo) sempre pronto a mascherarsi – per consolidare interessi altri – nelle procedure tecniche del formalismo giuridico tradizionale.

Probabilmente è qui che il diritto si fa realmente «puro», nella sua più immediata dimensione sociale<sup>94</sup>. Non già nel (solo) diritto formale, chiuso dentro se stesso, e cieco dei fatti umani (qualunque essi siano, e dalla eco non solo nazionale<sup>95</sup>) ove la giuridicità si atteggiava a sovrastruttura artificiale e astratta, non di rado anche asfittica e prepotente, che è «pura» per la logica delle ipotesi (spesso soltanto nelle intenzioni di alcune categorie di soggetti particolarmente “interessati”) ma non nella realtà dei fatti concreti, come visto a più riprese invece «inquinata» da una moltitudine di interessi bisognosi di essere continuamente bilanciati in modo diverso a seconda dei singoli casi.

Insomma – e la circostanza non deve tuttavia apparire anomala laddove si consideri che la funzione principale del costituzionalismo è sempre stata quella di porre limiti al potere politico – l’interpretazione/applicazione del giudice diviene uno strumento (a volte contro maggioritario) di riequilibrio istituzionale per garantire un’effettiva *isonomia*, ovverosia l’eguaglianza sostanziale degli uomini davanti ad un diritto dai caratteri ormai sempre più spiccatamente «intercostituzionali».

Si può ben dire, in definitiva, che oggi il processo di ricerca della norma da applicare in giudizio per la risoluzione del caso concreto abbia assunto livelli di particolare complessità. Ed infatti, non sembra potersi perdere di vista il fatto che i diritti fondamentali scorrono nel tempo della storia ed è impossibile oggi “fermarli” in un atto scritto di volontà umana, circoscritto ad un territorio, se non per riconoscerne il fluire nella corrente della trasformazione di ogni loro dato al contatto con l’effettività dei rapporti sociali.

Tutto ciò che giuridicamente ha un senso, infatti, materialmente non può che prodursi nella storia reale degli accadimenti sociali. L’idea è che gli enunciati normativi, specie se riguardano diritti fondamentali, hanno senso se vengono inquadrati in un contesto di valori storicizzati. In esso, la presunta intangibile armonia della volontà del legislatore sembra destinata a rivestire la disarmonia della società mediante una coperta che, nella realtà, appare sempre troppo corta. Per questo motivo, forse, il diritto formale, cristallizzato esclusivamente in enunciati linguistici del legislatore, sembra condannato a vivere la perenne insoddisfazione di tale impotenza, al pari degli uomini che lo subiscono, i quali non di rado avvertono il tormento della precarietà e dell’insufficienza della sua capacità regolatrice.

Semberebbe allora che la discrezionalità interpretativa del giudice svolga un ruolo indispensabile per la tutela effettiva dei diritti, oscillando costantemente – in concreto, fino alla decisione – come un pendolo tra ciò che è «positivo» e ciò che è «morale»<sup>96</sup>. Più precisamente, l’attività interpretativo/applicativa del giudice appare seguire il corso di un’altalena, in un incessante andirivieni tra volontà positive («poste» dal legislatore) e fatti sociali governati da una morale storicizzata ormai priva di un preciso territorio d’appartenenza («pre-supposta» a qualsiasi volontà normativa), all’interno di un contesto di relazioni perennemente irrequiete che per ordinarsi, appunto, non possono fare a meno (anche) della volontà del giudice «integrativa» delle disposizioni parziali del legislatore, dovendo il decidente esprimere nella motivazione pubblica della decisio-

---

<sup>94</sup> Diversamente invece, come è noto, prestando ossequio alla dottrina kelseniana, si deve ritenere che «*alla domanda sul motivo per cui una norma è valida (cioè sul motivo per cui un uomo si deve comportare in quel certo modo), non si può rispondere con una constatazione su di un fatto reale [...] il fondamento della validità di una norma non può essere tale fatto. Dal fatto che qualcosa è non si può dedurre che qualcosa deve essere, così come, dal fatto che qualcosa deve essere non si può dedurre che qualcosa è. Il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un’altra norma*». Così H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 217. Per una ricostruzione del concetto di validità *in senso formale*, da ultimo, cfr. G. D’ALESSANDRO, *Spunti ricostruttivi in tema di limiti del potere normativo e vizi degli atti normativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, Napoli, 2011, 1075 ss.

<sup>95</sup> Si pensi alla complessa ed articolata evoluzione normativa concernente la condizione dello straniero ed il più generale fenomeno dell’immigrazione, in cui i vari interventi legislativi succedutisi nel tempo appaiono completamente contraddire la tutela apprestata dalla Costituzione (e dalle Carte europee ed internazionali) ai diritti inviolabili della persona umana. Da ultimo, il naufragio dell’imbarcazione libica avvenuta il 3 ottobre scorso a poche miglia del porto di Lampedusa (366 morti accertati e circa 20 dispersi), la dice tutta sull’assoluta incapacità risolutiva di disposizioni legislative discriminatorie come quelle adottate di recente dal governo con il c.d. “pacchetto sicurezza” (l. 24 luglio 2008 n. 125 e l. 15 luglio 2009 n. 94), che introduce (sic!) un nuovo titolo di reato che punisce – come è noto – le condotte di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (ex art. 10-bis T.U.I.M.).

<sup>96</sup> Come ha precisato F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Saggi teorico-giuridici*, vol. II, Milano, 1990, 705, «*Non si può non riconoscere che ogni cultura giuridica ha connessioni necessarie con la morale positiva, che il diritto positivo stesso come sistema di valori politico-sociali è una morale positiva e che in ogni sistema giuridico sono presenti elementi strutturali di moralità*».

ne le ragioni sia in «fatto» che in «diritto» che lo hanno indotto a convincersi della costruzione di una determinata normativa da applicare al caso concreto<sup>97</sup>.

Da quanto detto risulta dunque un dato ben preciso che, peraltro, a tratti è già emerso nel corso della breve trattazione sin qui svolta: non appare in alcun modo possibile considerare la giurisprudenza una mera ancella della legislazione ma – in un'ottica quanto più prossima alla realtà applicativa della dimensione giuridica, in cui la claudicante salvaguardia che i diritti fondamentali ricevono dal legislatore nazionale mostra tutta la sua preoccupante evidenza<sup>98</sup> – una sua stretta “collaboratrice” impegnata attivamente al mantenimento dello Stato pluralistico-democratico di diritto.

## 5. Il rapporto tra *legis-latio* e *ius-dictio* nello Stato (inter)costituzionale di diritto.

L'interpretazione giuridica, e quella giudiziale in particolare, è primariamente una «attività mossa da finalità essenzialmente pratiche, nel senso che essa si giustifica con l'esistenza di fatti e casi da regolare ed è finalizzata non alla conoscenza ma all'azione, cioè all'applicazione tramite decisione. Se non esistessero problemi pratici da risolvere, nessuno si rivolgerebbe al diritto; se non ci fosse nulla da giudicare, non ci sarebbe il diritto»<sup>99</sup>. Al momento dell'applicazione sorge sempre un problema di interpretazione, poiché interpretazione e applicazione sono «due facce della stessa medaglia»<sup>100</sup>. Ne consegue, pertanto, che l'opera ermeneutica del giudice non può che collocarsi all'interno del diritto positivo: essa non si esaurisce nel ricostruire, dagli scranni di un tribunale dell'olimpico, l'originaria intenzione del legislatore, ma sembra assumere piuttosto un ruolo “centrale”, di “regia”, mettendo in connessione le previsioni normative (sia ordinarie che costituzionali) con la concretezza degli assetti, dei rapporti, delle situazioni sociali effettive, e dunque, in ultima istanza, collegando il mondo del *sollen* (del «dover essere») con l'universo del *sein* (dell'«essere»).

