

UNA DECLINAZIONE DEL SINTAGMA /DIRITTO
SOCIALE/: APPUNTI PER UNA RIDISCUSSIONE
DELLA CATEGORIA DELLA POSITIVITÀ
DEL DIRITTO
MARCO COSSUTTA

ABSTRACT

Il contributo, a partire dal tradizionale utilizzo dei sintagmi richiamati nel titolo del Convegno, intende analizzare il rapporto fra la fondazione di una comunità politica e l'ordinamento giuridico che la regge, in modo da riconoscere nel diritto sociale una forma di regolamentazione giuridica promanante dal vivere sociale stesso ed istituita anche attraverso la prassi giurisprudenziale. In tal modo, anche avuto riguardo a recenti pronunce giurisprudenziali, viene ridiscussa la tradizionale categoria della positività del diritto.

PAROLE CHIAVE

Positività del diritto; giudice attivista; interpretazione creativa; fonti del diritto; diritti fondamentali; diritto sociale.

SOMMARIO

§ 1. Su l'uso tradizionale o comune dei sintagmi componenti il titolo del nostro incontro; § 2. Sul diritto sociale quale diritto fondamentale della comunità politica; § 3. Il giudice *attivista* e la vigenza dei diritti sociali nella prospettiva dello stato pluriclasse; § 4. Cenni sulla giurisprudenza quale fonte del diritto; § 5. Sulla fonte del diritto sociale: l'interpretazione *intersistemica*; § 6. Il tentativo di comprovare le *elucubrazioni* di cui sopra; § 7. Sulla cogenza interna di certe indicazioni provenienti dal diritto comunitario; § 8. Per un diritto sociale adeguato all'ordinamento giuridico della comunità politica.

I. SU L'USO TRADIZIONALE O COMUNE DEI SINTAGMI COMPONENTI IL TITOLO DEL NOSTRO INCONTRO

Il titolo del presente Convegno risulta composto da due sintagmi, il cui senso¹ appare più che assodato vuoi all'intero della comunità dei giuristi, vuoi, come si suol dire, nel parlar comune², tanto da non dare adito, di primo acchito, a soverchi problemi di natura semantica (vedi l'ambiguità e la vaghezza dei termini e, nel nostro caso, dei sintagmi) che pare angustino oramai da decenni³ i cultori di un approccio analitico al fenomeno giuridico.

Sicché si può affermare, per lo meno dal punto di vista di chi non fa dello studio del linguaggio giuridico il proprio precipuo campo di interesse, che le espressioni qui richiamate non presentino problemi di

1 La definizione, ovvero la determinazione dei confini semantici dei termini, procederà avendo riguardo, più che al loro universo semantico o campo noetico, ovvero all'insieme dei significati che gli stessi possono assumere nel sistema linguistico di appartenenza e deducibile dalle loro definizioni lessicali (che poi è il repertorio dei significati di un termine disponibili all'interno di una comunità linguistica), al *sensu*, ovvero al valore che il termine ha all'interno del contesto nel quale viene usato, quindi allo specifico "significato" che lo stesso assume all'interno di un altrettanto specifico discorso. Cfr., per un primo approccio al tema, G. Berruto, *La semantica*, Bologna, 1977, pp. 59-60.

2 Si fa implicito riferimento ai concetti di cultura giuridica interna e di cultura giuridica esterna elaborati da Friedman; infatti, il linguaggio giuridico, pur non presentandosi come una specie del linguaggio tecnico, appare pur sempre distinto dal linguaggio ordinario, ad esempio, per la presenza di termini specifici al mondo del diritto, quindi interni alla cultura giuridica e non riscontrabili nel linguaggio quotidiano della comunità linguistica (cfr. in argomento L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. a cura di G. Tarello Bologna, 1978 (ma New York 1975), pp. 371-372); viene a causa di questa sua peculiarità ricondotto ai cosiddetti linguaggi settoriali. Cfr. in argomento le riflessioni di A. Belvedere, *sub voce Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistica. Sezione civile*. Va altresì notato come, se i due sintagmi nascono anche per designare nello specifico lessico giuridico delle precise statuizioni, ovvero *ab origine* fanno parte di quei termini od espressioni che qualificano il linguaggio giuridico come settoriale, ora, proprio avuto riguardo al loro senso originale, sono parte anche del linguaggio comune.

3 I cosiddetti problemi del linguaggio ritrovano una loro classica codificazione nel volume di Alf Ross, *Diritto e giustizia*, trad. it. a cura di G. Cavazzi, Torino, 1965 (ma Copenhagen, 1953), in particolare nei §§ 24-27.

significazione insormontabili, tali, cioè, da inficiarne l'uso all'interno di un discorso che vorrebbe essere dotato di senso⁴.

Infatti, per quanto il contorno semantico del primo sintagma /diritti fondamentali/⁵ è in ogni caso connotato da un alone di vaghezza, in vero ineliminabile avuto riguardo all'utilizzo del linguaggio ordinario (il che, di per sé, a mio avviso, non lo rende necessariamente *difettoso*, come pare implicitamente affermarsi in talune prospettive⁶), per consolidata tradizione i diritti fondamentali, ove gli stessi non vengano rappresentati all'interno degli angusti spazi di diritti pubblici soggetti, rappresentano pur sempre il tessuto fondativo a formante di una comunità sociale

4 Non appare fuori luogo richiamare in proposito un passo hobbesiano tratto dal *Leviathan*, I, V, nel quale si colgono tutti i prodromi del positivismo logico che, dalla Vienna della prima metà dello scorso secolo, si irradierà nel mondo: “per mezzo delle parole l'uomo è capace di ridurre le conseguenze che trova in regole generali, chiamate *teoremi* o *aforismi*, che è dunque capace di ragionare o di calcolare non solo sui numeri ma in tutti gli altri generi di cose che siano suscettibili di essere addizionate o sottratte l'una dall'altra.

Questo privilegio è tuttavia bilanciato da un altro: quello dell'assurdità a cui non è soggetta alcuna creatura vivente ad eccezione dell'uomo. E fra gli uomini vi sono esposti più di chiunque altro coloro che professano la filosofia. È infatti verissimo quello che Cicerone dice di loro in qualche luogo, che non ci può essere niente di tanto assurdo da non essere rintracciabile nei libri dei filosofi. La ragione è evidente: nessuno di loro comincia il ragionamento partendo dalle definizioni o dalle spiegazioni dei nomi che è in procinto d'usare. Tale metodo è stato usato soltanto nella geometria le cui conclusioni sono perciò diventate indiscutibili”, citiamo dalla trad. it. curata da A. Pacchi e A. Lupoli, Roma-Bari, 1989, p. 37.

5 Tale dizione ritrova sia nel lessico giuridico, che in quello comune una serie di espressioni con significato equivalente: da diritti dell'uomo o diritti umani, a diritti inviolabili sino a spingersi alla denominazione di diritti naturali, declinata però nel suo significato moderno, ovvero proprio al giusnaturalismo contrattualistico, e non a quello classico o tomistico di *lex naturalis* (in proposito riscontriamo come “non è causale che costantemente si sostenga che essi i diritti fondamentali sono il Diritto naturale del tempo attuale. Nonostante ciò, quel riferimento non sembra pertinente anche se si è mutato il criterio di valutazione del Diritto positivo”, così G. Peces-Barba Martinez, *sub voce Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, pp. 151-152; cfr. però anche F. Battaglia, *sub voce Dichiarazione dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, ove rileva: “l'affermazione esservi alcuni diritti essenziali dell'uomo in quanto tale, nella sua qualità o essenza assolutamente umana, non si può scindere dalla postulazione previa e necessaria di un diritto naturale, naturale cioè altro dal positivo, preliminare e fondamentale rispetto a questo”, p. 409).

6 Cfr. a titolo di esemplificazione il testo di C. S. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, trad. it. di M. Barberis, P. Chiassoni, V. Ottonelli e S. Pozzolo, Torino, 1996 (ma Buenos Aires, 1980), pp. 220 e segg.

e ritrovano il loro riferimento positivo all'interno del vasto e variegato fenomeno delle *Dichiarazioni*⁷ e delle prospettive di pensiero a queste preposte. Se l'individuazione di un momento unitario può avvenire, per i diritti fondamentali, con il riferimento alle *Dichiarazioni*, ciò non di meno assistiamo al declinarsi di concezioni relative al nostro sintagma fra loro diverse se non antitetiche vuoi per le metodologie d'approccio, vuoi per gli esiti pratici⁸.

In ogni caso, l'espressione diritti fondamentali, di uso oramai comune ed assunta in modo del tutto ap problematico⁹ – difficilmente all'intero della contemporanea cultura occidentale assistiamo a quel rifiuto del concetto stesso (ove i *diritti* si intendano, va ripetuto, legati alle *Dichiarazioni*), che ha caratterizzato in un passato non remoto il pensiero cattolico e quello socialista¹⁰ – designa un fenomeno tutto sommato circoscrivibile, come sopra rilevato, ai fondamenti stessi della regolamentazione della vita sociale; i diritti fondamentali sono tali perché a questi deve ispirarsi la legislazione ordinaria, che vede, per l'appunto, nei principî ivi racchiusi il proprio fondamento (è solo il caso di accennare come tale fondamento, ovvero tali limiti invalicabili – ma su questo oltre –, vadano a declinarsi lungo itinerari sia procedurali, che valoriali).

All'interno di questo quadro può trovare specificazione anche il sintagma /diritti sociali/ ove lo stesso appaia come specie del più ampio genere diritti fondamentali. In proposito pare d'uopo richiamare il classico studio di Nicola Matteucci introno ai *Diritti dell'uomo – Dichiarazione*

7 Per una visione in chiave ipertrofica del fenomeno delle *Dichiarazioni* cfr., fra gli altri, F. Gentile, *Dichiarazioni dei diritti umani e ideologie nell'esperienza politica contemporanea*, in A. M. Revedin (a cura di), *Diritti dell'uomo e ideologie contemporanee*, Padova, 1988, p. 57 (con contributi di G. Gerin, A. Sinagra, C. Zanghì, M. Cossutta, G. Cotta, F. Longato, E. Vaghin, V. Vitale, D. Coccopalmerio, S. Maffettone, G. Marsico e dello stesso curatore).

8 Una breve ed indicativa ricognizione sulle stesse può utilmente venire tratta, fra i vari luoghi, da A. Baldassarre, *sub voce Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, pp. 1-7.

9 Tanto da poter riconoscere, con il Giannini, che “all'originario significato giuridico abbia seguito una degradazione empirica conseguenza di un'incontrollata sua applicazione politica”, *Stato sociale: una nozione inutile*, in “Il Politico. Rivista italiana di scienze politiche”, XLII (1977), n. 2, p. 205.

10 Cfr. in proposito G. Bognetti, *sub voce Diritti dell'uomo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, pp. 383-384 e 393-394.

*dei diritti e storia costituzionale*¹¹; per l'autore i diritti in parola "possono essere classificati in civili, politici e sociali. I primi sono quelli che attengono alla personalità dell'individuo (libertà personale, di pensiero, di religione, di riunione, libertà economica) [...]. I diritti civili obbligano lo Stato a un atteggiamento di non impedimento, a una astensione (sono una libertà *da*). I diritti politici (libertà di associazione nei partiti, diritti elettorali) sono collegati alla formazione di uno Stato democratico rappresentativo e implicano una libera attività [...]. (sono una libertà *di*). I diritti sociali (diritto al lavoro, all'assistenza, allo studio, tutela della salute, libertà dalla miseria e dalla paura) [...] implicano un comportamento attivo da parte dello Stato nel garantire ai cittadini una situazione di certezza (sono ancora libertà *da*)". Tale specificazione del genere di diritti fondamentali¹², qui rinominati sotto la dizione di diritti dell'uomo, ritrova anche una declinazione di carattere diacronico nel momento in cui si parla di *generazioni* di diritti, avuto riguardo, oltre che al loro contenuto, anche alla scansione temporale con la quale si sono presentati alla ribalta politico-giuridica¹³; ecco allora che i diritti civili appaiono, in quanto precursori degli altri, come diritti di *prima* generazione, parimenti i diritti politici saranno diritti di *seconda* generazione e, infine, i diritti sociali, gli ultimi in ordine di tempo a ritrovare statuizione negli ordinamenti giuridici, verranno definiti come diritti di *terza* generazione¹⁴. A questi, ormai classici diritti, si aggiungono nuove enunciazioni (dal diritto all'ambiente, anche ad un ambiente lavorativo salubre, alla

11 Il breve saggio appare come voce del *Dizionario di politica* diretto da N. Bobbio, G. Pasquino e dallo stesso Matteucci.

12 I diritti sociali, pertanto, a differenza dei diritti politici e dei diritti civili assumono la connotazione di "*diritti di prestazione* [...]. i quali consistono in specifiche pretese dei cittadini ad ottenere prestazioni di attività o di cose, nell'ambito economico-sociale, da chi esercita una pubblica funzione (di regola: lo Stato ed un altro ente pubblico)", così P. Biscaretti di Ruffia nella voce *Diritti sociali* redatta per l'*Enciclopedia del diritto*, p. 759.

13 Rileva, infatti, Paolo Biscaretti di Ruffia come "i *diritti sociali* hanno trovato una enunciazione nei testi costituzionali molti decenni dopo i *diritti di libertà* e i *diritti politici*. Malgrado che nel noto trinomio, proclamato dagli artefici della Rivoluzione francese, accanto alla *libertà* ed all'*eguaglianza* [...] si ponesse anche la *fraternità*: che avrebbe dovuto stimolare sin da quell'epoca, ormai lontana, un'estesa attività legislativa diretta a realizzare una migliore giustizia sociale fra i cittadini", così in *ibidem*, p. 760. Cfr. sul punto anche A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, cit., p. 3.

14 Cfr. a titolo esemplificativo A. M. Revedin, *La negazione teoretica. I diritti dell'uomo e la critica di Marx*, Padova, 1985, pp. 19-20, ove possiamo leggere: "si è usato il

tutela per patrimonio paesaggistico ed artistico di una nazione, al diritto a fonti energetiche *pulite* e così via), che vengono denominati diritti di *nuova* o di *quarta* generazione¹⁵, ma che, in realtà, possono anche apparire come una ulteriore specificazione dei diritti sociali già operanti nella prima metà dello scorso secolo¹⁶.

Sicché, stante a quanto sopra succintamente esposto, i due sintagmi componenti il titolo del nostro incontro possono venire declinati e ricollegati all'interno di una prospettiva volta a cogliere sia le connessioni fra gli specifici diritti sociali ed i generali diritti fondamentali, che la natura e l'evoluzione degli stessi.

2. SUL DIRITTO SOCIALE QUALE DIRITTO FONDAMENTALE DELLA COMUNITÀ POLITICA

Auspicando di non allontanarmi troppo né dall'alveo, che presumo ipotizzato dagli organizzatori del Convegno, e neppure da consolidate tradizioni interpretative, mi permetto di declinare i due sintagmi componenti il titolo in modo tale che il senso degli stessi, al di là delle possibili definizioni lessicali, ovvero degli usi a cui gli stessi vengono adibiti nel linguaggio giuridico e politico corrente, di cui sopra si è fatto cenno, sia funzionale alla riflessione su di una concezione del diritto di non (esclusiva) fonte legislativa, ma che, per tramite dell'attività interpretati-

termine di «generazioni» di diritti per evidenziare come ognuna di esse risponda alle esigenze di una epoca storica ben definita”.

15 Tali diritti ritrovano, ad esempio, esplicito recepimento in carte costituzionali di (relativamente) recente entrata in vigore quali ad esempio le Costituzione dei paesi post-sovietici e post-socialistici, promulgate negli anni Novanta dello scorso secolo. In argomento mi permetto di rimandare ai miei scritti *Diritti e libertà dell'uomo nelle repubbliche ex sovietiche*, in “1989. Rivista di Diritto Pubblico e Scienze Politiche”, VI (1996), n. 2, pp. 409-423 e *Note intorno al recepimento dei diritti dell'uomo in alcune Costituzioni della CSI*, in P. Benvenuti - P. Gargiulo - F. Lattanzi (a cura di), *Nazioni Unite e diritti dell'uomo a trent'anni dall'adozione dei Patti*, Teramo, 1996, pp. 105-116.

16 Se le prime enunciazioni di diritti sociali sono già riscontrabili nella Costituzione francese del 1793, la Costituzione *giacobina*, e riprese ed ampliate, sempre in terra di Francia, nella Costituzione della Seconda Repubblica nel 1848, appare indubbio che occorra attendere il primo dopoguerra, segnatamente la Costituzione tedesca del 1919, per assistere ad una vera e propria applicazione di tali diritti nel contesto sociale. Cfr. in proposito A. Baldassarre e P. Biscaretti di Ruffia nelle già richiamate voci. Vedi anche le pertinenti osservazioni contenute nel saggio di M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, cit., pp. 217-223.

va ed applicativa della disposizione ricerchi la propria fonte e con questa la propria legittimità nel contesto sociale che è chiamato a regolamentare e dal quale, anche in grazie all'attività giurisprudenziale¹⁷, sorge.

In questo modo, i *diritti fondamentali* vanno intesi, al di là del riferimento alle *Dichiarazioni*, nel senso quasi etimologico dei termini che compongono il sintagma, ovvero di un insieme di regole generali (principi) che fondano ed informano, in quanto indiscusse basi empiricamente riconosciute nella prassi regolamentativa sociale, la comunità stessa; d'altro canto, il sintagma /diritti sociali/, di cui si preferisce qui usare la declinazione al singolare, ovvero il *diritto sociale*, designa in questo ambito una forma di regolamentazione giuridica dei rapporti intersoggettivi, che ritrova la propria fonte non già in un astratto sistema di disposizioni legislative (quale può apparire il diritto statale), ma nella propensione alla regolarità presente e riscontrabile nella prassi normativa della stessa comunità nella quale opera: nella società.

Pertanto, l'obiettivo dell'intervento è quello di argomentare intorno alla fondazione di un diritto sociale, che ritrova la propria fonte nell'attività interpretativa posta in essere dalla giurisprudenza, attività che, come avremo modo d'osservare, pone in relazione differenti sistemi normativi, i quali (in quanto vigenti) operano nella realtà sociale (dalle disposizioni legislative, ai valori ed agli interessi sociali presenti in una data comunità) e che, quindi, concorrono a contribuire al regolare sviluppo della stessa, ovvero ad offrire regolarità alla sua vita.

L'attività interpretativa si assume qui essere il momento di mediazione fra i differenti fattori normativi (valori, interessi, disposizioni legislative) che concorrono ad informare, a maggior ragione in un contesto pluralistico¹⁸, la società. Ne discende che, se il diritto sociale appare

17 Per il senso che può acquisire il termine giurisprudenza all'interno dell'universo di discorso giuridico cfr. G. Gorla, *sub voce Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*. Si richiama l'attenzione sul passo in cui, per Gorla, «interpretatio» e «jurisprudencia», nella storia del diritto, si presentano come espressioni equivalenti. Esse vengono riferite, in un primo tempo, ai giureconsulti romani ed ai nostri dottori, o «interpreti» («decisionai» nella casistica). In un secondo tempo [...] si parlerà di interpretazione anche rispetto ai tribunali e, più tardi, anche di «giurisprudenza»», p. 493.

18 Se data l'economia del presente intervento, si può solo far cenno al passaggio da una compagine statale monoclasse ad una pluriclasse, ove l'intera popolazione partecipa alla vita politica, ciò non di meno tale passaggio risulta cruciale, non solo perché una compagine statale pluriclasse viene caratterizzata come tale anche per il recepimento a livello costituzionale dei diritti sociali, ma soprattutto perché il plura-

il frutto di una mediazione sia fra diverse istanze (valori ed interessi), che fra entità differenti (regole giuridiche in quanto rappresentate in disposizioni legislative e regole genericamente definibili come sociali in quanto non giuridicamente istituzionalizzate), il diritto non ritrova più (o non in modo esclusivo) la propria legittimità nella volontà della autorità competente (che, di norma, nei sistemi di *civil law*, è quella legislativa), piuttosto nella *adeguatezza*, di sapore dialettico, della norma, derivante di volta in volta dall'attività interpretativa, alle esigenze (ancora valori ed interessi) presenti nel contesto sociale che è chiamata a regolamentare.

In questo modo, il diritto sociale risulta sì informato dalla realtà che poi si appresterà a regolamentare, ma a sua volta ne è il momento fondante, perché proprio in virtù della sua *adeguatezza* ne permette il regolare svolgersi. Il diritto sociale è assunto, pertanto, a diritto fondamentale della comunità, l'unico che possa fornirle le basi (le fondamenta) su cui svilupparsi, e ciò a causa del suo essere adeguato a regolamentare – ovvero a porre in essere un processo di ordinamento giuridico confacente a – una realtà sociale pluralistica; il diritto sociale è, quindi, nello stesso tempo espressione della realtà sociale, della sua regolarità, e momento fondante e formate della comunità politica.