Pertanto, la realtà del diritto, non sembra conoscere sequenze lineari. Al momento dell'interpretazione/applicazione, il giudice non passa da una semplice individuazione formale delle norme valide ad un'automatica messa in opera, nelle singole situazioni, dei contenuti impliciti alle norme stesse, come se questi (contenuti) fossero già compiutamente determinati al momento dell'emanazione della disposizione legislativa. La realtà del diritto sembra assai più articolata. Essa riflette la complessità dei rapporti sociali da cui il diritto non può essere separato. Il giudice – nelle contemporanee democrazie costituzionali pluraliste e multiculturali – si sta progressivamente emancipando dal vecchio dogma che gli impone(va), fuori da ogni realtà, di esercitare un potere giurisdizionale “neutro”, indifferente alla forza dei “casi” concreti. Ogni singolo processo<sup>101</sup> (sia esso civile, penale, amministrativo), sembra infatti rappresentare una sorta di «ponte» fra il potere coercitivo dello Stato e l'esperienza concreta degli uomini, che fa del giudice un intermediario privilegiato in grado di attingere da un patrimonio culturale comune (la società), i contenuti effettivi degli enunciati normativi che rilevano nella controversia. È dunque il decidente – e, più in generale, gli organi deputati alla *legis-executio* – che attraverso l'interpretazione/applicazione, togliendo generalità e astrattezza alle disposizioni legislative, immerge nel concreto della storia il diritto ufficiale, donandogli la vita e facendolo divenire, come si usa dire, «vivente»<sup>102</sup>. La giurisprudenza, nella sua funzione interpretativo/applicativa, “in-

<sup>97</sup> Non è un caso che tutte le sentenze, prima di passare alle motivazioni “in diritto”, sono precedute dal “ritenuto in fatto”. Inoltre, a sostegno di quanto sopra detto, non si può ignorare la circostanza che gli stessi «fatti» processuali sono (ri)costruiti dalle parti ma soprattutto, in ultima istanza, dal giudice. Sul punto, si pensi a come possa cambiare l'esito di un processo a seconda che il giudice eserciti, oppure no, il potere che la legge gli conferisce di assumere prove d'ufficio o di intervenire nel contraddittorio delle parti nella formazione della prova. Ad esempio, l'art. 506 del c.p.p. attribuisce al giudice il potere di rivolgere domande ai testimoni e alle altre parti private del giudizio utili al suo «libero convincimento» ai fini della decisione. In ipotesi di tal tipo – ossia a seconda del comportamento del magistrato – i fatti e le circostanze ricostruite nel processo potranno infatti indurre lo stesso giudice a ritenere configurabili (sic!) determinati reati invece che altri (ad es. un c.d. incauto acquisto ex art. 712 c.p. – reato contravvenzionale – piuttosto che il più grave delitto di ricettazione ex art. 648 c.p.) e, persino, un imputato colpevole piuttosto che innocente!

<sup>98</sup> Tuttora ancora irrisolte o affrontate indegnamente dal legislatore nazionale appaiono, come si sa, le questioni relative ai trattamenti di fine-vita, alla tutela dei diritti fondamentali degli immigrati, delle coppie omosessuali, ecc.

<sup>99</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 177.

<sup>100</sup> L'espressione è di P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, ed. 2010, 105.

<sup>101</sup> Se si fa eccezione per i lavori di A.M. NICO, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, op. cit.; di F. PERCHINUNNO, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, 2005; e il recente studio di G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2013; nella dottrina italiana sembra potersi rilevare la quasi totale assenza di studi monografici che guardano al giusto processo in una prospettiva di diritto costituzionale.

<sup>102</sup> Si pensi al risalente insegnamento di Cicerone, secondo cui il magistrato è «*lex loquens*», così come la legge è «*mutus magistratus*» (*De legibus*, III, 1, 2: «*Ut enim magistratibus leges, sic populo praesunt magistratus vereque dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*»). Cfr., anche, G.B. VICO, *De uno universi iuris principio et fine uno*, Napoli,

vera” il diritto, assumendo il dato positivo al fine di calarlo nella realtà concreta che richiede di essere “giudicata”. Soltanto attraverso l’attività dei giudici si può cogliere l’effettività della norma, perché prima dell’applicazione non vi è alcuna esplicitazione di senso consegnata all’interprete in modo univoco e precisamente definita nel testo della disposizione<sup>103</sup>.

Cosicché, l’interpretazione giuridica, considerata di per sé – che come si è visto 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 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»<sup>104</sup>.

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*<sup>105</sup> 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 e delle altre Carte dei diritti europee ed internazionali – il cui significato non coincide mai perfettamente con un oggettivo 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 testo<sup>106</sup>. 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

(1720), cap. CLXXXVII, in *Opere giuridiche*, a cura di P. Cristofolini, Firenze, 1974, 283, il quale definisce il pretore romano dei tempi più antichi come «*viva legis XII Tabularum vox*». Oggi, il «*diritto vivente*», endiadi entrata a far parte del lessico della Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 276 del 1974, viene ravvisato nell’«*orientamento stabilmente consolidato nella giurisprudenza*», tale che la norma, per come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, «*vive ormai nell’ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l’intervento del legislatore o di questa Corte*» (Corte cost., sent. n. 350 del 1997). La figura del diritto vivente, sembra, dunque, incline ad evocare una lettura dell’ordinamento giuridico in termini di effettività, il cui fulcro è dato proprio dall’interpretazione giurisprudenziale e, sommamente, da quella della Corte di Cassazione in funzione nomofilattica. Sul punto cfr. S. EVANGELISTA – G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82 ss.

<sup>103</sup> In merito, si vedano gli scritti di L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1995, *passim*.

<sup>104</sup> Così P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, op. cit., 109.

<sup>105</sup> 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 *precomprensione*, 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, oltre alla celebre opera di H-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960), trad. it. a cura di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, ed. 2010, spec. 312 ss.; cfr., almeno, M. BARBERIS, *L’ermeneutica*, in *Filosofia del diritto. Una introduzione storica*, Bologna, 2000, spec. 87 ss.; F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, spec. 211 ss.; M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2004, 99 ss.

<sup>106</sup> 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?*, op. cit., 2013, 170.

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»<sup>107</sup>.

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 applicativa<sup>108</sup> «nella misura in cui i giudici si trovano spesso a dover decidere sulla base di disposizioni legislative ambigue o in presenza di vuoti normativi»<sup>109</sup>. 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-giudice*<sup>110</sup>. Il testo legislativo appare 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 politici<sup>111</sup>, 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" diritti<sup>112</sup>.

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*.

<sup>107</sup> Così R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 102.

<sup>108</sup> È 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.» Così, assai efficacemente, G. BOGNETTI, *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, op. cit., 11.

<sup>109</sup> 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 *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività della tutela*, Relazione al Convegno di Agrigento, 17 e 18 settembre 2010, § 5. Per dirla con le parole di S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 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 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. È soltanto al cospetto di un caso concreto che si evidenzia, all'interprete, la chiarezza o l'oscurità di un testo.

<sup>110</sup> 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*, Milano, 2008, 6-9.

<sup>111</sup> Per un'attenta e disincantata 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 finzione» H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in Id., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982, 178.

<sup>112</sup> «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.

to<sup>113</sup>. 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<sup>114</sup>, in un ordinamento in cui la «legalità» non è più esclusivamente riducibile alle fonti-atto del legislatore ordinario, ove anche i giudici comuni sono cioè 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*»<sup>115</sup>.

È 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<sup>116</sup>.

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* quale norma priva di disposizione<sup>117</sup>), ma rappresenta pur sempre un elemento normativo indefinito in attesa di realizzarsi, concretarsi e, dunque, completarsi attraverso l'attività interpretativa degli organi dell'applicazione<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> Va rilevato, invece, che la quasi totalità della dottrina pubblicistica, nella raffigurazione del sistema (statico) delle fonti di produzione normativa, ancora insiste nel distinguere nettamente il momento interpretativo/applicativo da quello più propriamente produttivo di diritto negando, in tal modo, al prodotto creativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice, ogni valore di fonte del diritto. In tale postulato, evidentemente, si annida il lodevole (quanto illusorio) scopo di negare, agli organi dell'applicazione, qualsivoglia funzione nomopoietica in un ordinamento – il nostro – in cui gli interpreti applicatori formalmente ancora non godono di alcuna legittimazione politico-democratica. Basti pensare, in merito, che financo le odierne voci della dottrina costituzionalistica meno avvezze alle astrazioni formalistiche appaiono sorprendentemente ferme nel sostenere, in uno scenario fondato su di una sorta di ipotetica nuova «*dogmatica giuridica costituzionale [...], la giurisdizione come applicazione e non creazione del diritto, in funzione di garanzia e ancorata a parametri giuridici oggettivi*». Così, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 95-97. Su tali ultime affermazioni, appare opportuno però sottolineare che di diversa convinzione, invece, sembrava essere lo stesso autorevole studioso quando riteneva che «*Il doppio carattere dell'attività giurisdizionale, tra i casi e le regole, dovrebbe indurre a domandarsi se non appaia in generale un'incongruenza la gestione statale di un diritto che non è più solo volontà dello Stato e se non si debbano mettere in cantiere profonde trasformazioni organizzative conseguenti. Trasformazioni che si rendono necessarie per ridurre la distanza che separa la straordinaria profondità e creatività della funzione giudiziaria odierna e l'organizzazione a essa preposta, originariamente pensata per un corpo di pubblici dipendenti il cui carattere maggiormente apprezzato era l'apatia sociale e l'abitudine di nascondere le proprie decisioni dietro un burocratico "ita lex"*». Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit., spec. 205 ss. Insomma, in definitiva, è da questo comune e tutt'oggi diffuso sentire che sono storicamente germogliate – come reazione, tanto nei sistemi di *common* che di *civil law* – correnti di pensiero fortemente critiche di tali costruzioni formali assai poco realistiche. A mero titolo esemplificativo, basti pensare, nel vecchio continente, all'affermarsi già tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento del movimento per il *diritto libero* (*Freie rechtsfindung*) e, negli Stati Uniti, nella seconda metà del secolo scorso, al proliferare dei c.d. *Critical Legal Studies*. Sulle due correnti di pensiero appena citate cfr., per un primo approccio, rispettivamente, H.U. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), trad. it. *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, 1908, ed. it. della tedesca riveduta dall'A., con prefazione e note del giudice R. Majetti; e A. CARRINO, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, 1992.

<sup>114</sup> Invero, sembra che, proprio a garanzia di una democrazia pluralistica ed egualitaria, i tradizionali tre poteri, piuttosto che separarli, vadano invece lasciati confliggere tra di loro affinché pubblicamente – ossia alla luce del sole, sotto gli occhi di tutti – possano ciascuno con i mezzi di cui dispone "lottare" per il raggiungimento della migliore tutela concretamente possibile dei diritti di tutti consociati, evitando così che vengano privilegiati soltanto i soggetti che potenzialmente godono di una rappresentanza dei propri interessi in una maggioranza di governo (e dunque, sostanzialmente, che si "irrobustiscono" in un solo potere il quale, in tal guisa, tende inevitabilmente a divenire "tiranno").

<sup>115</sup> 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...*».

<sup>116</sup> In altre parole, ciò significa che gli enunciati normativi possono essere realmente compresi soltanto se immersi nei (complessi) contesti sociali nei quali si organizza di per sé spontaneamente la società. Tanto i legislatori quanto gli interpreti-applicatori, nel concepire oggi la propria funzione costituzionale, sembra allora opportuno che abbandonino definitivamente asfittiche logiche meramente formali (nelle cui "geometrie" facilmente entrambi trovano rifugio, ossia si deresponsabilizzano nel processo di attuazione politica), e prendano realisticamente coscienza a) di quanto in fondo sia artificiale la realtà giuridica da loro creata; b) del modo in cui i loro processi mentali modellano la realtà storica, ossia del carattere poietico (creatore) della loro attività politico-intellettuale; e, soprattutto, c) delle radici sociali e culturali in cui prende "forma" tale processo creativo.

<sup>117</sup> Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2013, 312 ss.

<sup>118</sup> Un esempio tratto dalla realtà applicativa, in un settore del diritto che, peraltro, negli ultimi giorni, a causa degli scandali politici riguardanti l'Expo 2015 di Milano e il Mo.s.e. di Venezia, si è guadagnato le prime pagine dei quotidiani nazionali ed esteri, può aiutare a meglio comprendere quanto si è appena venuti dicendo. Si pensi, infatti, all'estensione soggettiva – operata di recente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – della causa di esclusione dalle pubbliche gare prevista dal legislatore solo per gli amministratori delle società ex art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), anche alla figura dei c.d. procuratori *ad negotia*. Qui, in sostanza, pur avendo il legislatore formalmente non previsto quest'ultimo tra i soggetti tenuti al rilascio delle dichiarazioni utili alla Stazione appaltante per la verifica della presenza del requisito della c.d. moralità professionale; il giudice, in considera-

Come s'è in precedenza accennato, dal fertilissimo dialogo che i giuristi hanno instaurato con la filosofia ermeneutica<sup>119</sup>, 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*»<sup>120</sup>.

Insomma, ciò che si vuol dire è che nessuno dei due poteri (legislativo e giudiziario) – preso singolarmente – è sostanzialmente decisivo nella produzione effettiva del diritto<sup>121</sup>. 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 interne all'ordinamento e principi intercostituzionali, questi ultimi considerati nella loro fluida interezza.

Del resto, proprio il carattere sostanzialmente intercostituzionale del sistema – ossia la necessità che tutte le Carte dei diritti (materialmente costituzionali) siano interpretate nella loro possibile integrabilità – da ormai ragione del fatto che la conseguente attività del giudice sia nella pratica interpretativo/applicativa particolarmente duttile e flessibile. 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, che frequentemente si presenta, di operare <bilanciamenti> tra queste, quando la Costituzione non assegna <pesi> e non stabilisce gerarchie, spiegano la speciale malleabilità della materia di cui è fatta la Costituzione*»<sup>122</sup>.

In un tale scenario dunque, qualunque tentativo teorico atto a ridurre, sino ad escluderla, la creatività – intesa come produzione di significati, e quindi di norme, non esattamente riconducibili al potenziale semantico delle disposizioni interpretate – del giudice è destinato al fallimento nella realtà.

---

zione dell'effettiva e complessa realtà fattuale delle concrete dinamiche inerenti la distribuzione dei poteri di gestione nelle società di capitali operanti nel mercato, attraverso l'attività interpretativo/applicativa ha integrato (obbligando anche i procuratori a rilasciare la dichiarazione *de qua*) ciò che in sede legislativa non poteva prevedersi o che, comunque, a vantaggio di alcuni interessi particolari, si è scelto scientemente di non prevedere ai fini della corretta partecipazione alle gare per l'affidamento di commesse pubbliche. Secondo il Massimo Consesso, invero, il tratto distintivo tra le due figure, ossia fra gli amministratori e i procuratori (questi ultimi, lo si ripete, non menzionati nell'art. 38 dal legislatore), è che ai primi «*è di norma affidata l'attività gestoria dell'impresa con potere di rappresentanza generale*», mentre i procuratori «*oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura*». Ciononostante, «*nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra [...] l'emersione [...] di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possono configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori. Anche in questo caso [...] si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovano dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza. A ben vedere, in altre parole, in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assume in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie di determinati atti*». Così Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 23/2013. Sembra, inoltre, utile rimarcare che lo stesso ordine di ragioni ha portato la giurisprudenza prevalente ad estendere l'obbligo dichiarativo anche alla figura – pure essa non prevista dall'art. 38, comma 1, lett. c) – dell'*istitutore*. Cfr., in merito, Cons. St., Sez. VI, n. 1843/2012. Per una completa ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali che hanno condotto la Plenaria a tale decisione, cfr., da ultimo, F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *I contratti pubblici*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Tomo IV, Roma, 2014, spec. 518 ss.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, op. cit., 35.

<sup>121</sup> 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*».

<sup>122</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 268.