Correlati in tal modo i due sintagmi non designano entità differenti, ma si cementano in un tutt'uno, tanto da poter affermare che i diritti fondamentali si risolvono nel diritto sociale, ovvero in quella forma di regolamentazione che, promanando dalla società stessa, fa sì che questa risulti e rimanga coesa.

3. IL GIUDICE *ATTIVISTA* E LA VIGENZA DEI DIRITTI SOCIALI NELLA PROSPETTIVA DELLO STATO PLURICLASSE

Che tale chiave di lettura, in sé non particolarmente originale, non rappresenti uno svolgimento totalmente *fuori tema* forse può venire

lismo culturale che la connota, differenziandola profondamente dallo stato liberale a cui storicamente succede, rende obsoleti meccanismi e concezioni di gestione del potere politico che ritrovano proprio nello stato monoclasse liberale sia la loro origine, che il loro ambito di applicazione. Nell'indicare Massimo Severo Giannini come uno dei più acuti studiosi del fenomeno e nel segnalare anche i più di recenti contributi in materia di Gustavo Zagrebelsky, mi permetto di rinviare per uno sviluppo del tema e per i riferimenti bibliografici al mio *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, Trieste, 2011, pp. 44-56.

comprovato osservando con attenzione lo svolgersi di una trattazione in proposito ai diritti sociali e qui già richiamata. Il riferimento va al saggio sui *Diritti sociali* di Antonio Baldassarre, il quale, nell'analizzare la forma stato impressa dalla costituzionalizzazione e dalla vigenza degli stessi, che taluni, incorrendo nelle critiche di Giannini, potrebbero definire quale *stato sociale*¹⁹, rileva: “il classico Stato di diritto [...] suppone che tutta l'attività giuridica (privata e pubblica) sia misurabile secondo parametri di legalità e sia, quindi, controllabile giurisdizionalmente. Sin dall'epoca in cui dominava questa forma di Stato, è stata da più parti sottolineata la rottura prodotta su questo principio dalla giustizia politica, cioè da quella attività di ponderazione e di composizione di interessi confliggenti o distinti che viene svolta in forma giudiziale”²⁰. In tal senso, all'interno di una compagine statutale caratterizzata dalla sola vigenza dei diritti civili e politici, ovvero dall'astratta uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, questa (eguaglianza) deve ritrovare immediata applicazione da parte dell'organo preposto, lasciando al solo legislatore il compito di stabilire i modelli a cui adeguare i comportamenti concreti; ogni intromissione da parte di altri organi dello stato nell'attività politica risulta esiziale a tale forma di stato.

Per l'autore, infatti, “in un sistema fondato sul principio della «libertà naturale» (o negativa) la giurisdizione può essere idealmente concepita come *bouche de la loi*, in quanto che lo stesso principio di fondo esige, per la sua piena osservanza, giudici «non-attivisti» e strettamente legati al tenore della legge stessa”²¹. Ci troviamo, dunque, di fronte ad una regolamentazione dei rapporti giuridico-politici improntata sulla netta separazione (più che dei poteri) delle funzioni attribuite agli organi dello stato.

Tale rigida statuizione della divisione delle funzioni attribuite ai distinti poteri dello stato e, conseguentemente a questa, dell'affermazione di una *certa* certezza del diritto, muta con l'apparire sull'orizzonte politi-

19 Cfr. M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, cit. p. 225 ove si può leggere: “le costituzioni, sia materiali che formali, costituzionalizzano molte altre materie, oltre a quella relativa alla protezione sociale, e nessuno ha mai pensato di introdurre tante altre formule connotative morfologiche per quante sono le materie costituzionalizzate. Perché dovrebbe farsi eccezione per una sola di esse, quella della protezione sociale? [...] Sicché, almeno sotto un profilo di rigore giuridico, la formula di cui discutiamo appare inutile”.

20 A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, cit., p. 9.

21 *Ibidem*, p. 10.

co e sociale dei cosiddetti *diritti di prestazione*, rivendicati (soprattutto) dalla parte meno abbiente della popolazione, che richiedono all'ente pubblico di porre in essere politiche le quali siano atte, per riprendere il legislatore costituzionale italiano, a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono alla effettiva uguaglianza (in buona sostanza, i diritti sociali a questo sono funzionali).

Sottolinea Baldassarre come, con l'apparire dello stato democratico, o sociale che dir si voglia, “viene ampliato il concetto [di giustizia] attraverso un uso più esteso e più penetrante [...] delle «clausole generali» (ordine pubblico, ecc.) e dei «concetti indeterminati» (utilità sociale, ecc.)” e, contemporaneamente, si assiste all'istituzionalizzazione di “una particolare forma di giustizia politica, quella delle Corti costituzionali [... la quale ...] è chiamata anche a commisurare continuamente le decisioni legislative ai valori astratti fissati in Costituzione e ai criteri di una ancor indeterminata «ragionevolezza», secondo il modello di legalità proprio dello «Stato di diritto materiale»”²². In questo quadro si assiste ad una modificazione dell'idea di legalità, la quale non appare più strettamente legata all'attuazione letterale della disposizione legislativa, bensì quale frutto di un adattamento della stessa ai criteri di ragionevolezza, tanto da supporre che l'attività degli organi giurisprudenziali sia legittima in quanto ragionevole e non perché legata alla sola regola astratta (la presupposizione di un'interpretazione ed applicazione meccanicistica del dettato legislativo caratterizzava, invece, lo stato liberale). Ad un rigido recepimento del principio di legalità si sostituisce l'idea per la quale la risultante di una interpretazione ed applicazione della disposizione legislativa debba conformarsi a criteri di giustizia rilevabili e definibili proprio nell'ambito dell'attività interpretativa.

È importante sottolineare come, per l'autore, l'esigenza di criteri atti ad accertare la ragionevolezza di una decisione, criteri che soppiantano, come osservato, le precedenti concezioni del principio di legalità, derivi dal riconoscimento di una “inesauribilità dei valori, cioè dal loro *surplus* semantico o dalla molteplicità dei contenuti materiali desumibili dai valori stessi, che è tanto maggiore quanto più questi sono universali e che obbliga, comunque, colui che deve riferirli a un caso particolare a operare bilanciamenti e composizioni di antinomie che non sarebbero fattibili o risulterebbero comunque dubbi o arbitrari in mancanza di una relativizzazione dei valori di base a regole o considerazioni empiri-

²² *Ibidem*, p. 9.

che, e perciò probabilistiche e «soggettive», quali sono appunto quelle riconducibili alla «ragionevolezza»²³.

Se da un lato la ricerca nella decisione di una ragionevolezza di fondo della stessa (che poi potrebbe venire anche nominata come *adeguatezza* della stessa alla realtà in cui opera) fa sì che la giurisprudenza sia indotta a lavorare con materiali diversi da quelli posti tradizionalmente a sua disposizione, ovvero le sole disposizioni legislative, ed ad aprirsi all'utilizzo, nel porre la decisione, di forme regolamentative non istituzionalizzate nelle *leggi* (da cui il richiamo ai valori sociali presenti in un dato contesto a cui adeguare le stesse *leggi*), e, pertanto, ci pone di fronte ad un approccio ordinamentale *intersistemico*, dall'altro questa nuova concezione della legalità ha forti ripercussioni nell'ambito della divisione dei poteri²⁴.

Constatata, infatti, la vigenza “in uno Stato democratico-pluralistico di una «legalità per valori» [...] che [...] deriva dalla complessa trama sociale che innerva gli organi politici supremi [...] si rende necessaria, per i giudici, una quotidiana opera di integrazione di quei parametri [di ragionevolezza] con il complesso sistema dei valori costituzionali”²⁵, perché sono i parametri di ragionevolezza assunti di volta in volta a fronte del caso concreto che fanno sì che la decisione, non più ancorabile ad un mero riferimento formalistico, quale appare la lettera della legge, risulti non arbitraria²⁶. Sicché, per inciso, l'asse della certezza del diritto si distanzia sempre più dalla disposizione legislativa per inclinarsi verso una concezione di ragionevolezza che di volta in volta deriva dalla mediazione fra i valori e gli interessi sociali in ballo ed i principi (costituzionali) fondanti la comunità sociale, pertanto, dall'astratto principio di legalità a quello concreto di giustizia. Quindi, per Baldassarre, “il significato della classica «divisione dei poteri» e della regola del reciproco controllo e bilanciamento ha finito per ampliarsi fino a ricomprendere anche questa stessa rete pluralistica”²⁷.

23 *Ibidem*. Cfr. in argomento anche il più recente contributo di A. Ruggero, *Sistema integrato delle fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in “Politica del diritto”, XLI (2010), n. 1, segnatamente pp. 9, 28 e 38-39.

24 Cfr. in proposito M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005.

25 A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, cit., p. 9.

26 Cfr. il già richiamato contributo di Antonio Ruggero ove si distingue fra approccio *formale-astratto* e approccio *assiologico-concreto*; così a p. 17.

27 A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, cit., p. 9.

In conclusione, “un ordinamento fondato sul bilanciamento del principio di libertà positiva e quello di eguaglianza porta inevitabilmente ad accrescere l'importanza della giustizia politica e a riconoscere in via di principio un'interpretazione «attivistica» del ruolo del giudice, in quanto è chiamato spessissimo a operare bilanciamenti di valore e, in particolare, a mediare «ragionevolmente» fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali”²⁸.

Sicché, stante la riflessione propostaci da Baldassarre, la stessa presenza nell'orizzonte giuridico, fra i diritti fondamentali, dei diritti sociali induce a dover riflettere, se non a radicalmente rivedere, lo stesso concetto di positività del diritto, così come questo si è sviluppato e fissato nella cultura giuridica (continentale) moderna, non tanto per il portato enunciativo di tali diritti, che riguardano i rapporti sociali (il lavoro, la salute, l'istruzione, l'ambiente – in definitiva il tenore e la qualità della vita *concreta* dei cittadini – il *bene vivere* quotidiano), quanto perché gli stessi sorgono proprio dagli stessi rapporti sociali, meglio delle aspettative di benessere che sottendono a questi, e ritrovano vigenza attraverso il bilanciamento delle pretese. Infatti, a ben vedere, i diritti sociali possono ritrovare nell'opera del legislatore (sia questi costituzionale od ordinario) solo generale enunciazione, per tramite della statuizione di principi, ma saranno in ogni caso i rapporti concreti a determinarli di volta in volta, ovvero a circoscriverne o aumentarne l'ambito di vigenza rispetto ad altri diritti, che, in taluni casi, si trovano in contrapposizione ai primi (si pensi al caso, oramai di scuola, della possibile incompatibilità fra il diritto al lavoro ed il diritto all'ambiente²⁹). Proprio in quest'opera di compenetrazione e bilanciamento fra varie

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁹ Non può essere questa la sede per affrontare la questione relativa ad un diritto appellato come *fondamentale*, il quale recede, all'atto pratico, a fronte di altri diritti fondamentali; in questo caso si dovrebbe mettere in dubbio la stessa *fondamentalità* del diritto soccombente, che, in quanto caducante a fronte della comparsa di un altro diritto (fondamentale) cessa di produrre effetti, e, quindi, non può rappresentarsi come un ineliminabile pilastro della comunità politica. Al di là di ciò, va rilevato che, proprio avuto riguardo ai diritti sociali o di terza generazione, la caducità rispetto a casi concreti pare generalizzata fra gli stessi, sì da o escluderli dal novero dei diritti fondamentali, oppure da ritenere che l'essere fondamentale non sia un requisito aprioristicamente attribuito al diritto in parola e senza nessuna considerazione all'ambito ed alle circostanze in cui va esercitato, ma sia invece sempre da circoscriversi in un alone di vacuità che solo la *mediazione* fra le pretese (sia pur sorrette su diritti cosiddetti inalienabili) possa dissolvere nella concretezza del caso.

istanze riconducibili nell'alveo dei diritti sociali enunciati emerge il ruolo attivo della giurisprudenza, a cui lo stesso Baldassarre fa riferimento nella richiamata voce.

Va, in proposito, ancora rilevato come da più parti viene sottolineato che l'apparire all'orizzonte politico e giuridico dei diritti sociali segni l'inizio della parabola discendente del positivismo giuridico (classico) quale teorie capace di spiegare, ovvero di dominare, i fatti giuridici³⁰. Si assiste, infatti, ad un notevole depotenziamento operativo della teoria legislativa del diritto, chiave di volta dell'intera costruzione positivista³¹, e con questa della correlata teoria dell'applicazione meccanicistica del diritto (termine, quest'ultimo, che, non va dimenticato, all'interno di questa prospettiva risulta equivalente nel suo significato al termine legge), tanto da rendere, anche in riguardo alla vigenza dei diritti sociali, la giurisprudenza di nuovo attiva nell'opera di regolamentazione giuridica della società. La giurisprudenza, anche in considerazione dell'apparire dei diritti sociali, si sottrae, quindi, sempre più al ruolo, in cui l'opera di codificazione l'aveva relegata³², di organo di mera applicazione di una legge rappresentata come generale ed astratta, tanto da far palesare il giudice non più quale *bouche de la loi* piuttosto come riequilibratore dei rapporti sociali. In tal modo riemerge con prepotenza il ruolo ed il portato prettamente politico della giurisprudenza, ruolo e portato che la prospettiva positivista aveva tentato di occultare.

4. CENNI SULLA GIURISPRUDENZA QUALE FONTE DEL DIRITTO

Pertanto, al di là del tentativo di giustificare la scelta di piegare il significato dei termini del raffronto qui proposto ad una riflessione

30 Tesi questa chiaramente sostenuta, fra gli altri, da P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007. Cfr. in argomento anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, nonché il più recente saggio di Francesca Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in F. Zanuso - S. Fuselli, *Il lascito di Atene. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Milano, 2011 (con contributi di F. Reggio, C. Sarra, P. Sommaggio e degli stessi curatori).

31 Cfr., per tutti, il classico studio di Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Mora*, Torino, 1961 (si veda anche la *Premessa* redatta dall'autore alla seconda edizione, Torino, 1979).

32 Cfr., fra i molti, il volume di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

intorno ad una fondazione non legislativa del fenomeno giuridico, le argomentazioni sopra riportate, in merito alle conseguenze della statuizione dei diritti sociali, il cui innesto nella forma stato liberale (e monoclasse) ne determina il superamento, ci permette di poter cogliere alcune questioni che risulteranno centrali nel prosieguo dell'argomentazione.

Va infatti riconosciuto, per un verso, lo spostamento del fulcro del processo di produzione giuridica, che si indirizza sempre più verso fonti giurisprudenziali, le quali si affiancano alle tradizionali (dall'epoca della codificazione in poi) fonti atto di produzione, *in primis* quelle legislative; le fonti giurisprudenziali utilizzano l'attività interpretativa ed applicativa del diritto al fine di creare norme giuridiche; ci troviamo di fronte ad una attività interpretativa che si sviluppa attraverso un incedere *intersistemico*, non autoreferenziale, ma che pone cioè a contatto sistemi normativi diversi per modello istituzionale di riferimento – da un lato, le disposizioni poste in essere dal legislatore, dall'altro i valori, gli interessi che informano il sistema sociale. Rispetto a questi ultimi le disposizioni legislative ritrovano significato e significanza nella realtà sociale.

Per altro, va rilevato, come tali forme di produzione del diritto determinano il costituirsi di una regolamentazione giuridica della società in forma *fluida*, che vede proprio nella giurisprudenza il suo centro propulsore; un diritto frutto, cioè, non tanto dell'attività regolamentativa astratta e generale posta in essere dall'autorità legislativa, manifestantesi attraverso la produzione di una disposizione pre-posta al caso da regolare e che, pertanto, risulta rigidamente istituita e modificabile soltanto a seguito di un intervento della stessa autorità normativa, quanto dal ritrovare la norma giuridica proprio attraverso il caso discusso ed in funzione della soluzione giuridica di quello specifico caso all'interno di un altrettanto determinato contesto sociale.

Per inciso, se il combinarsi dei due fattori (riduzione del peso del legislativo a fronte dell'ampliarsi delle fonti giurisprudenziali), da un lato, determina, per lo meno in linea di principio, che la soluzione giuridica proposta sia ora adeguata al contesto sociale e non già, come in precedenza, solo alla astratta previsione legislativa, per altro comporta, come già osservato, sia una radicale ridiscussione della divisione dei poteri, che una altrettanto spiccata revisione della concezione della certezza del diritto, ovvero, in ultima analisi, un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto così come ci sono state tramandate

attraverso le rappresentazioni sorte nello stato liberale ottocentesco. Risulta, quindi, utile concentrare l'attenzione vuoi sulla formazione di questa forma di regolamentazione giuridica, che non promana più *in toto* dall'attività del legislatore, ma è, invece, frutto di una interpretazione *intersistemica*, la quale, vivificando le disposizioni con i valori e gli interessi vigenti e informanti un contesto sociale, dà vita ad un *diritto sociale*, vuoi sulle ripercussioni che in ambito di certezza del diritto tale regolamentazione *fluida* comporta.

5. SULLA FONTE DEL DIRITTO SOCIALE: L'INTERPRETAZIONE INTERSISTEMICA

L'assunto di base di una concezione dell'interpretazione giuridica definibile come *inter-sistemica* appare la constatazione della non esaudività di un sistema giuridico formalisticamente inteso, esclusivamente sul quale non può fondarsi un reale processo di ordinamento sociale. L'ordinamento giuridico qui appare, non tanto l'insieme (organizzato) delle disposizioni poste in essere dall'autorità competente, quanto la risultante della relazione, sempre fluttuante, fra le disposizioni formalmente poste e costituenti il sistema giuridico in senso formale e le regole appartenenti a sistemi al primo esterni, quali i sistemi valoriali vigenti o i sistemi relativi agli interessi economici presenti in un dato contesto sociale o ancora i sistemi autoregolamentativi posti in essere da formazioni sociali. Tali sistemi, pur essendo formalmente extragiuridici, non potendosi cioè ricondurre in alcun modo alla volontà positivizzata del legislatore, risultano, all'atto pratico dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni, indispensabili al fine di trasformare l'insieme delle disposizioni stesse in un reale ordinamento giuridico-sociale capace, cioè, di risolvere le controversie, attingendo legittimità dalla stessa realtà sociale che è chiamato a regolamentare e non dalla mera manifestazione di volontà della autorità formalmente investita di tale compito, sia essa l'autorità legislativa o l'autorità giudicante. La caratteristica delle norme giuridiche così poste è di ritrovare la loro legittimità non tanto nel derivare per inferenza dalle disposizioni legislative, quanto dal loro apparire *adeguate* alla realtà sociale dalla quale sorgono e nella quale operano.

In questo quadro, l'interpretazione è, pertanto, attività che, pur partendo dal dato legislativo, pone in relazione sistemi di regole fra loro diversi per fonte di produzione; attraverso questo rapporto, nel porre

la singola norma giuridica, l'attività interpretativa crea di volta in volta l'intero ordinamento giuridico del caso concreto³³.

La prospettiva *intersistemica* si richiama all'idea di *interpretazione del diritto*, di una realtà regolamentativa, che si colloca oltre il dato testuale (la legge). L'attività interpretativa ha sì come proprio oggetto la volontà del legislatore e non soltanto il testo nel quale questa si rappresenta, è quindi anche *interpretazione della legge*, ma, come sopra osservato, si caratterizza in quanto il significato di questa va colto attraverso lo spettro di *altri* sistemi normativi; in modo tale che la norma giuridica (ovvero il significato della disposizione) sia la risultante di un'indagine non circoscritta all'ambito delle disposizioni legislative.

Sicché, risulta chiaro come la volontà del legislatore è soltanto uno dei campi di indagine al fine di cogliere la norma nella sua sociale interezza. La fonte del diritto non è riassumibile nella disposizione, ma nemmeno, *sic et simpliciter*, nella volontà del legislatore; la fonte, e, pertanto, l'oggetto dell'attività interpretativa, vanno ricercati ed individuati nell'incontro tra la volontà del legislatore, il testo da questi redatto, e gli elementi normativi caratterizzanti altri sistemi di regolamentazione operanti nell'ambito sociale; l'attività giurisprudenziale va, quindi, intesa nella sua accezione più ampia e ricomprensiva non solo dell'attività delle corti giudicanti, ma anche della elaborazione dottrinale e della prassi forense³⁴. Come sopra osservato, nel modello *intersistemico*, l'insieme della disposizioni normative poste in essere dal legislatore non appare di per sé sufficiente ad operare una regolamentazione giuridica della realtà, non essendo, all'interno di questa prospettiva, ipotizzabile un'idea di diritto riconducibile al solo dettato legislativo. In tal senso ed al fine di porre in essere un'opera di ordinamento giuridico della realtà, l'insieme delle disposizioni legislative deve entrare in contatto e fondersi con altri sistemi normativi informanti il contesto sociale da ordinare. In questo caso l'interprete è chiamato a forgiare la norma giuridica fondendo tra loro i vari sistemi normativi vigenti in un dato contesto. L'interprete pone in stretta relazione sistemi diversi; da questo incontro scaturirà il drit-

33 Di tutto ciò Giuseppe Capograssi diede ampia testimonianza nel suo magistero; cfr. almeno i saggi *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, ora in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 131-169 (ma 1938) e *Giudizio processo scienza verità*, ora in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, pp. 51-76 (ma 1950).