La Costituzione e le altre Carte dei diritti europee ed internazionali<sup>123</sup>, pertanto, tutte insieme, si pongono materialmente a fondamento di una ulteriore «nuova teoria dell'interpretazione»<sup>124</sup> dei testi normativi, nel senso che la tendenziale coerenza dell'ordinamento deve essere ricercata da parte dei giudici primariamente sul piano intercostituzionale, dovendo oggi privilegiarsi cioè quell'interpretazione che risulti conforme all'intero impianto (non solo nazionale) posto a tutela e garanzia dei diritti fondamentali<sup>125</sup>. Teoria, questa, che appare realisticamente incompatibile con la negazione del riconoscimento al giudice comune della possibilità di creare diritto nell'attività di saldatura della legislazione con la più ampia, elastica e fluttuante legalità intercostituzionale<sup>126</sup>.

E ciò, in una prospettiva che tenga conto non solo della *validità* delle fonti, quanto dell'*effettività storica*<sup>127</sup> 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»<sup>128</sup>. In questa situazione, la validità delle norme 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 significato<sup>129</sup>.

## 6. (Segue) Un esempio "creativo": il caso Englaro.

A sostegno di quanto si è venuti dicendo circa la *co-produzione* normativa del giudice nell'ordinamento (inter)costituzionale, si può provare a fare un "esperimento" seguendo questi semplici passaggi di ordine logico: 1) studiando un caso concreto di rilievo costituzionale, se possibile da un fascicolo processuale; 2) successivamente analizzando la sentenza sia "in fatto" che "in diritto"; 3) seguendo attentamente l'iter logico-argomentativo della motivazione che ha condotto alla decisione; 4) a questo punto si faccia il tentativo di procedere a ritroso, ossia dalla decisione conclusiva della controversia (in cui si rinvergono le *norme*) alle singole disposizioni (di legge, della Costituzione, dei Trattati, delle Carte europee e internazionali dei diritti) applicate dal giudice.

Se si svolgono tali operazioni, ci si accorgerà, sin da subito, che è impossibile ricondurre esattamente le norme costruite nella sentenza ad un preciso e circoscrivibile potenziale semantico di ogni singolo enunciato di cui si è servito il giudice per motivare la sua decisione. E, se lo si fa, ad ogni buon conto, il ritorno

<sup>123</sup> Da ultimo, sul processo di internazionalizzazione del diritto nazionale, cfr. R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in G. Chiodi e D. Pulitanò, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 43 ss.

<sup>124</sup> ...o, se si preferisce, una fisiologica evoluzione di quella che, come ricorda L. PALADIN, in *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 110, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione del '48 è stata «l'intuizione di Calamandrei sulla Carta costituzionale», quando ha eretto quest'ultima «a fondamento di una nuova teoria dell'interpretazione delle leggi e delle altre fonti-atto». Cfr. P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, 1955, 412 ss. Ancora secondo Paladin, «svanisce, cioè, l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo: cui parrebbe alludere l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, con le celebri formule della «esatta osservanza» e della «uniforme interpretazione della legge, affidate alla corte suprema per assicurare «l'unità del diritto oggettivo nazionale». Subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema «in movimento», soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi». In merito, cfr. anche M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'articolo 12 delle preleggi*, consultabile in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 08.01.2011, il quale anch'esso parla di «una nuova teoria dell'interpretazione» dei testi normativi a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana riprendendo, sul punto, gli scritti sopracitati di Piero Calamandrei.

<sup>125</sup> Profetico in questo senso appare l'art. 39 (del *Bill of Rights*) della Costituzione della Repubblica del Sudafrica, a tenore del quale, nell'interpretare il catalogo dei diritti, i giudici «devono prendere in considerazione il diritto internazionale e possono prendere in considerazione il diritto straniero».

<sup>126</sup> Parla, invece, dopo aver affermato che «un costituzionalismo esclusivamente nazionale si condannerebbe progressivamente all'impotenza e all'emarginazione» di «convergenze interpretative e non creative di diritto», G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., rispettivamente, 399 e 410.

<sup>127</sup> 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».

<sup>128</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., 231.

<sup>129</sup> Sul punto cfr. A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, *Studi dell'anno 2008*, Torino, 2009, 433 ss.



alle “nude” disposizioni legislative apparirà comunque insufficiente a dare ragione del senso e del significato assunto concretamente dal provvedimento giurisdizionale.

Si pensi, ai fini di una migliore comprensione di ciò, ad un caso giuridico estremo come quello che si è verificato nella vicenda Englaro<sup>130</sup>, ove ad essere applicate nel giudizio, in assenza di disposizioni del legislatore, sono state direttamente le norme della Costituzione (ma l'esempio vale, con variazioni di tipo “quantitativo” e non “qualitativo” di creatività giudiziaria, evidentemente per ogni vicenda di rango “costituzionale”).

Se, infatti, si analizzano i principi di diritto contenuti nella sentenza della Corte Suprema di Cassazione<sup>131</sup> – fatti propri poi dalla Corte di Appello di Milano che con decreto ha materialmente autorizzato l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale<sup>132</sup> – è possibile osservare da vicino la fase della produzione giurisprudenziale (in questo caso di riempimento di principi costituzionali preesistenti ai fini di colmare un'evidente lacuna legislativa) senza troppe difficoltà. In sostanza i giudici hanno costruito una norma che, in diretta applicazione degli artt. 2, 3, 13, e 32 Cost. o, meglio, attraverso un bilanciamento di principi costituzionali fra loro confliggenti – diritto alla vita<sup>133</sup> vs principio di autodeterminazione terapeutica – da concreta attuazione a quest'ultimo, favorendo la libertà di scelta del paziente quale risultato della ponderazione dei diversi interessi in gioco<sup>134</sup>.

Qui non v'è dubbio che il fondamento giuridico della decisione è desunto dai giudici direttamente da enunciati normativi vaghi ed indeterminati (i principi costituzionali) e, di conseguenza, il *gap* tra le disposizioni costituzionali previste e le norme costruite dal giudice in relazione al caso risolto è massimo, rimanendo offuscate le stesse basi testuali dell'operazione interpretativo/applicativa del giudice. Dunque, come appare evidente, la decisione di ritenere prevalente la libertà di autodeterminazione terapeutica sul diritto alla vita ha comportato una scelta di campo da parte dei giudici – come tale di natura politica – che non può essere in alcun modo ricondotta al mero effetto dell'applicazione degli enunciati normativi per come previsti dai Padri costituenti. Una conclusione di tal tipo appare, piuttosto, una finzione giuridica che caratterizza le concezioni tradizionali della pratica giudiziaria del nostro tempo, fondate principalmente sulla facile capacità giustificativa (attraverso la riduzione del fenomeno giuridico a mera operazione di logica astratta) che formalmente offre il (taumaturgico) ragionamento sillogistico<sup>135</sup>.

Infatti, sebbene qui il giudice dia contezza in motivazione dell'applicazione di determinate disposizioni a giustificazione della sua pronuncia (e non potrebbe essere diversamente), il ragionamento che lo conduce alla decisione trova, a voler essere realisti, anche e soprattutto le sue fondamenta nei *fatti interpretati* per come rilevati dalle parti e dallo stesso giudice nella controversia e, più precisamente, in una combinazione – che si riversa su di essi – di convinzioni soggettive tendenzialmente inesplorabili (politiche, religiose, culturali, ecc.) e di valori sociali storicamente dominanti (ancora una volta per come rilevati dal giudice, ed eventualmente verificabili solo *ex post*, dopo che l'opinione pubblica avrà espresso il suo “giudizio” sulla vicenda) che fanno della decisione un atto che non può certo prescindere dalle disposizioni normative ma che, allo stesso tempo, in esse, non si lascia neppure completamente concludere.

<sup>130</sup> Sulla quale si vedano, almeno, le pagine di R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 54 ss.; R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”: qualche osservazione in margine alla vicenda Englaro*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, op. cit., 2831 ss.; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, op. cit., 124 ss.

<sup>131</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748 del 16 ottobre 2007.

<sup>132</sup> Corte di Appello di Milano, decreto del 9 luglio 2008.

<sup>133</sup> Per un'ampia ricostruzione di tale diritto, non limitata all'ordinamento interno, cfr. M.G. NACCI, *Diritto alla vita e ordinamento costituzionale. Profili di diritto italiano e comparato*, Lecce, 2008.