34 Cfr. in proposito lo studio di A. Baratta, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XX (1990), n. 1.

to operante in una data società, frutto di una simbiosi fra disposizioni legislative e norme sociali. Oltre a ciò l'interprete dovrà organizzare gli elementi dell'insieme in un sistema coordinato, capace cioè di rispondere alle complesse esigenze sociali di ordine. L'interprete, nel porre la singola norma giuridica, partecipa da protagonista alla creazione del sistema, il quale non può essere in alcun caso presupposto come antecedente all'opera di interpretazione; il sistema appare quale conseguenza di questa attività e si manifesta come processo di ordinamento giuridico caratterizzato da norme di diritto sociale nel senso sopra specificato.

All'interno di questa prospettiva, qui brevemente sunteggiata³⁵, il diritto vigente in un dato contesto sociale ritrova la propria fonte ultima nell'attività giurisprudenziale, la quale provvede a porre in essere norme giuridiche atte, in quanto *adeguate*, alla regolamentazione del contesto sociale ove sono chiamate ad operare. La giurisprudenza, attraverso una inesauribile esperienza giuridica, riconosce i diritti fondamentali di un determinato ambito e, nel tramutarli in concrete norme giuridiche, pone in essere un diritto sociale, ovvero una forma di regolamentazione giuridica che, promanando dalla dinamica della vita sociale stessa, ne è non solo espressione e testimonianza, ma, per l'appunto, anche regola.

6. IL TENTATIVO DI COMPROVARE LE *ELUCUBRAZIONI* DI CUI SOPRA

Il problema è ora, come pare evidente ad ognuno, di uscire dal mondo dei desideri, ovvero rapportare il maldestro tentativo fin qui effettuato di *prescrizione* intorno al fenomeno giuridico, alla cosiddetta realtà giuridica, quindi osservare, attraverso indicatori prescelti, se le ipotesi sopra formulate abbiano o meno rispondenza con il concreto incedere dell'attuale vita giuridica.

Per intanto, va premesso che si opterà nella scelta degli indicatori, anche avuto riguardo al contesto in cui si colloca il presente contributo, per alcune pronunce giurisprudenziali della Cassazione italiana influenzata dalla giurisprudenza della *Corte europea dei diritti dell'uomo*, istituita

35 Per uno sviluppo più ampio della stessa nonché per i riferimenti bibliografici mi permetto di rimandare a *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'attività interpretativa: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, in particolare pp. 161 e segg., nonché a *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull'interpretazione creativa nella società pluralista*, Trieste, 2012, pp. 155 e segg.

ai sensi degli articoli 19 e seguenti della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e, successivamente, sull'influenza dell'entrata in vigore della cosiddetta Carta di Nizza (*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) sulla legittimazione di una fonte giurisprudenziale del diritto (a maggior ragione avuto riguardo alla individuazione e alla tutela dei diritti fondamentali).

Volendo prendere le mosse dal primo punto, le pronunce giurisprudenziali interne legate alla giurisprudenza della *Corte europea dei diritti dell'uomo*, non può essere, a tale proposito, sottaciuta la posizione assunta dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le oramai denominate *sentenze gemelle*, ai sensi delle quali “tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU [*Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*] vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel senso attribuito dalla Corte specificatamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”; pertanto, se “le norme delle CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata” (citiamo dalla sentenza n. 348 del 2007). Ne consegue, da prima, che le norme della *Convenzione* rilevano nell'ordinamento interno come prodotto dell'attività interpretativa, tant'è che le sentenze della Corte di Strasburgo “sono incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali”, poi, come principio generale, che “le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo”³⁶; quindi, accanto alle disposizioni legislative, la Corte costituzionale riconosce e soprattutto si esprime su di un *diritto vivente* alle prime collegate, ma posto in

36 Rammentiamo che già nella sua *terza* sentenza la Corte costituzionale aveva evidenziato come la stessa, “pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, non può non tenere in debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci” (così nella sentenza n. 3 del 1956).

essere dall'attività interpretativa ed applicativa della giurisprudenza e non, per lo meno direttamente, dall'attività legislativa³⁷.

Tali questioni pongono in discussione *in primis* il principio dalla soggezione alla legge da parte del giudice, principio, come noto, racchiuso nel comma secondo dell'articolo 101 del dettato costituzionale ed il conseguente principio di legalità richiamato, con particolare riguardo all'esperienza penalistica, dall'articolo 25, secondo comma del dettato, tanto da indurre l'osservatore a ricercarne nuove declinazioni³⁸. Utili indicazioni in proposito, ovvero in merito ad una diversa concezione della positività del diritto – le declinazioni dei due principî sopra richiamati non possono che risultare intimamente connesse ad una determinata idea di positività del diritto – provengono proprio dalla giurisprudenza europea. Infatti, tali questioni vengono affrontate nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 febbraio 2007 in merito alla causa *Groupe Danone vs. Commissione delle Comunità europee*; la sentenza in oggetto, come oramai ampiamente noto, offre una chiara ed innovativa impostazione del problema.

A tale proposito, la Corte di Strasburgo rileva, avuto riguardo al caso in oggetto³⁹, come, se per un lato, “gli orientamenti non costituiscono il

37 Va rilevato come sul *diritto vivente* la Corte esprima il suo sindacato di costituzionalità; a titolo d'esempio, si può richiamare da prima la sentenza n. 198 del 14 dicembre 1972, ove possiamo leggere: “così interpretata ed applicata la disposizione denunciata vive nella realtà concreta in modo incompatibile col principio di eguaglianza enunciato dall'art. 3 della Costituzione”.

Si può riscontrare un uso ormai costante del sintagma /diritto vivente/ all'interno della giurisprudenza della Corte Costituzionale, del quale qui non possiamo dare conto.

38 Cosa del resto effettuata, fra gli altri, da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit. e da G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007; più specificatamente in ambito penalistico cfr. R. Kostoris, *sub voce Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani* e G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di studi*, Padova, 2002.

39 Non appare questa la sede per ripercorrere le vicende oggetto del ricorso sopra richiamato; basti rammentare che il *Groupe Danone*, in proposito di una ammenda erogata dalla Commissione, ex artt. 82 e 83 del *Trattato*, a seguito dello “sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato”, ovvero della violazione del regime di libera concorrenza, lamentava la violazione del principio di legalità (*nulla poena sine lege*) e con questo della irretroattività della legge penale, la violazione del principio di certezza del diritto nonché la violazione dell'obbligo di motivazione e un eccesso dei poteri giurisdizionali con conseguente violazione del diritto della difesa. In ultima istanza il ricorrente riteneva violati il principio di legalità così come lo stesso viene

fondamento normativo delle decisioni adottate dalla Commissione [in materia di importo delle ammende erogate alle imprese che violano la libera concorrenza del mercato, pur tuttavia] gli orientamenti garantiscono la certezza del diritto delle imprese, dato che determinano la metodologia che la Commissione si è imposta per la fissazione delle ammende”. Pertanto, continua la Corte, “la ricorrente è sempre stata in grado di prevedere le conseguenze giuridiche dei suoi comportamenti” anche in assenza di una precisa disposizione normativa (quindi, “il Tribunale non ha violato il principio «nulla poena sine lege»”). Va altresì rilevato, come, per la Corte, “la Commissione dispone di un criterio discrezionale riguardo alla scelta degli elementi da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell’importo delle ammende [...] e ciò senza necessità di rifarsi ad un elenco vincolante o esauriente di criteri da tenere obbligatoriamente in considerazione”.

L’argomentazione adottata dalla Corte per resistere all’impugnazione della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee è incentrata sulla constatazione che il ricorrente, anche in assenza di una specifica disposizione, poteva prevedere le conseguenze di un suo comportamento in base ad una consolidata prassi giurisprudenziale posta in essere dall’organo giudicante e, più in generale, dalla Commissione. L’impugnazione avrebbe potuto venire accolta solo nel caso (è non appare questo assumibile nella vicenda Danone) in cui l’autorità giudicante avesse posto in essere “un’interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non [fosse stato] prevedibile nel momento in cui l’infrazione [venne] commessa, alla luce, in particolare, dell’interpretazione vigente a quell’epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione”. Essendo riscontrabile, per la Corte, una giurisprudenza costante “ne consegue che un metodo di calcolo delle ammende come quello adottato dal Tribunale nella sentenza impugnata era ragionevolmente prevedibile per un’impresa come il Groupe Danone all’epoca in cui sono state commesse le infrazioni di cui trattasi”.

Il principio di legalità e con questo la certezza del diritto appaiono, pertanto, non più declinabili lungo il granitico asse della disposizione

delineato dall’articolo 7, comma primo, della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e della libertà fondamentali*, ai sensi del quale “nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

legislativa, ma, al contrario, acquistano nuovo significato rapportandosi direttamente con la giurisprudenza, che diviene, quindi, il punto di riferimento da seguire; la giurisprudenza, non il prodotto dell'attività del legislatore, viene assunta come una sorta di stella polare per indirizzare la navigazione nella giusta direzione e senza incontrare ostacoli di sorta. In altri termini, la giurisprudenza concorre in massima parte alla determinazione di quel *diritto interno o internazionale*, a cui fa esplicito riferimento il primo comma dell'articolo 7 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

Nello specifico, la determinazione della norma penale e della correlata sanzione, spetta, pertanto (ed in ultima istanza), non tanto (o non soltanto) al potere legislativo, quanto (anche) al potere giudiziario, nel momento in cui effettua l'interpretazione della disposizione in funzione della sua applicazione. Non appare casuale, infatti, che nella sentenza del febbraio 2007 si legga: “se è necessario per garantire l'attuazione della politica comunitaria [...] la Commissione [può] sempre adeguare il livello delle ammende alle esigenze di questa politica”.

Al di là dell'ultima annotazione, il punto a cui riferirsi, anche all'interno dei sistemi *continentali*, appare, perciò, più che la previsione legislativa, a cui faceva riferimento la prassi e la dottrina degli ordinamenti di *civil law*, il precedente giudiziale, tanto da poter supporre che il momento di produzione del diritto (su cui vagliare il principio di legalità e, soprattutto, la certezza dello stesso) venga a spostarsi dal potere legislativo a quello giudiziario.

Lo spostamento dell'asse viene con forza ribadito due anni più tardi ed in modo identico in altre due sentenze della medesima Corte di Strasburgo, le sentenze *Scoppola vs. Italia* (17 settembre 2009) e *Previti vs. Italia* (8 dicembre 2009). La *Corte europea dei diritti dell'uomo* nella sentenza del settembre 2009 così si esprime: “la nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 [della CEDU] corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità. Anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi si servono anche, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica. Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico,

per quanto possa essere chiaro il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisogna sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme. Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale. Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria in una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile⁴⁰. Tali argomentazioni, riportate per esteso, si ritrovano sostanzialmente identiche nella successiva sentenza *Previti vs. Italia*.

Come già osservato, le sentenze qui richiamate riverberano il loro effetti sulla giurisprudenza interna dei paesi aderenti alla *Convenzione*, tanto che il 21 gennaio 2010, con sentenza n. 18288, le Sezioni Unite della Cassazione penale recepiscono nella sua interezza il portato della giurisprudenza europea qui citata.

Infatti, le Sezioni Unite, richiamandosi alla Corte europea di Strasburgo, riconoscono anzitutto l'avvenuta modificazione del principio di legalità; infatti, per la Cassazione italiana, la Corte europea "ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale"⁴¹, tanto da riconoscere e parificare le

40 Citiamo dalla traduzione non ufficiale, a cura della Unione forense per la difesa dei diritti umani, tralasciando i richiami ai precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo dalla stessa menzionati.

41 Citiamo per intero il passo richiamato: "la Corte europea ha saputo «distillare dalla disposizione dell'art. 7 [della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*] il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea», conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso «allargato». Per effetto dell'esplicito riferimento al «diritto» (law) – non soltanto

due fonti, proprio nella materia penale, che dagli albori della compagine statale contemporanea è stata la più *sensibile* al principio di stretta legalità, venendo riconosciuto solo al potere legislativo (rappresentante della nazione) la potestà di intervenire sulla stessa.

Secondo la sentenza delle Sezioni Unite del gennaio 2010, la giurisprudenza europea riconosce “«una relazione di tipo concorrenziale» tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa”. In questo contesto, “il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell’esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l’interpretazione che ne viene data”; va altresì rilevato come, per le Sezioni Unite ed alla luce della giurisprudenza europea, “la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall’attività «concretizzatrice» della giurisprudenza”. Dalla stessa giurisprudenza europea le Sezioni Unite, qui richiamate, riflettono, anche in campo penale, una diversa declinazione di quell’aspirazione alla certezza del diritto, che ha caratterizzato lo svolgersi della compagine statale moderna; infatti, “gli elementi qualitativi dell’accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all’astratta previsione legale quanto alla norma «vivente», risultante dall’applicazione e dall’interpretazione dei giudici”⁴².

alla «legge» - contenuto nell’art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell’esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo”.

42 Indicativa di tale tendenza *creatrice* della giurisprudenza in ambito penale appare la sentenza della Cassazione penale, n. 6462 del 21 febbraio 2011, che investe l’articolo 513 *bis* del Codice penale, il quale recita al suo primo comma: “chiunque nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale o comunque produttiva, compie atti di concorrenza con violenza o minaccia è punito con la reclusione da due a sei anni”.

Per intanto va rilevato come, stante alla seconda sezione della Cassazione penale, “la norma in esame è stata introdotta [...] proprio con la finalità, peraltro non risultante dal testo normativo, di reprimere l’illecita concorrenza attuata con metodi mafiosi che impedisce il libero giuoco del mercato”. Sicché, per inciso, qui ha rilievo assoluto ed a scapito del significato proprio delle parole, la (presunta) volontà del legislatore.

Or bene, la Cassazione, nella sopra richiamata sentenza, ritiene, come “l’utilizzo del metodo mafioso – che non ha bisogno se non in casi estremi della minaccia aperta e

Al di là della cogenza della giurisprudenza europea in tema di diritti fondamentali rispetto ai diritti nazionali, che di per sé eliminerebbe ogni dubbio sulla portata della pronuncia richiamata dalla Suprema Corte italiana sulla sua giurisprudenza e, più in generale, sull'ordinamento

della violenza fisica e che ha determinato l'assoggettamento degli imprenditori alla volontà e alle regole del sodalizio dominante sul territorio – ha leso il bene protetto dalla norma incriminatrice, cioè la libertà di impresa e il libero gioco della concorrenza senza che fosse necessaria la consumazione di alcuna forma di violenza fisica o di minaccia esplicita”. Ciò perché “il testo dell’art. 513 bis cp (che fa esclusivo riferimento ad “atti di concorrenza con violenza o minaccia”) e la ratio della norma [... desumibile da un precedente della Cassazione penale – sentenza n. 180706 del 1989 ...] non lasciano dubbi sul fatto che la concorrenza sleale punita dalla norma in esame si realizza sia quando la violenza o la minaccia è esercitata in maniera diretta contro l'imprenditore concorrente, sia quando l'obiettivo è perseguito in modo indiretto [...]. Ai fini del reato, in altri termini, si richiede esclusivamente l'esistenza di comportamenti caratterizzati da minaccia o violenza (indipendentemente dalla direzione della stessa)”. Va, infatti, rilevato che il giudice di merito aveva riscontrato la “assenza di atti di prevaricazione posti in essere direttamente od indirettamente nei confronti di uno o più concorrenti determinati o determinabili [...] dall'attività investigativa non erano emersi episodi, riferibili agli [appartenenti del sodalizio criminale denominato «clan dei Casalesi»] di illecita concorrenza, con violenza e minaccia” specificatamente diretti, nel caso in specie, nei confronti degli imprenditori concorrenti, ma soltanto una generica “modalità mafiosa” di controllo del mercato. Ciò non di meno la Cassazione ritiene che il reato contestato, di cui all'articolo 513 *bis* del Codice penale, sia “perfettamente configurabile sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo”.

Il tutto, dal punto di vista prettamente formale, in palese violazione con la disposizione contenuta nell'articolo 12, comma primo, e nell'articolo 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, nonché del principio della riserva di legge, il quale appare ben esemplificato nella disposizione contenuta nel comma secondo dell'articolo 25 del Dettato costituzionale: “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”; disposizione che ritrova eco nell'articolo primo del Codice penale, ai sensi della quale “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”. Da un diverso punto di vista la pronuncia della Cassazione invece si colloca perfettamente nell'alveo tracciato dalla giurisprudenza europea con la richiamata sentenza Danone; infatti, la Cassazione opera attraverso la sua attività interpretativa al fine di garantire l'attuazione delle politiche criminali poste in essere dallo stato adeguando (sia pure indirettamente) i livelli di incriminazione e la conseguente erogazione di pena alle esigenze di queste politiche più che alla lettera delle disposizioni legislative. Solo per inciso va fatto cenno a come la *politica* della Cassazione in questa materia ritrovi esplicito assenso in ambito sociale, ovvero sia adeguata alle esigenze del contesto sociale che si propone di regolamentare; a titolo di esemplificazione cfr. il *pezzo* di Giovanni Negri, *La Cassazione, la mafia e il libero mercato* apparso sulla prima pagina de “Il sole 24ore” del 23 febbraio 2011.

giuridico italiano⁴³, le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario indagare la sussistenza di un duplice sistema di fonti (legislative e giurisprudenziali⁴⁴) alla luce dell'ordinamento interno al fine di vagliare la tenuta delle affermazioni della Corte europea nel nostro specifico ambito.

In proposito la Cassazione riconosce come sussiste l'uso del sintagma / diritto vivente/ nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, tanto da poter affermare che lo stesso si affianchi, sopravanzandola, alla mera disposizione legislativa e da questa si distingua. Al fine di riconoscere questa sorta di dualità, le Sezioni Unite ritengono di dover risalire sino agli albori dell'attività della Corte Costituzionale, richiamando proprio la sentenza numero 3 del giugno del 1956.

L'uso del sintagma e del corrispondente senso, diviene costante nel lessico del *Giudice delle leggi*, come già rilevato, a partire dalla sentenza n. 276 del dicembre 1974, nella quale si fa riferimento al “diritto vivente, ossia il «sistema giurisprudenziale» formatosi, nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge fallimentare [... il quale] sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza, corrisponde ai criteri cui si informa la disciplina della materia fallimentare, e non contrasta con principi o precetti costituzionali”.

43 Di recente la Cassazione ribadisce “l'obbligo per il giudice interno di non contraddire la statuizione contenuta nella sentenza della Corte europea [...] dovendosi affermare conclusivamente che la decisione definitiva della Corte dei diritti dell'uomo ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato ed, in quanto tale, deve essere tenuta in considerazione dall'organo dello Stato che, in ragione della sua competenza, è al momento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico, derivante dall'art. 1 della Convenzione [per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali], di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte”, così la terza Sezione civile con sentenza n. 19985 del 30 settembre 2011.

44 Ma, a ben vedere, si può sostenere che il sistema sia attratto da un unico polo, quello giurisprudenziale, ove viene posta nella sua concretezza la norma giuridica. Cfr. E. Opocher, *Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della “applicazione” del diritto*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLII (1965), n. 3, pp. 418 e 420, ove si sottolinea come il diritto non può “esser «posto» indipendentemente da un continuo confronto con la cangiante realtà di quel mondo umano dal quale esso sorge come norma astratta ed al quale ritorna come definizione di concreti rapporti. Come se l'applicazione, sia pure intesa in quello che io preferirei chiamare il suo momento finale di «osservanza spontanea» o di accertamento vincolante e conseguente realizzazione forzata, non attuasse la piena posizione del diritto [...] giacché ciò che si pone indipendentemente dal processo di attuazione non è il diritto e nemmeno la norma astratta, bensì la fonte da cui la norma discende”.

Che la Corte Costituzionale dia per assodato l'esistenza di un diritto giurisprudenziale tratto dai precetti legislativi, ci viene confermato da una più recente pronuncia, che richiama i temi oggetto della disamina della Cassazione nella sentenza qui richiamata. A tale proposito, nella sentenza n. 348 del ottobre del 2007, pertanto di due anni antecedente all'intervento delle Sezioni Unite, la Corte ribadisce ancora una volta, come già rammentato, che "le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo [... pertanto ...] la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata".