<sup>134</sup> La Cassazione, invero, stabilisce l'accertamento di due imprescindibili condizioni prima di autorizzare la disattivazione del presidio sanitario: a) la condizione di stato vegetativo come irreversibile, sulla base di un rigoroso apprezzamento clinico; b) la presenza di elementi di prova chiari, univoci e convincenti della volontà del paziente, da desumersi da precedenti dichiarazioni ovvero dalla personalità, dallo stile di vita, dai valori di riferimento del paziente, dal suo concepire «l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte». Diversamente, in caso di insussistenza di tali presupposti, il giudice deve negare l'autorizzazione all'interruzione dell'alimentazione forzata, dando incondizionata prevalenza al diritto alla vita. Cfr. il punto 7.3 della decisione sopraccitata n. 21748/2007.

<sup>135</sup> Vari autori non hanno esitato a sostenere che «non la legge nella sua consistenza oggettiva, ma la legge così come è stata interpretata dal giudice in relazione al caso concreto forma la premessa della decisione»; e che, al di là di questo, «ogni applicazione si risolve in una, più o meno accentuata, precisazione o trasformazione del significato della norma (disposizione)». Cfr., rispettivamente, L. MENGONI, *Diritto e valori*, op. cit., 26; e G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, 55. Le parentesi sono dello scrivente. Si vedano, inoltre, S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, 222 ss.; E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, 181; L. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 130 ss.; G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 59, 62.

È precisamente in questo senso che gli atti interpretativo/applicativi sono creativi<sup>136</sup>. Si tratta cioè di atti che completano o aggiungono un *quid* all'ordinamento giuridico formale (a prescindere dai vari livelli di legislazione che, come visto, sono ormai strettamente connessi l'uno all'altro<sup>137</sup>), catapultandolo materialmente nella realtà quotidiana. Sono cioè manifestazioni di volontà (non meramente conoscitive ma) di natura nomopoietica – mai perfettamente riconducibili a ritroso al solo testo scritto della disposizione che, una volta diventata norma giuridica, è irrimediabilmente “contaminata” da fatti e valori sociali storicizzati – che determinano possibilità sempre nuove di concretizzazioni del diritto scritto per come astrattamente previsto dall'organo legislativo.

## 7. (Segue) Un esempio di rapporto “competitivo”: il caso Ilva.

Fatte queste indispensabili premesse sul concetto di creatività giurisprudenziale nell'ordinamento (inter)costituzionale, si può adesso passare ad analizzare un altro caso recente che, anch'esso nitidamente, aiuta a comprendere in che modo – nella pratica – *legislatore e giudici collaborano/competono alla migliore regolamentazione della convivenza sociale*.

Si tratta della complessa vicenda dello stabilimento Ilva di Taranto stretta, come si sa, per mesi, fra il dovere di rispettare gli obblighi imposti dalla magistratura attraverso i provvedimenti di sequestro dei beni dell'impresa – adottati precipuamente per tutelare la salute di cittadini e lavoratori – e la necessità di attenersi agli indirizzi di politica industriale statuiti dal Governo con decretazione d'urgenza<sup>138</sup> a tutela del lavoro e dell'attività di impresa.

Per comprendere le ragioni del lacerante conflitto insorto tra i giudici e il legislatore – organi entrambi deputati, benché in diversi momenti, a garantire la tenuta organica di valori e principi fondamentali – è necessario ricostruire, seppur a grandi linee, le vicende governative e giudiziarie che hanno contrassegnato la “competizione” istituzionale.

In breve: la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Taranto ha proposto, in un primo tempo, due ricorsi per conflitto d'attribuzione nei confronti delle disposizioni contenute nel D. L. 207/2012 e nella L. di conv. 231/2012, che autorizzano la prosecuzione dell'attività produttiva dello stabilimento siderurgico tarantino, nonostante il provvedimento di sequestro preventivo disposto dall'autorità giudiziaria.

Il primo ricorso è stato depositato presso la cancelleria della Corte costituzionale il 31 dicembre 2012 ed ha avuto ad oggetto le disposizioni del decreto-legge. La Corte costituzionale, con ordinanza n. 16 del 2013, ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni, confermandone la natura di strumento “residuale”, ossia da attivare solo in assenza di altri rimedi<sup>139</sup>. L'ordinanza ha ribadito, infatti, come il conflitto di attribuzione possa configurarsi anche «*in relazione ad una norma recata da una legge o da un atto avente forza di legge tutte le volte in cui da essa possono derivare lesioni dirette dell'ordine costituzionale delle competenze*», ad eccezione, però, «*dei casi in cui esista un giudizio nel quale tale norma debba trovare applicazione e quindi possa essere sollevata la questione incidentale*».

Il secondo ricorso è stato depositato presso la cancelleria della Corte costituzionale il 28 gennaio 2013 ed ha avuto ad oggetto la legge di conversione. La Procura tarantina chiedeva alla Corte di dichiarare che «*non spetta [...] al Parlamento della Repubblica, in sede di conversione del D.L. n. 207/2012, autorizza-*

<sup>136</sup> Su tale concetto, da ultimo, cfr. G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, 2013, il quale rileva che «...*se i problemi mutano o se ci si accorge che le soluzioni tradizionalmente apprestate non sono più efficaci ecco farsi strada l'esigenza di creare nuovo diritto*». (87)

<sup>137</sup> Illuminanti, in merito, risultano le osservazioni di A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in M. D'Amico – B. Randazzo (a cura di), *L'interpretazione conforme e tecniche argomentative*, op. cit., 398-399, secondo cui «*Il vero è che nessun ordinamento ormai più è, se mai è stato, in sé concluso, autosufficiente; e, se lo fosse, sarebbe in realtà autoreferenziale, incapace di reggersi da se medesimo...*».

<sup>138</sup> Cfr. il D.L. del 3 dicembre 2012, n. 207, concernente: «*Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente, e dei livelli d'occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*» e il D.L. 4 giugno 2013, n. 61, concernente: «*Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale*».

<sup>139</sup> Sulla teoria del conflitto di attribuzione come strumento residuale, cfr. R. BIN, *L'Ilva e il soldato Bandini*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2013, 6; G. AZZARITI, *Decreto Ilva. Auspicabile l'intervento della Corte costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012, 3, il quale evidenzia come «*il caso di specie presenti due distinti profili di criticità*». Il primo è quello di «*un possibile irragionevole bilanciamento tra i valori e principi costituzionali in gioco [...] tipicamente censurabile attraverso la formulazione di una questione incidentale di legittimità costituzionale da parte del giudice precedente*», mentre il secondo attiene alla «*possibile lesione delle prerogative del potere giudiziario*», considerata la «*pretesa di travolgere ipso iure le disposizioni di un provvedimento di sequestro*». Questo secondo profilo costituirebbe, appunto, «*tipica materia di un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*».

re la prosecuzione dell'attività produttiva per un periodo di tempo determinato, né che tale disposizione possa trovare applicazione anche quando l'autorità giudiziaria abbia adottato provvedimenti di sequestro sui beni dell'impresa titolare dell'A.I.A.». Il ricorso evidenziava, in sostanza, le medesime lesioni prospettate con riguardo al decreto-legge, sicché la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 17 del 2013, ha dichiarato, nuovamente, l'inammissibilità del conflitto di attribuzione.

Le disposizioni del decreto-legge 207/2012, convertito con modificazioni nella Legge 231/2012, sono state, in un secondo tempo, impugnate in via incidentale davanti alla Corte costituzionale – dal G. i. p. e dal Tribunale ordinario in funzione di giudice di appello ex art. 322 bis c.p.p., con due ordinanze rispettivamente del 15 e del 22 gennaio 2013 – la quale ha così potuto finalmente vagliare le questioni di legittimità costituzionale sollevate.

Giunta la questione dinanzi alla Corte, un'attenta dottrina non ha mancato sin da subito di rilevare come la vicenda si collochi «nel cuore autentico della tensione e delle ragioni del conflitto che attraversano il rapporto fra potere giudiziario e potere politico» che deriva dalla difficoltà di tracciare in concreto un «confine [...] fra i compiti e le responsabilità spettanti all'uno o all'altro dei due poteri»<sup>140</sup>. Si è sottolineato, anzi, come essa abbia avuto il merito di fare emergere «la tensione – di solito latente – tra istituzioni e poteri dello Stato che rivendicano [...] il diritto a dire l'ultima parola» sul contemperamento tra diritti di rango costituzionale in situazione di conflitto<sup>141</sup>.

Il giudice delle leggi, infatti, con la sentenza n. 85 del 2013<sup>142</sup>, pur affermando la «non irragionevolezza» della nuova disciplina concernente gli stabilimenti di «interesse strategico nazionale» aventi determinate caratteristiche<sup>143</sup> – in quanto giustificata da una «situazione di emergenza» che imponeva l'adozione di una legge al duplice fine di «scongiurare una gravissima crisi occupazionale» inasprita dalla «recessione economica» e di salvaguardare la salute delle popolazioni e la salubrità dell'ambiente<sup>144</sup> – non ha mancato più in generale di porre l'accento su come, nei casi concreti, quando si ha a che fare con dei principi fondamentali che confliggono, è sempre incerta la linea divisoria tra l'azione delle disposizioni normative del legislatore e quella dell'attività interpretativo/applicativa del giudice, perché essa è sempre «facilmente oltrepasabile sia in un senso che nell'altro»<sup>145</sup>.

La Corte costituzionale, in sostanza, negando l'esistenza di una «rigida gerarchia» tra i valori costituzionali, ha evidenziato come i diritti fondamentali siano posti in un «rapporto di integrazione reciproca», sicché nessuno possiede una «prevalenza assoluta sugli altri». Essi devono essere, pertanto, «bilanciati in sede politica secondo un criterio di ragionevolezza» e la loro tutela dev'essere «sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro». Si potrebbe verificare, altrimenti, «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> Così V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2013, 1.

<sup>141</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Editoriale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2013, 2.

<sup>142</sup> Per un commento assai critico della pronuncia, si rinvia agli scritti di G. BUCCI – S. D'ALBERGO, *L'Ilva e gli embrioni di uno Stato "neo-corporativo"*, in *Rivista Marx Ventuno*, articolo in corso di pubblicazione, 7, a parere dei quali «ci troviamo non solo dinanzi alla questione dell'indebita "sovrapposizione" della normativa governativa ai "provvedimenti cautelari" della magistratura, ma anche dinanzi alla questione più ampia dell'individuazione di un fondamento giuridico idoneo a giustificare l'adozione di una normativa di portata destabilizzante. L'incursione normativa del Governo appare, infatti, non solo "arbitraria" perché "sopravvenuta" all'azione della magistratura, ma, soprattutto, "artificiosa" perché giustificata in base ad un fondamento concettuale generico, quello di "stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale" che versano in uno stato "di crisi", prospettato in termini ugualmente generici».

<sup>143</sup> L'art. 1, primo e secondo comma del D.L. 207/2012 prevede che il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare possa autorizzare, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA), la prosecuzione dell'attività produttiva, per un periodo di tempo determinato non superiore a 36 mesi, «a condizione che vengano adempite le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame della medesima autorizzazione», quelle contenute nella normativa in materia ambientale (v. d D.Lgs del 3 aprile 2006, n. 152 e succ. modif.) e le «altre disposizioni di carattere sanzionatorio penali e amministrative contenute nella normativa di settore». Al quarto comma del medesimo decreto poi, si dispone che l'attività produttiva di uno stabilimento dichiarato di interesse strategico nazionale, possa proseguire – ove ricorrano le condizioni previste dal primo comma – «anche quando l'autorità giudiziaria abbia adottato provvedimenti di sequestro sui beni dell'impresa titolare dello stabilimento». La disposizione specifica, inoltre, che «in tal caso i provvedimenti di sequestro non impediscono, nel corso del periodo di tempo indicato nell'autorizzazione, l'esercizio dell'attività d'impresa a norma del comma 1».

<sup>144</sup> Cfr. sent. Corte cost. 85/2013, punto 12.2 del *considerato in diritto*.

<sup>145</sup> Cfr. il punto 12.6 del *considerato in diritto*.

<sup>146</sup> Cfr. il punto 9 del *considerato in diritto*.

Non si condivide, di conseguenza, l'assunto del giudice rimettente secondo cui «l'aggettivo "fondamentale" contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona». Si specifica, infatti, come la Carta fondamentale – al pari delle altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee – richieda «un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi». La «qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa, pertanto, che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»<sup>147</sup>.

In altre parole qui la Corte sembra aver dato – per restare in metafora – l' "ultima parola" al legislatore ma senza assolutizzare le sue prerogative. Ha piuttosto stabilito che non si vanno a menomare le prerogative dell'autorità giudiziaria<sup>148</sup> quando il legislatore prende decisioni *pro-futuro* (sulla vita della popolazione, dei lavoratori, sulla salute, l'attività di impresa, ecc.). In questi casi, infatti, il compito di assumere determinazioni, non può che spettare precipuamente al potere legislativo e alle rispettive amministrazioni competenti<sup>149</sup>. Ma, si badi bene, non si è detto neppure che le prerogative del giudice (che produce «norme» relative al caso) e quelle del legislatore (che produce «disposizioni» orientative di comportamenti futuri) siano tra di loro in rapporto di subordinazione o – come sembrano richiedere alcune letture assiomatiche del principio della separazione dei poteri<sup>150</sup> – di totale incomunicabilità.

Piuttosto, proprio occupandosi di questa delicatissima vicenda – che ha portato all'apice il conflitto tra i due poteri – sembra che la Corte abbia voluto delineare tra *legis-latio* e *ius-dictio*<sup>151</sup> un equilibrio ben lontano dalle rigide logiche di separazione delle rispettive attribuzioni: la discrezionalità del giudice – sembra si sostenga – è orientata dalle esigenze del caso, mentre quella del legislatore è portatrice di una prospettiva tendenzialmente più astratta, ossia diretta a disporre ipotesi normative funzionali alla convivenza sociale in un'ottica futura<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> Così ancora al punto 9. La Consulta dunque chiarisce che non sussiste una rigida gerarchia tra diritti fondamentali.

<sup>148</sup> Si è detto, infatti, che «le opinioni del giudice, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione», non possano sostituirsi «alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela dell'ambiente rispetto alla futura attività di un'azienda, attribuendo in partenza una qualificazione negativa alle condizioni poste per l'esercizio dell'attività stessa, neppure ancora verificate nella loro concreta efficacia». Non risulta, pertanto, plausibile che un giudice (ivi compresa la Corte), possa ritenere «illegittima la nuova normativa in forza di una valutazione di merito di inadeguatezza della stessa [...], sovrapponendo le proprie valutazioni discrezionali a quelle del legislatore o delle amministrazioni competenti». Tale sindacato sarebbe, infatti, possibile «solo in presenza di una manifesta irragionevolezza della nuova disciplina dettata dal legislatore e dalle nuove prescrizioni contenute nell'AIA riesaminata». Si vedano, rispettivamente, i punti nn. 10.3 e 12.6 del considerato in diritto.

<sup>149</sup> V. ONIDA, *op. cit.*, 1, concordando con l'impostazione della Corte costituzionale, ha evidenziato come «spetta certamente al potere politico-amministrativo stabilire, in conformità ai principi costituzionali (art. 41, primo, secondo e terzo comma) regime, limiti e vincoli relativi ad attività di per sé non solo lecite ma socialmente utili e necessarie, ancorché genericamente "pericolose", come la produzione industriale, in particolare la produzione della grande industria dell'acciaio, con i suoi corollari di occupazione e di sviluppo dell'economia nazionale. D'altra parte, spetta certamente al potere giudiziario perseguire e reprimere le condotte violatrici di norme e lesive di diritti delle persone, con i corollari dei poteri cautelari e preventivi attribuiti all'autorità giudiziaria».

<sup>150</sup> 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, 1, il quale, 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, ha acutamente rilevato come «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».