All'interno di questo contesto, illuminato sia dalla giurisprudenza europea, che dalla giurisprudenza costituzionale italiana, le Sezioni Unite nella sentenza del gennaio del 2010 giungono a riconoscere, per un verso: "è al «diritto vivente» [...] che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all'esegesi dei giudici ordinari"; per altro: "la nozione di «diritto vivente» è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilarchia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario".

Sicché emerge con chiarezza come, da un lato, si può riconoscere nell'ordinamento giuridico italiano la sussistenza di un diritto vivente, distinto dalla disposizione legislativa, che produce i suoi effetti regolamentativi; è il diritto vivente, non la disposizione legislativa, ad essere oggetto dell'attività di sindacato costituzionale delle leggi *ex* articolo 134, comma primo, della Costituzione. Dall'altro, traspare con nitidezza come tale diritto ha una fonte non esclusivamente legislativa, ma anche (e soprattutto) giurisprudenziale, ovvero è tanto il frutto dell'attività legislativa, quanto (e soprattutto) dell'attività interpretativa degli organi giudiziari. A questi ultimi è, di fatto, riconosciuto il compito di produrre il diritto⁴⁵.

45 La Suprema Corte offre un tentativo di costruzione gerarchica di tali fonti giurisprudenziali del diritto, nel momento in cui rileva, nella sentenza n. 18288 del 2010, come "tali pronunce [giurisprudenza consolidata o costante, con particolare riguardo a quella della Corte di Cassazione] meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema finalizzato a garantire «quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini». Per le decisioni di legittimità

Infatti, per le Sezioni Unite del gennaio 2010, “il diritto vivente postula [...] la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente «creativa» della interpretazione, la quale senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima”.

Sicché, in buona sostanza, la giurisprudenza di Cassazione riconosce, anche sulla scorta delle pronunce della Corte Costituzionale, il ruolo fisiologicamente creativo di diritto all’attività interpretativa posta in essere dai giudici; tale attività produttiva di diritto ritrova, parimenti all’ambito della produzione legislativa, una propria strutturazione gerarchica che vede posto al suo vertice la giurisprudenza delle Sezioni Unite.

7. SULLA COGENZA INTERNA DI CERTE INDICAZIONI PROVVENIENTI DAL DIRITTO COMUNITARIO

Come sopra accennato, una conferma della centralità dell’attività giurisprudenziale fra le fonti del diritto può venire ancora ricercata avuto riguardo alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali a maggior ragione dopo l’entrata in vigore nei paesi aderenti all’Unione europea, a seguito del Trattato di Lisbona, della *Carta dei diritti fondamentali* approvata a Nizza nel 2001.

A tale proposito pare d’uopo richiamare la sentenza n. 2352 del 2010 della terza Sezione della Cassazione civile, che nuovamente tratteggia un ruolo *attivo* da parte del giudice nella tutela giurisdizionale dei

predomina sul «criterio quantitativo» quello «qualitativo di grado» e della funzione rivestiti dall’Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente «anche una sola decisione della corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite», posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all’affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. C. cost. sentenze n. 317/2009, n. 260/1992, n. 292/1985, n. 34/1977)”. In tal modo possiamo evincere una sia pure abbozzata gerarchia delle fonti del diritto vivente, ove primeggia, secondo le argomentazioni della Cassazione qui riportate, la giurisprudenza del giudice di legittimità, *in primis* delle Sezioni Unite, sino a discendere verso il giudice di merito.

diritti fondamentali sanciti dalla *Carta* in oggetto; infatti, i giudici, nell'applicare la legge, “dovranno ispirarsi ai principi di cui all'art. 1 della Carta [«La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»], che regola il valore della dignità umana”. In tal senso, continua l'argomentazione, “la filonomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo”.

In proposito del rafforzamento dell'attività giurisdizionale in funzione della garanzia della vigenza dei diritti fondamentali, non può venire sottaciuto il portato della disposizione contenuta nell'articolo 19 del Trattato dell'Unione europea, si sensi del quale, “gli stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”, nei quali, per l'appunto, rientrano anche i diritti fondamentali. Infatti, stante all'articolo 51, comma primo, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, “le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni ed agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispetteranno i diritti, osserveranno i principi e ne promuoveranno l'applicazione secondo le rispettive competenze”.

Sicché, in buona sostanza, con l'assunzione, *ex* articolo 6 del *Trattato*, della Carta di Nizza fra le fonti primarie del diritto dell'Unione, il che determina la sua applicazione diretta negli stati membri della stessa, ne consegue, quale ricaduta sull'esperienza giuridica interna, che il giudice (di merito ancor prima che quello di legittimità), nel dispiegare la sua (legittima) attività si ritrovi investito del diritto/dovere, in prima istanza, di interpretare la legge nazionale in modo conforme alle regole ed ai principî sanciti dalla suddetta *Carta* e, qualora ciò non appaia perseguibile, lo stesso giudice si ritroverà nella condizione (obbligo?) di disapplicare la legge ove dalla stessa non si possa trarre una norma adeguata al diritto ed ai principî fatti propri dall'Unione europea.

Si profila, pertanto, una prospettiva lungo la quale il diritto interno risulterebbe sindacabile alla luce della *Carta*; ovvero il sindacato averrebbe avuto riguardo alla interpretazione che della stessa ne offrono le Corti europee (non va, infatti, sottaciuto come l'articolo 53 dalla predetta Carta di Nizza stabilisce un cosiddetto nesso permanente, tutto da

indagare⁴⁶, fra la stessa e la *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*). Tale prassi porterebbe ad una sorta di controllo di costituzionalità *diffuso* della legge da parte della magistratura ordinaria, la quale, intervenendo attraverso l'adeguamento delle disposizioni interne al diritto comunitario oppure, ove ciò non sia possibile, attraverso la loro disapplicazione⁴⁷, dovrebbe, sia pure con tutti i distinguo del caso, venire annoverata fra le fonti del diritto alla stessa stregua dell'operato della Corte costituzionale⁴⁸.

Se, per un verso, si palesa all'orizzonte una ridiscussione della gerarchia delle fonti, per altro si apre un dibattito intorno alla soggezione del giudice alla legge, dato che lo stesso appare, nella attività applicativa della stessa, ora sottoposto ai precedenti vincolanti delle Corti europee, tanto da riconoscere un preciso vincolo giuridico e non più un *generico* ossequio alla consolidata giurisprudenza (di Cassazione)⁴⁹. In ogni caso, quale sia

46 In proposito viene sottolineato: "l'art. 6 del Trattato sull'Unione ha, infatti, per un verso riconosciuto alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, per altro verso, ha stabilito che l'Unione aderisce alla CEDU; infine, ha aggiunto che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, *fanno parte* dei principi generali del diritto comunitario [...]. Si profila, così, un triplice livello di tutela: la Carta di Nizza, che ha il rango di diritto comunitario originario; la CEDU, che ha il valore delle convenzioni internazionali cui l'Unione aderisce; i diritti desumibili dalla interpretazione tra CEDU e tradizioni costituzionali comuni, che valgono come principi generali del diritto comunitario", così M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in "Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti", 2011, n. 1, pp. 14-15 (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

47 Parte della dottrina ritiene che solo a fronte di contrasti fra diritto interno e diritto originario dell'Unione europea si possa operare attraverso la disapplicazione della disposizione, tale misura non potrebbe attuarsi a fronte di un contrasto con il diritto internazionale pattizio, a cui la CEDU potrebbe venire ricondotta; cfr. *ibidem*, p. 26 e A. Ruggeri, *Sistema integrato delle fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 7-9. Si vedano però le possibili ricadute del già richiamato articolo 53 della Carta di Nizza.

48 Per una comprensione della giurisprudenza costituzionale fra le fonti del diritto cfr. le classiche *Lezioni di diritto costituzionale. Vol. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, Padova, 1984 di Vezio Crisafulli.

49 In proposito è stato osservato da Antonio Ruggeri come "si scopre così che il sistema è [...] *uno e trino*. Pur laddove, infatti, l'operatore di diritto interno dichiara di far riferimento a formule costituzionali relative ai diritti (e, dunque, riassuntivamente al *sistema costituzionale*), in realtà ne fa (o ne *dovrebbe fare* ...) uso a seguito di processi

l'esito delle riflessioni a cui ora si è fatto cenno, certamente apparirà difficile continuare ad attribuire al giudice il mero ruolo di *bouche de la loi*, dovendo, piuttosto, riconosce inevitabilmente ed inequivocamente un suo ruolo *attivo* nella determinazione dell'ordinamento giuridico interno proprio avuto riguardo alla vigenza dei diritti fondamentali.

A tale proposito, è stato di recente riconosciuto come l'effettivo sistema dei diritti (fondamentali) deriva non tanto dalle loro enunciazioni all'interno di disposizioni poste in essere dall'autorità competente, sia questa nazionale od internazionale od ancora, data la precipuità dell'ente, comunitaria, quanto dall'opera di bilanciamento da effettuarsi, avuto riguardo al preciso caso in oggetto, da parte del giudice ordinario che, nell'operare concretamente, segue l'evoluzione della giurisprudenza di corti *extrastatali* superiori⁵⁰.

8. PER UN DIRITTO SOCIALE ADEGUATO ALL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELLA COMUNITÀ POLITICA

Nell'avviarsi verso le conclusioni, si può riconoscere come l'obiettivo del presente intervento è volto ad argomentare intorno alla fondazione di un *diritto* (vigente) *sociale*, il quale ritrovi la propria fonte in un'attività interpretativa *intersistemica*, ovvero di un diritto di formazione giurisprudenziale e non più meramente legislativa, che sia frutto della relazione e dell'integrazione fra i sistemi normativi operanti nella realtà sociale.

Come sopra osservato, pare in massima parte assodato sia dalla giurisprudenza delle Corti europee, che da quella delle Corti interne, il riconoscimento della natura creativa dell'attività delle stesse nel momento in cui sono chiamate ad applicare disposizioni legislative, tanto da poter affermare che il diritto del caso si formi all'interno del processo e non sia, come certa tradizione dottrinale sostiene, pre-posto allo stesso. L'applicazione della disposizione legislativa assume, all'interno di questo contesto, diverso significato dato che questa operazione implica – nella

ricostruttivi di senso che attingano altresì, in misura astrattamente non quantificabile e nondimeno cospicua, agli esiti interpretativi invalsi in altri ordinamenti, nei quali pure è fatto riconoscimento agli stessi o ad altri analoghi diritti, e, segnatamente, alla giurisprudenza della Corte EUD e della Corte comunitaria”, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in “Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato” (www.federalismi.it).