<sup>151</sup> In un'ottica più ampia, attenta dottrina ha rilevato come nello Stato costituzionale di diritto «il baricentro del sistema, dal punto di vista istituzionale, tende a dislocarsi sugli organi titolari di funzioni di *legis executio*: si badi, non tanto sulla giurisdizione piuttosto che sull'amministrazione (e tantomeno viceversa), quanto sull'una e sull'altra, in quanto funzioni che si pongono a ridosso delle concrete, specifiche vicende sociali, e che perciò sono chiamati a risolvere immediatamente i problemi attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni normative, attività che spesso si traducono in una paziente, delicata e complessa attività di adattamento della regola alle peculiari caratteristiche dei casi». Così L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, *op. cit.*, 335.

<sup>152</sup> Secondo V. ONIDA, *op. ult. cit.*, 1, «finché si discute se determinate condotte concrete siano state conformi o meno agli specifici parametri normativi positivi che le vincolano, siamo nel campo ordinario dell'attività interpretativa e applicativa della legge, e starà ai giudici, nei modi processualmente corretti e con i controlli intrinseci al sistema processuale, compiere in via definitiva i relativi accertamenti e applicare le previste misure sanzionatorie e interdittive. Ma quando si discute se una determinata attività futura, anche se in ipotesi conforme alle specifiche prescrizioni per essa dettate, produca o possa produrre effetti che mettono in pericolo diritti o interessi tutelati dall'ordinamento, il confine si fa labile, tanto più quando tali effetti non riguardino singoli soggetti ben individuati, ma abbiano carattere "collettivo", e quando essi richiedano di essere misurati e apprezzati sotto il profilo quantitativo o probabilistico. Immaginare, in casi come questi, che sia l'autorità giudiziaria l'arbitro ultimo o unico della "pericolosità" di un'attività futura di per sé lecita e conforme agli specifici parametri normativi per essa dettati, che possa consentirla o vietarla in concreto, darebbe luogo ad un evidente squilibrio».

Ed è dunque alla luce di tale equilibrio che la sostanziale discrezionalità politica dell'attività interpretativo/applicativa del decidente sembrerebbe ormai opportuno doverla "allacciare" – in un *continuum* spazio temporale – a quella dispositiva del legislatore. Il punto centrale è, in definitiva, proprio questo: le disposizioni dell'organo legislativo non appaiono onnipotenti e sono sempre destinate, all'insorgere di una nuova controversia, ad essere nuovamente sottoposte – in una sorta di inesauribile moto circolare – all'attività interpretativa del giudice<sup>153</sup>. I due organi, in altre parole, confliggendo, è come se si controllassero a vicenda costituendo l'uno il limite dell'altro a garanzia del mantenimento del delicato equilibrio del sistema (inter)costituzionale dei diritti.

In tali condizioni, dunque, nessuno dei due poteri ha mai in realtà definitivamente l'ultima parola<sup>154</sup>, giacché i loro compiti sono strettamente connessi e funzionali a reggere il contraddittorio istituzionale sul mantenimento dello stato di salute della democrazia<sup>155</sup>.

Pertanto, è in tal modo che si realizza e si struttura la più o meno "forzosa" e necessaria "collaborazione" o, se si preferisce, "competizione" tra i due poteri nella produzione effettiva del diritto.

Entrambi, quando si tratta di tutelare diritti, esercitano in una sorta di pubblico contraddittorio una funzione sostanzialmente "politica" tesa alla migliore tutela e garanzia dei diritti fondamentali, occupandosi tanto delle esigenze del caso concreto (nel caso *de quo* attraverso i provvedimenti cautelari emessi dal G.i.p. di Taranto) quanto, in prospettiva futura, delle esigenze di politica legislativa *de iure condendo* (sempre per rimanere al nostro caso, mediante i decreti convertiti in legge dal legislatore).

## 8. Rilevi conclusivi.

Dalle argomentazioni che si sono sostenute sembra emergere, con una certa chiarezza, il ruolo effettivamente creativo ed insostituibile giocato dal giudice nell'inveramento delle regole e dei principi – per così dire, di ogni ordine e grado – nell'orbita della c.d. dimensione interpretativo/applicativa all'interno dello Stato (inter)costituzionale di diritto<sup>156</sup>.

Si è osservato, infatti, come sostanzialmente siano i giudici ad individuare – non di rado in "competizione" con il legislatore – una soluzione interpretativa che, nel caso di specie, soddisfi e componga i conflitti sociali attraverso il bilanciamento delle più diverse istanze provenienti dai consociati in un dato momento storico.

Come si è visto, la principale ragione dell'importanza del contributo del giudice riposa nella già rilevata incidenza, sull'intero sistema giuridico inteso nella sua reale dinamicità, «*della dimensione effettuale, ed in prima luogo dei casi concreti, delle vicende della vita nella loro peculiare, e spesso irripetibile, specificità*»<sup>157</sup>.

<sup>153</sup> Come ha d'altronde riconosciuto lo stesso giudice delle leggi in motivazione quando ha evidenziato, in particolare, come la disposizione censurata «*non abbia travolto un "giudicato" nel senso tecnico-processuale del termine (e cioè, la decisione giudiziale definitiva di una controversia)*», ma abbia modificato il quadro normativo sulla cui base erano stati emessi «*alcuni provvedimenti cautelari*» per creare «*una nuova situazione di fatto e di diritto*» idonea a consentire la ripresa della produzione, non già «*con le modalità precedenti (che avevano dato luogo all'intervento dell'autorità giudiziaria), ma con modalità nuove e parzialmente diverse*», ponendo «*le premesse perché si verificchino in futuro fatti che dovranno essere valutati nuovamente dai giudici, ove aditi nelle forme rituali*». Così, al punto 12.4 del *considerato in diritto*.

<sup>154</sup> Appare allora forse a tratti ingenuo stabilire – *sic*, "seccamente", una volta per tutte – a chi spetta l'ultima parola nello Stato (inter)costituzionale di diritto. Anche nella vicenda *de qua*, in fondo, a ben vedere è pur sempre stato un giudice (la Corte costituzionale), e non semplicemente la volontà del legislatore a stabilire ciò che concretamente è legittimo fare e non fare. Come ha acutamente osservato L. PANNARALE, *Il diritto che guarda. Rischi della decisione giuridica*, Milano, 2008, 139, «*...La società moderna non tollera alcuna idea definitiva né alcuna autorità che pretenda di dire l'ultima parola sul mondo*».

<sup>155</sup> Come ha recentemente rilevato A.M. NICO, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, op. cit., 140, «*...nell'attuale contesto normativo lo sguardo non pare più rivolto né alla fonte e al sistema compositivo di cui fa parte, né alla sola tutela offerta dai giudici, bensì al contenuto dei diritti laddove prende corpo una sorta di comparazione finalizzata ad applicare il diritto maggiormente garantito dagli ordinamenti*».

<sup>156</sup> Secondo G. BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in "Jus", Milano, 2002, 152, «*Una volta acquisto che [...] i diritti umani sono il contenuto ideale e storicamente necessario del diritto oggettivo, che l'oggettività è soggettività, ma che la soggettività deve comporsi nell'oggettività, noi possiamo ben immaginare uno Stato di diritto che si fonda sopra i diritti prima che sopra le leggi*».

<sup>157</sup> L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, op. cit., 128 ss., il quale, proseguendo, rileva come «*Il giudice, ciascun giudice, deve fare riferimento al caso concreto sottoposto alla sua cognizione, all'individuale controversia rispetto alla quale egli è chiamato a ius dicere. Riguardo al carattere "costitutivo" della funzione giurisdizionale individuabile nella relazione con il caso concreto [...] ciascun giudice non può esercitare le sue funzioni oltrepassando il limite rappresentato dalla concreta controversia; ma egli deve pure ricostruire il caso nella sua completezza e nella sua specificità (senza sostituirlo con schemi astratti o aprioristici, o con leggi stati-*

Nei termini ora indicati, dunque, ed al di là di uno specifico riferimento ai diversi modi con i quali è possibile tradizionalmente considerare il diritto<sup>158</sup>, sembra qui in generale potersi affermare che il diritto positivo non appare più essere solo un'entità riducibile ad enunciati linguistici<sup>159</sup>, posto dalle c.d. fonti formali (leggi, regolamenti ecc.), e semplicemente conosciuto dai giudici nelle aule di tribunale.

Se forse è esistito un momento storico per l'esperienza giuridica in cui la positività del diritto poteva, tutto sommato, apparire come un dato quasi matematico del sistema che, come tale, precostituiva i modelli di operatività del giurista (un retaggio di ciò è tutt'oggi presente nell'art. 101, comma 2 Cost., «*il giudice è soggetto soltanto alla legge*»); nell'esperienza contemporanea degli Stati costituzionali<sup>160</sup>, la positività del diritto appare invece più realisticamente essere – oltre che un fatto allignato nel dato testuale – anche il prodotto dell'attività ermeneutica (contenuta nella *ratio decidendi* del provvedimento giurisdizionale) con la quale gli interpreti/applicatori (giudici comuni e costituzionali) concretamente giustificano (pubblicamente) le proprie decisioni nell'ordinamento *intercostituzionale*.

Come ha rilevato attenta dottrina, infatti, una corretta chiave di lettura nella materia dei diritti non può più essere ricondotta al sistema tradizionale delle fonti, dovendosi registrare uno spostamento dell'asse di riflessione – sul quale ormai sembra non possano più chiudersi gli occhi – «*dalle fonti ai giudici, o se si vuole dalle Carte alle Corti*»<sup>161</sup>, che tenga cioè conto realisticamente della struttura “viva” e dinamica del concetto di positività, non più incentrato esclusivamente sullo statico dato testuale, ma arricchito del contributo valutativo del giudice apportato in sede applicativa attraverso l'interpretazione.

In altre parole, la positività del diritto non appare più potersi ridurre alla *terrible simplification* di un diritto vigente che è tale solo in quanto posto in modo certo e oggettivo dalla volontà del legislatore, a cui l'interprete può solo accostarsi in maniera neutrale, nella totale indifferenza nei confronti dei fatti sociali che – allo stesso modo degli enunciati normativi – come s'è visto all'interno del giudizio influenzano il giudice. Un'operazione di tal tipo, nella sua artificiosità, tenderebbe a “sedare” – se non proprio annientare – l'identità stessa dell'interprete<sup>162</sup>.

Se quanto si è venuti dicendo ha qualche fondamento, allora l'impossibilità di concepire il diritto positivo come in qualche modo indipendente e staccato dall'attività dell'interprete/applicatore conduce per forza di cose a concludere che non sembra esistere una perfetta misurabilità e definitività del diritto positivo scvera dall'opera del giudice.

La positività del diritto – nella sua reale dinamicità – sembra invece meglio individuabile a seguito e come risultato di un processo produttivo di co-determinazione tra legislatore e interprete/applicatore che, come tale, non si esaurisce nella statica fissità della formulazione della disposizione, ovvero sia nell'eteronomia precostituita di modelli di comportamento che preesistono astrattamente alla società in qualità di dati perfetti.

Postulare l'esistenza di una norma giuridica (e non semplicemente di una disposizione) significa, invece, di per sé riconoscere che la positività del diritto è il risultato di un ciclo produttivo amministrato tanto dal legislatore quanto dall'interprete/applicatore: esso cioè, una volta azionato dai «fatti» del caso di specie,

---

*stiche*), e deve riferirsi al caso nella motivazione della sentenza; per altro verso, precisamente in ragione di tale essenziale relazione tra caso concreto ed esercizio della giurisdizione, la legge non può precluderne al giudice la puntuale conoscenza».

<sup>158</sup> Come risaputo, infatti, esistono diversi modi di considerare il diritto moderno. Ad esempio, secondo il *normativismo* il diritto è un “giudizio ipotetico”; per il *decisionismo* è una “posizione di posizioni”; secondo il *realismo* “è una previsione di comportamento” o, a voler seguire l'*istituzionalismo*, il diritto è un “processo in formazione”. Per una completa ricognizione delle principali correnti di pensiero degli ultimi due secoli, assai utili possono ritornare, tra gli altri, le pagine di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Roma-Bari, 2011.

<sup>159</sup> Come ha ironicamente affermato R. BARTHES, *Lezione. Il punto sulla semiotica letteraria* (1979), Torino, 1981, «*la lingua è fascista*», giacché in modo rigido si occupa di semantica, sintassi e grammatica.

<sup>160</sup> In cui, come è stato acutamente osservato, il giudice è sottoposto, prima ancora che alla legge, alla Costituzione ed ai suoi principi fondamentali. Sul punto cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, spec. 102 ss.

<sup>161</sup> Cfr. M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, 6.

<sup>162</sup> Come ha rilevato S. AMATO, *La positività del diritto: assiomi e paradigmi*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, op. cit., 201, «*In fondo, noi continuiamo a leggere Kelsen e a servircene più o meno consapevolmente proprio perché ci dà la certezza di un metodo e la sicurezza di un sistema di conoscenze, senza sottrarci nessuna delle nostre angosce. Anzi, attraverso la netta cesura tra giuridico e metagiuridico assevera una provvidenziale distinzione tra l'uomo incomprensibile e indecifrabile perché “non è un libro pensato a tavolino” e il giurista, che per quanto sia libero nei processi di concretizzazione e si trovi di fronte ad orizzonti ipotetici vuoti nei contenuti, resta sempre il meccanismo anonimo, l'ingranaggio impersonale di un complesso teoreticamente autosufficiente: capace cioè di costruire su fratture e contrasti un modello precostituito di osservazione della realtà, che risolve il problema dell'ordine possibile*».

viene orientato dagli enunciati normativi (di ogni “livello”) le cui concrete applicazioni sono a loro volta influenzate dal contesto sociale di riferimento.

Dunque, alla norma giuridica positiva, l'interprete/applicatore giunge seguendo (non interessa quanto consapevolmente) un vero e proprio moto circolare – che percorre e ripercorre, in avanti e indietro, sino alla decisione.

Infatti, la norma giuridica, proprio in quanto frutto dell'attività congiunta dei due organi, diviene effettiva – ossia concreta e applicabile al caso di specie – solo all'esito di un processo ermeneutico che si colloca esattamente all'interno della «positività» e che, pertanto, in tal modo, propriamente la struttura e la costituisce attraverso la storicizzazione delle disposizioni normative nel contesto dinamico e pluralistico della società.

Come è stato detto, «*la positività non è ma si produce*»: nel senso che non può essere concepita semplicemente come un insieme di disposizioni poste dal legislatore che prescindono dall'attività interpretativo/applicativa del giudice, come se si trattasse di un'entità astratta che esiste di per sé, che può fare a meno di connettersi con l'interprete in «*un rapporto di concreta e inesauribile continuità temporale*»<sup>163</sup>.

Detto in altri termini, quando il legislatore “dispone”, non produce immediatamente norme ma soltanto enunciati orientativi<sup>164</sup> di condotte in attesa di materializzarsi nella società. Le «*norme giuridiche non consistono in regole, già del tutto tracciate semanticamente, ma negli atti di positivizzazione sperimentati su queste regole*»<sup>165</sup>.

Cosicché, in definitiva, nella realtà della dimensione giuridica sembra potersi dire che il diritto è un qualche cosa che appare sempre in movimento ed a costruirlo (ma anche a distruggerlo) nella sua vincolante positività sono contestualmente diversi fattori (la legislazione, la giurisdizione, le pratiche sociali ecc.) “incontenibili” tutti assieme in un tradizionale atto-fonte del legislatore<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Le espressioni riportate sono di G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, op. cit., 344. Qui, l'Autore, sviluppa le sue riflessioni in una prospettiva ermeneutica ancora più ampia, che supera cioè i confini della presente indagine includendo, tra i soggetti che influiscono sulla determinazione della positività del diritto, anche il comportamento, «*il lavoro*» dei consociati.

<sup>164</sup> L'espressione riporta in qualche modo alla mente ciò che Alf Ross chiamava «*direttive giuridiche*», ossia quelle che l'A. qualificava come «*quasi-comandi*», diversi cioè da imposizioni specifiche in quanto impersonali. Cfr. A. ROSS, *Direttive e norme*, trad. it. a cura di M. Jori, Milano, 1978, *passim*.

<sup>165</sup> J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, op. cit., 40.

<sup>166</sup> In merito, cfr. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, spec. 145 ss.; e G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, 7 ss.