50 Cfr. *ibidem*.

maggior parte dei casi – quanto meno: la valutazione della stessa alla luce dei principi fondanti il sistema giuridico *eurounitario*, all'interno del quale i sistemi degli stati membri si collocano; il recepimento da parte dell'autorità giudicante della giurisprudenza delle corti superiori (siano queste esterne oppure interne); e, più in generale, la specificazione semantica del significato della disposizione frutto di una opzione fra i vari significati disponibili.

Sicché la soggezione del giudice alla legge, sancita inequivocabilmente dal secondo comma dell'articolo 101 del nostro dettato costituzionale, assume sempre di più la veste di una *soggezione al diritto*⁵¹ variamente formatosi all'interno di un complesso organismo giuridico-politico, caratterizzato da una particolare declinazione del principio della divisione dei poteri frutto di una *non specializzazione* degli organi (dato che alla funzione di produzione del diritto non partecipa solo il potere legislativo e, in subordine, quello esecutivo, ma di tale funzione viene investito anche – e soprattutto – il potere giudiziario).

Al fine di non scivolare verso la visione dell'attività interpretativa ormai comunemente denominata quale *giusrealismo radicale*⁵², pare d'uopo interrogarsi sui possibili limiti posti all'interprete al fine di non far palesare come arbitrario il prodotto della sua attività. Lungi dal ricercare tali limiti in ipotetiche cornici semantiche poste dal legislatore⁵³, in

51 Cfr. in proposito R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, *sub voce art. 101*.

52 Cfr. in proposito M. Troper, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXIX (1999), ove possiamo leggere: "il testo interpretato non ha né può avere altro significato che quello conferitogli dall'autorità competente, anche se in contrasto con tutte le interpretazioni altrui, anche se irragionevole, anche se in contrasto con tutto ciò che si può sapere dell'intenzione dell'autore del testo", così a p. 476. Nel passo richiamato pare si possano cogliere distinti echi kelseniani, se il pensatore praghese ebbe a rilevare nel § 48. nella sua *Reine Rechtslehre* del 1960: "l'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto. [...] Si noti però che, con l'interpretazione autentica (cioè di una norma da parte dell'organo giuridico che deve applicarla), si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dalla interpretazione teorica della norma da applicare, ma si può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare", la citazione è tratta dalla trad. it. a cura di M. G. Losano, Torino, 1975, p. 387-388.

53 Un esempio di scuola e, pertanto, macroscopico dell'inconsistenza delle cornici semantiche poste dal legislatore può venire offerto per tramite delle disposizione contenute negli articoli 527 (Atti osceni) e 528 (Pubblicazioni e spettacoli osceni) del Co-

vero non riconosciute dalla giurisprudenza, entro le quali l'interprete dovrebbe scegliere il possibile significato da attribuire alla disposizione normativa, si ritiene che l'attività di interpretazione giuridica possa ritrovare la propria regolarità nell'aprirsi ad altri sistemi normativi vigenti in campo sociale (come già osservato, i valori, gli interessi ivi operanti), tanto da legare la produzione normativa non al testo (e, in subordine, alla cornice dei significati offerti dal legislatore), bensì alle norme sociali radicate e connotanti un dato contesto. Operando in modo *intersistemico* l'autorità giuridica àncora la norma prodotta non esclusivamente ad un atto di volontà (sia questa la sua volontà, la volontà del legislatore in tutte le sue possibili declinazioni, oppure la volontà delle corti superiori), ma al tessuto sociale nel quale opera e per il quale la norma è prodotta; nel farsi interprete della *legalità sociale* l'autorità giuridica è indotta a mediare fra istanze diverse e, a volte, configgenti, dando vita ad un diritto, che qui definiamo *sociale*, proprio perché derivante dalla società che è chiamato a regolamentare, e che, nel proporsi come adeguato alla stessa, riconosce in questa *adeguatezza* il limite invalicabile dell'attività interpretativa.

La giurisprudenza, ancora una volta intesa in senso ampio e non soltanto come una delle tre tradizionali articolazioni dei poteri dello stato, ritrova il materiale con cui forgiare la norma giuridica nei sistemi normativi operanti nella realtà sociale ed è chiamata ad un compito di mediazione tra gli stessi al fine di riconoscere la regola giuridica adeguata ad intervenire su tale realtà sociale. In questa prospettiva, che comporta la ridiscussione della categoria moderna della positività del diritto, va evidenziato come lo stesso non può più ritrovare (o perlomeno in modo esclusivo) la pro-

dice penale, le quali vanno, come noto, lette alla luce del successivo articolo 529 (Atti e oggetti osceni: nozione), il quale recita, al suo comma prima: “agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore”. Sicché il giurisperito, impegnato a dirimere una controversia, al fine di poter cogliere l'oscenità di un atto o di un oggetto non potrà fare riferimento ad indicazioni provenienti dal legislatore, piuttosto dovrà indagare quelli che sono i costumi sociali vigenti (indipendentemente dalla volontà dell'autorità competente); dovrà, pertanto, operare in modo intersistemico, ponendo a confronto sistemi normativi diversi, come norme sociali vigenti e disposizioni legislative.

L'esemplificazione può venire estesa con il richiamo alle cosiddette clausole generali, che ritrovano specificazione attraverso il ricorso ai valori sociali vigenti nel momento in cui l'interprete è chiamato a formulare la norma regolatrice del caso controverso. Cfr., fra i molti, V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dall'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, in particolare pp. 197 e segg.

pria legittimità nella volontà dell'autorità competente, esplicantesi nella posizione di disposizioni legislative o di precedenti giudiziari, piuttosto nella adeguatezza della norma giuridica posta alle esigenze (valori e interessi) presenti nel contesto sociale che è chiamata a regolamentare.

Se, come già osservato⁵⁴, la comparsa all'orizzonte politico-giuridico dei diritti sociali ha determinato un profondo mutamento sia dei rapporti fra l'ente statale ed i cittadini, che dei rapporti fra gli stessi organi dello stato, tanto da ridisegnare l'assetto della compagine statale, a maggior ragione il collocamento del sistema giuridico nazionale all'interno di un più ampio contesto di ordinamento giuridico (dall'internazionale *tout court* a quello specificatamente comunitario), inserimento anche finalizzato ad una maggiore e più precisa tutela dei cosiddetti diritti fondamentali, dei quali i diritti sociali sono specie, provoca ulteriori ripercussioni sull'assetto istituzionale, in generale, e sulle forme di produzione del diritto, in particolare. In questo quadro socio-politico, profondamente mutato rispetto alle raffigurazioni di stampo ottocentesco, trascinate oltre i confini temporali del secondo millennio, si scorge pertanto l'opportunità di indugiare anche sull'analisi di *nuove* forme di produzione giuridica, tali da scindere il tradizionale binomio diritto-potere, per ricercare fonti non tanto espressive della rappresentazione del potere politico in chiave legislativa, quanto della regolarità sociale intesa quale fondamento, questo sì ultimo ed imprescindibile, per una comunità politica; un diritto sociale di fonte giurisprudenziale potrebbe risultare centrale all'intero di tale prospettiva.

In definitiva, si tratta di legare il sintagma *diritto sociale*, che compare nella titolazione del presente incontro – sia pure nella sua declinazione al plurale – all'idea di un diritto *fluidido*, la cui presenza implica una diversa concezione della certezza del diritto, che ritrova il proprio fulcro non già nella centralità dell'attività legislativa rispetto ad una giurisprudenza *montesquianamente* intesa quale *bocca che pronuncia le parole della legge*, bensì nel suo essere adeguato, attraverso l'opera di mediazione, a regolamentare – ovvero a porre in essere un processo di ordinamento giuridico confacente ad – una realtà sociale pluralistica; un *diritto sociale*, che se soddisferà tali compiti, sarà esso stesso *diritto fondamentale*, ovvero fondante e formante, di una comunità politica perché espressione della sua propensione alla regolarità.

54 Cfr., per tutti, i già citati saggi di M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, e di A. Baldassarre, *Diritti sociali*.

Anche perché, a ben vedere, i cosiddetti diritti fondamentali, da cui alle *Dichiarazioni*, in quanto di fatto derogabili o soccombenti a fronte del palesarsi di diritti altrettanto fondamentali ed ai primi contrapposti non possono costituire le imprescindibili, in quanto inamovibili, fondamenta dell'edificio sociale. Infatti, in quanto derogabili o soccombenti non possono rappresentarsi come fondamentali; il soccombere di ciò che è fondamentale è esiziale all'intero edificio sociale, il fondamentale non può essere tolto pena il crollo della costruzione.

Se, come la prassi dimostra, ogni diritto fondamentale può risultare soccombente all'atto pratico di fronte ad altro diritto fondamentale, il quale, in quel preciso contesto, risulta *più fondamentale* del primo, ma che, in altra situazione contingente, potrebbe esso stesso venire derogato in nome dello stesso diritto prima soccombente o di altri e sempre fondamentali diritti, allora il nostro sintagma /diritti fondamentali/ designa più che entità giuridiche istituite e vigenti incondizionatamente, tali, cioè, da vincolare in sé e per sé, sempre e comunque, l'attività giuridica e politica, una mera aspirazione, più precisamente una elencazione di principî – in sé non inamovibili, ovvero non assumibili in modo a-problematico, ma da recepire concretamente in una prospettiva dialettica – rispetto ai quali le pretese soggettive, che animano i casi controversi, devono ritrovare di volta in volta mediazione.

In questo modo i diritti fondamentali (siano questi enunciati o riconosciuti), lungi dal riflettersi specularmente nella realtà sociale, che assisterebbe inerte alla loro vigenza (od al loro infrangersi), indirizzano di volta in volta l'attività politica e giuridica verso la ricerca della giusta misura fra l'eccesso ed il difetto, lungo un'esperienza dialettica che si esplica, per l'appunto, nell'attività di mediazione, ovvero, nell'interpretazione.

I *diritti fondamentali*, pertanto, vivono socialmente nell'interpretazione ed altro non sono che giusta misura fra eccesso e difetto, manifestazione di medietà che solo un *diritto sociale*, perché sorto avuto riguardo alle istanze sociali presenti ed in funzione di queste creato, può rappresentare, costituendo egli stesso, non le astratte enunciazioni di diritti, il fondamento – sempre rinnovabile e mai cristallizzabile – della costituzione e del vivere della comunità politica.

MARCO COSSUTTA

Professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste.