

Intorno alla necessità di un nuovo diagramma delle fonti del diritto. Per un diritto di fonte giurisprudenziale*

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il contributo intende indagare sia dal punto di vista giurisprudenziale, che dottrinale il modificarsi della rappresentazione dei fatti giuridici da una visione prettamente *legisloentrica* ad una che riconosce non tanto nell'opera del legislatore quanto nell'attività interpretativa la reale fonte del diritto. Lungo l'itinerario ricostruttivo verranno richiamati alcuni dei più significativi contributi dottrinali sorti nella cultura italiana del secondo dopoguerra

che appaiono quasi prodromici delle più recenti pronunce delle Corti europee e nazionali.

PAROLE CHIAVE

INTERPRETAZIONE CREATIVA; FONTI DEL DIRITTO; NORMA GIURIDICA; DIRITTO POLITICIZZATO; GIURISPRUDENZA QUALE FONTE DEL DIRITTO.

SOMMARIO

§ 1. LA CREATIVITÀ DEVE ESSERE GIUSTIFICATA; § 2. UN'INTERPRETAZIONE IN ARMONIA CON LE MUTEVOLI ESIGENZE DEI TEMPI; § 3. UN GIURISTA DAL COMPITO PROPRIAMENTE POLITICO; § 4. L'ATTIVITÀ INTERPRETATIVA FRA PROSPETTIVA INTRA-SISTEMICA E INTER-SISTEMICA; § 5. SULLA NECESSITÀ DI UN NUOVO DIAGRAMMA DELLE FONTI DEL DIRITTO; § 6. SULLA TRADUZIONE DEI GIUDIZI DI VALORE IN GIUDIZI GIURIDICI.

§ 1. LA CREATIVITÀ DEVE ESSERE GIUSTIFICATA

Il tema che ci accingiamo ad affrontare appare uno dei più controversi nell'ambito della dottrina giuridica. Evocare, infatti, l'idea di una *interpretazione creativa* della disposizione legislativa (perché questo sarà l'oggetto caratterizzante le riflessioni che seguiranno), ed a maggior ragione per chi si è formato lungo gli itinerari giurisprudenziali tracciati dai Maestri del Ventesimo secolo, induce ad una sorta di inquietudine se ancora oggi possiamo leggere, in un recente intervento del Presidente

del Consiglio nazionale forense, come "il diritto non è interpretato in modo meccanico, il giudice non può essere la «bouche de la loi», la bocca della legge, come si pretendeva all'inizio dell'Ottocento; ma non può neppure essere un libero creatore: la creatività deve essere meditata, e soprattutto giustificata"¹.

Invero affermazioni quali quelle proprie alla *École de l'exégèse* appaiono all'inizio del nostro millennio troppo perentorie a causa delle loro mancanza di duttilità², ciò non di meno è pur sempre presente, quale pietra miliare negli studi giuridici, la speculazione di Norberto Bobbio intorno al positivismo giuridico come teoria, ove si segnala con autorevolezza che la teoria legislativa del diritto "rimane intatta

* Il testo riproduce, con poche ed inessenziali modifiche, l'intervento presentato il 6 dicembre 2013 a Padova alla Scuola di dottorato in Giurisprudenza.

1 G. Alpa, *Il «filo rosso» della certezza del diritto*, in "Il Sole24Ore", 23 marzo 2014, p. 14.

2 Rammentiamo però come lo stesso articolo 4 del *Code civil* del 1804 induca l'autorità giudicante competente ad *aguzzar l'ingegno* se a fronte di casi non espressamente regolati dallo stesso vuole sottrarsi all'accusa - penalmente perseguita dall'articolo 185 del relativo *Code* - di *deni de justice*.

nelle sue essenze anche dopo che si è tenuto conto delle obiezioni ad essa rivolte”³.

Se il diritto è di esclusiva fonte legislativa, nel senso che le altre forme di produzione giuridica risultano del tutto residuali – *in primis* la consuetudine, non a caso richiamata quale *gli usi* all’ultimo posto nelle fonti del diritto prescritte all’articolo primo delle *Disposizioni sulla legge in generale*, ed a seguire l’uso dell’analogia, di cui al secondo comma dell’articolo 12 delle stesse – tanto da poter affermare senza alcuna tensione problematica l’equivalenza del diritto alla legge, allora pare difficilmente dubitabile che, per rimanere in tale alveo, l’interpretazione del diritto si riduca – pur con tutte le eccezioni del caso – all’applicazione della legge.

A tale proposito pertinente appare il richiamo di un passo di Giovanni Tarello, per il quale la locuzione “«interpretazione creativa» [...] è frequentemente usata...” non solo descrittivamente, ma anche con connotazioni dispregiative. Ciò si deve alla diffusione, nel ceto giuridico, di ideologie secondo cui (assunta la possibilità di distinguere tra produzione e applicazione del diritto) agli organi diversi da quelli formalmente legislativi non spetta né di creare né di abrogare c.d. norme giuridiche, e sono censurabili quelle prassi e quelle tecniche con cui, sotto la veste di interpretare, si «crea» diritto”⁴.

Siffatto modo di intender la questione interpretativa affonda le proprie radici in una concezione della divisione dei poteri di natura funzionale-specializzata⁵, per la quale all’un potere

3 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino, 1961, p. 284.

4 G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980, p. 37.

5 Va rilevato come Sergio Cotta dissente fortemente da questa impostazione; egli, infatti, in autorevole sede sottolinea come “i classici tre poteri perdono il loro originario carattere paritario e vengono a disporsi in una scala gerarchica alla somma della quale sta il potere legislativo, unico sovrano nella sostanza perché il solo a derivare direttamente dal popolo (tale mutamento della dottrina della separazione dei poteri appare evidente dal paragone tra la formulazione di Montesquieu e quella di Rousseau). A ciò si aggiunge la ricordata unificazione delle fonti giuridiche (che non si verifica nel mondo anglosassone); si comprende quindi che il giurista-giudice vede il suo «potere» ristretto a dichiarare la volontà legislativa del Potere (*dicere legem*) e il giurista-

spetta il compito di determinare le disposizioni legislative, all’altro quello di applicarle”⁶.

Per inciso, all’interno di questa prospettiva non possiamo che riconoscere una seconda equivalenza: quella della disposizione legislativa alla norma giuridica.

In questo contesto si colloca il sorprendente anatema scagliato da Salvatore Satta nei confronti dei giuristi *creativi*: “l’usurpazione della legge da parte del giudice è un atto di orgoglio, di satanica disubbedienza”⁷. Affermazione che induce ad una interpretazione più che letterale della disposizione contenuta nel secondo comma dell’articolo 101 del Dettato costituzionale.

In proposito va altresì richiamata, sul fronte dottrinale laico, la posizione assunta da Uberto Scarpelli sull’interpretazione creativa: “alle decisioni politiche prese dall’organo di rappresentanza politica, il parlamento, tutti concorriamo, sia pure in maniera minima, indiretta ed esposta ad ogni sorta di pressioni e compressioni; il giudice che si svincola dalla legge è invece per me, cittadino, il portatore di un potere autocratico, al quale resto estraneo, un piccolo despota”⁸.

studioso a illustrarla entro i limiti del dogma normativo [...]. In questa situazione, il giurista si riduce, *deve* ridursi, a puro tecnico, il discorso generale sulla società gli è precluso, poiché egli non è un rappresentante del popolo ma unicamente di un *sapere* particolare. Egli è portatore di *conoscenza* non di *volontà*, e solo chi esprime la volontà del popolo è autorizzato a fare il discorso generale (non meramente tecnico) da cui scaturiscono le decisioni imperative e le strutture normative della società”, così ne *Il giurista di fronte al potere*, relazione presentata al VII Convegno nazionale di Filosofia del diritto e pubblicata nella “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLIII (1966), n. 1, le citazioni sono a pp. 34-35. Tali concetti verranno ripresi da Cotta nel volume *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968.

6 Cfr. in argomento, fra i molti, il saggio di M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria gius-realistica della interpretazione*, in P. Comanducci – R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005.

7 Si tratta della scritto *Il giudice e la legge*, relazione inaugurale tenuta da Satta il 6 dicembre 1970 a Roma al XXI Convegno nazionale di studio dell’Unione Giuristi Cattolici Italiani; la relazione romana, viene presentata da Satta nel 1970 nei *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. IV, Padova, 1970, pp. 8-24 (la citazione e tratta da p. 23). L’anno successivo verrà pubblicata su “Iustitia”, (1971), n. 1, pp. 1-15.

8 U. Scarpelli, *I magistrati e le tre democrazie*, in “Rivista di

§ 2. UN'INTERPRETAZIONE IN ARMONIA CON LE MUTEVOLI ESIGENZE DEI TEMPI

Ritornando all'idea di interpretazione creativa, quale sia il suo (presunto) fondamento normativo non può costituire né domanda, né, tanto meno, oggetto di dettagliata risposta in questa sede.

Certo non poco pesa la formulazione dell'unica disposizione in materia, l'articolo 12, primo comma, delle *Disposizioni sulla legge in generale*, ed i problemi interpretativi che questa presenta. In che ordine gerarchico porre il senso letterale e l'intenzione del legislatore, ed ancora quale è l'oggetto dell'attività interpretativa? Il testo, che è di per sé dichiarazione di volontà, oppure la volontà che ritrova rappresentazione del testo?

La stessa presenza di tale disposizione fa sì che l'interpretazione giuridica in senso stretto non sia attività sregolata, ma hanno ben agio quanti affermano che né il richiamato articolo 12, né il suo predecessore (l'articolo 3 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale* anteposte al Codice civile del 1865), offrano precisi confini fra retta via e satanica disobbedienza⁹.

Ma al di là di tali questioni, che meriterebbero una approfondita analisi, a ben scavare nella riflessione dottrina italiana, l'idea di una interpretazione creativa non appare affatto avulsa dalla nostra cultura giuridica.

Senza volersi richiamare all'idealismo giuridico, ispirato vuoi dallo storicismo crociano, vuoi dall'attualismo gentiliano, forse troppo semplicisticamente sunteggiabili nel motto *il diritto non è la legge che dorme nel codice*, balza agli occhi un saggio di Carlo Esposito datato

diritto processuale", XXV (1970), n. 4, p. 658.

9 Cfr. G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941 (ristampa anastatica Milano, 2003 con *Introduzione* di Rodolfo Sacco). Cfr. in tema anche il di poco precedente studio di Giannini su *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, nonché G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in "Foro italiano", CXXIII (1969), V, cc. 112 e segg.; i temi lì trattati si possono riscontrare anche in *Id.*, sub voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*.

1950 ed in tema di controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi¹⁰. Tale sindacato può venire legittimamente effettuato solo su atti che manifestino una volontà soggettiva, quali appaiono gli atti amministrativi, ove "i motivi e i fini che hanno determinato l'agente dell'atto, e la manifestazione di tali motivi, individuano l'atto nel suo legame al soggetto e determinano il significato dell'atto"¹¹.

Per Esposito, ciò è "proprio il contrario di quel che avviene nella legge dove i motivi subiettivi, transeunti, puntuali, della emissione dell'atto non hanno rilievo e dove ciascuna norma, concorrendo a creare il diritto obiettivo, si fonde con le altre in un unico sistema, e muta significato col mutar delle norme del sistema, e deve essere interpretata in armonia con le mutevoli esigenze dei tempi"¹². Se, per un verso, Esposito nel passo qui richiamato lascia trasparire una spiccata propensione per il carattere evolutivo dell'attività interpretativa, la quale deve porre in essere norme "in armonia con le mutevoli esigenze dei tempi", per altro, con indubbia chiarezza, ci indica come sia l'interprete a trarre il significato dalla disposizione; la norma, in ciò anticipando le considerazioni di lì a poco espresse dalla Corte costituzionale, lungi dal possedere un significato statico, indissolubilmente legato al significato proprio delle parole, muta al mutare vuoi delle condizioni sociali, vuoi alla luce della più complessiva e generale evoluzione del sistema in cui si colloca. La norma, in questa prospettiva, pare influenzata più delle "mutevoli esigenze dei tempi", che dalla volontà del legislatore istituita nella disposizione legislativa. Per Esposito, il sistema giuridico non appare un sistema, per così dire, chiuso; per un verso, autoreferenziale, fatto di logica avulsa dalla realtà, e, per altro, del tutto permeabile alla volontà del legislatore. Appare, piuttosto, come un sistema che si fonde con le istanze che promanano dalla realtà sociale, realtà che il sistema stesso è

10 Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, relazione presentata a Firenze nel 1950 al Congresso internazionale di diritto processuale; ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 263-281.

11 *Ibidem*, p. 276.

12 *Ibidem*, pp. 276-277.

chiamato a regolamentare. Se così non fosse, ci troveremmo di fronte ad uno iato incolmabile fra le manifestazioni di volontà del legislatore, racchiuse nel testo di legge, e le concrete esigenze sociali, sempre in costante evoluzione e che necessitano di sempre nuove norme capaci di offrire un'armonica regolamentazione. La lettura del passo di Carlo Esposito induce, fra l'altro, ad abbandonare decisamente ogni prospettiva imperativistica del diritto; infatti, la volontà che pone il testo non solo viene depotenzializzata, ma addirittura annullata dalla attività dell'interprete tesa verso l'armonica e concreta ricerca dell'ordine sociale.

Se questo appare uno spaccato del quadro dottrinale, in vero non avulso dal richiamo d'una prospettiva in cui la giurisprudenza assuma un ruolo attivo nella determinazione della norma giuridica, non dissimile si presenta, come sopra accennato, la stessa giurisprudenza costituzionale, la quale nella nota sentenza n. 8 del 1956 anticipa il concetto, da questa poi esplicitato, di *diritto vivente*¹³.

13 A tale proposito, la Corte sottolinea come la disposizione legislativa "deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive". Anche in questo caso la Corte richiama la distinzione fra una norma che vive nell'ordinamento ed una disposizione che rimane, in quanto tale, avulsa dal processo stesso di ordinamento; infatti, non pare, per la Corte, essere la disposizione a produrre effetti giuridici sulla realtà sociale, pertanto su di essa non avrebbe, come sopra osservato, alcun senso un sindacato di costituzionalità, mentre lo stesso deve effettuarsi sulla norma, che alla disposizione si ricollega, perché è la norma a produrre effetti, a radicarsi nella realtà sociale come concreta regola. Pare quasi di cogliere la tendenza a voler affermare da parte della Corte e già nei primi mesi della sua attività, il riconoscimento che il significato tratto dalla disposizione, ovvero la norma giuridica, tende a modificarsi con il mutare della realtà sociale (dato che, come sottolinea la Corte, è vero che le norme sono quali appaiono "nella quotidiana opera del giudice").

Si può rilevare un uso ormai costante del sintagma /diritto vivente/ all'interno della giurisprudenza della Corte Costituzionale; in proposito ed a titolo di esemplificazione, in alcune recenti pronunce possiamo leggere: "il dettato letterale della norma, dunque, non richiama il valore agricolo medio, tuttavia la giurisprudenza della Corte di cassazione, con indirizzo ormai configurabile come diritto vivente, ha ripetutamente affermato che gli artt. 15 e 16 della legge n. 865 del 1971 [...] vanno letti in collegamento l'uno con l'altro, sicché il valore agricolo

Ed è proprio dal commento delle prime sentenze pronunciate dalla Corte costituzionale che prende l'avvio quella distinzione fra disposizione e norma, che troverà definitiva istituzionalizzazione nella voce *Disposizione (e norma)* redatta nel 1964 da Vezio Crisafulli per l'*Enciclopedia del diritto*. Distinzione che trae origine da un dibattito apertosi sul quarto e quinto fascicolo della rivista "Giurisprudenza costituzionale" nel 1956 da un contributo di

menzionato all'art. 15, primo comma, secondo periodo, è per l'appunto il valore agricolo medio contemplato dal combinato disposto delle due norme", così la sentenza n. 181 del 7 giugno 2011; "il giudice a quo richiama i precedenti di questa Corte, menzionati in narrativa, e pone l'accento sull'ordinanza (recte: sentenza) n. 20 del 2009, che ha preso atto dell'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato, ormai consolidata sul principio della sufficienza del punteggio numerico, da considerare diritto vivente e, quindi, suscettibile di essere sottoposto allo scrutinio di legittimità costituzionale", così la sentenza n. 175 del 19 aprile 2011; "va premesso che la rimettente Corte di cassazione, nel richiamare il diritto vivente costituito dalle proprie pronunce in materia, ha inteso farne proprie le argomentazioni, evidenziando – implicitamente, ma chiaramente – l'impossibilità di pervenire ad una diversa interpretazione della norma denunciata", così la sentenza n. 172 del 19 aprile 2011. La Corte costituzionale non si limita soltanto a riconoscere l'esistenza di un diritto vivente, frutto di produzione giurisprudenziale, sul quale pronunciarsi, ma all'incontrario ne ravvisa anche la non presenza; a tale proposito va richiamata la sentenza n. 103 del 9 marzo 2011, ove si può leggere: "il rimettente si limita apoditticamente ad affermare detta asserita portata derogatoria e limitativa della disposizione censurata, senza tuttavia (in assenza peraltro, nello specifico, di univoci precedenti giurisprudenziali, e, quindi, di diritto vivente), tentare di sperimentare diverse interpretazioni idonee a preservare la norma stessa dai sollevati profili di denunciata incostituzionalità".

È stato sottolineato come "nella giurisprudenza vivente delle Corti costituzionali ciascuna decisione è sensibilmente condizionata dai precedenti, ma si sviluppa gradualmente, tramite interpretazioni e continui aggiustamenti dei precedenti, con un'attenzione che investe tanto la razionalità e la coerenza della soluzione normativa, quanto la ragionevolezza con cui il caso in esame è trattato, e quindi con uno strettissimo legame istituito tra il diritto e il contesto sociale che lo circonda", così G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, p. 32.

Sulla formula diritto vivente presente nella giurisprudenza costituzionale cfr. anche L. Mengoni, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica, ora in Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996 (ma 1990), pp. 153-163.

Massimo Severo Giannini titolato *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*. Qui l'autore sottolinea come "contrariamente all'opinione corrente la norma come fatto, o meglio il fatto della norma, è ben lontano dall'essere un'entità sicura e apprensibile; ma costituisce uno dei fatti più incerti che possano sussistere in un ordinamento"¹⁴.

L'incertezza intorno alla norma ritrova, per l'autore, la propria ragione in due cause; la prima, va ricercata nel "fatto che la norma è cosa distinta dal testo normativo, e che è cosa distinta dalla sua fonte", sicché la norma non è riconducibile pienamente né al testo (definito con il termine di disposizione), né alla fonte che lo ha posto in essere. Questo dato *tecnico*, per Giannini, fa sì che, in ogni caso (vedi l'intervento correttivo del legislatore integrato dalla giurisprudenza e dalla dottrina) vi sia una non coincidenza fra testo normativo e norma da questo derivata¹⁵.

Per l'autore, "la fonte crea la norma, ma non riesce a determinare se non parzialmente il contenuto; l'altra parte del contenuto è determinata da altre norme, ossia ogni norma, per sua natura subisce un'estraneazione", che si manifesta anche contro la volontà dell'autore della norma stessa. In questo senso Giannini può significare che "l'esistere della norma è determinato dal sistema, la fonte [ne determina] invece solo l'essere"; il sistema che determina l'esistere della norma, è un sistema in divenire, il quale non si modifica soltanto "per atti volontari, cioè per nuove leggi o atti normativi in genere [... ma ...] segue il divenire delle comunità associate che usano degli strumenti positivi, attraverso modificazioni, spesso impercettibili, indotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza". Sicché il dato *tecnico* descritto dal Giannini ci fa cogliere come la norma esiste in quanto inserita in un sistema di norme, ma questo non è sistema da intendersi in senso formale, ovvero come l'insieme dei testi normativi posti dall'autorità competente; il sistema si compone invece di norme tratte dai testi

14 M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), n. 4-5, p. 906.

15 Cfr. *ibidem*, p. 907.

e si evolve anche in assenza di interventi da parte delle autorità competenti. Infatti, la modificazione del sistema ed anche delle norme che lo compongono, avviene anche per mezzo di pressioni sociali ("il divenire delle comunità associate"), le quali si manifestano tramite la dottrina e la giurisprudenza¹⁶.

Per Giannini, dunque, "di fronte alla norma si erge sempre il dubbio d'interpretazione, in ordine alle modificazioni di significati e di effetti indotte da norme sopravvenute o da sopravvenuti orientamenti di dottrina e di giurisprudenza"¹⁷.

Il dato *tecnico* qui enunciato ci induce a riconoscere che fisiologicamente sussista, a prescindere da ogni contesto storico-sociale, un'ombra di incertezza che grava sulla norma; la stessa non è, infatti, il calco del testo normativo, ma il prodotto di una attività interpretativa, la quale nel suo concreto svolgersi è indirizzata da dinamiche evolutive che non necessariamente promanano dall'organo legislativo, ma che possono ritrovare la loro fonte nella dottrina e nella giurisprudenza, le quali fanno proprie, in questo modo concorrendo ad offrire legittimità giuridica, istanze sociali promananti dalla comunità che *usa* quei dati strumenti giuridici.

Oltre a tale dato *tecnico*, il rinvenimento del-

16 *Ibidem*. Già tre lustri prima del qui richiamato contributo Giannini ebbe ad osservare, in proposito della attività interpretativa, che "è essa che tiene in contatto il diritto con la vita: è la porta da cui entrano i fattori politici, economici, sociali, non giuridici insomma, dell'interpretazione. Sono stati più volte illustrati, da vari autori e in diversi climi storici, questi fattori e impulsi di vario genere, interdipendenti funzionalmente, come sarebbe la cultura, l'educazione spirituale e materiale di un popolo, il livello etico, la perfezione delle istituzioni politiche e sociali, le particolari caratteristiche storiche, sociali, religiose, ecc. ecc. Alla continua trasformazione da essi determinata sulla vita di una società soggiace inconsciamente l'interprete per una parte che sfugge alla comune osservazione, per un'altra parte invece di cui ha coscienza, l'interprete è portato a intendere la volontà dell'atto giuridico interpretandolo, in senso corrispondente allo stato della sensibilità sociale. Cosa che assume un'importanza tutta particolare per quel che riguarda l'interpretazione della legge (c. d. adattamento della legge ai nuovi bisogni)", *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., p. 71.

17 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, cit., p. 908.

la norma è ulteriormente aggravato da cause di natura *storica*, che concorrono a favorire l'incertezza sulla norma. Per Giannini "si tratta di questo: col venir meno dello Stato neutro (o a gruppi omogenei, o censitario, o liberale puro, ecc. ecc, a seconda dell'ordine di concetti in cui si ponga) proprio – *grosso modo* – dello scorso secolo, e col sopravvenire di quell'altro tipo di ordinamenti statali, che i costituzionalisti chiamano a regime misto, la legislazione statale è venuta ad accogliere nel suo seno principi giuridici fra loro configgenti"¹⁸.

Questo ulteriore elemento aumenta l'incertezza della norma, già gravata dal dato *tecnico*, nel momento in cui il legislatore accoglie ed istituzionalizza, nel sistema dei testi dispositivi, principi ed interessi fra loro configgenti; come esemplificato da Giannini, dalla libertà d'impresa alla censura dei monopoli, dalla tutela del risparmio al favorire "forme sempre più ingegnose di credito". Al di là della necessità di evitare conflitti nel trarre la norma dal testo (o dai testi), "a rendere ancor meno semplici le operazioni, intervengono quegli istituti che, esistendo da tempo antecedente l'introduzione dei nuovi principi, debbono trovare con questi un coordinamento. Di qui una ragione di incertezza sul significato delle norme"¹⁹.

Alla posizione assunta da Giannini fa eco la riflessione dello stesso Crisafulli, il quale, sui medesimi fascicoli della Rivista, rileva come "la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità *delle norme*, e non degli articoli di legge, che sono e restano mere formulazioni linguistiche, il cui significato letterale può essere incerto, per oscurità od imprecisione di espressione, e può essere comunque diverso dal significato che la norma concretamente sia venuta ad assumere nella unità sistematica e dinamica dell'ordinamento, del quale fa parte"²⁰.

Pur non potendo dilungarsi in argomento va,

18 *Ibidem*. Come noto Giannini svilupperà il tema del passaggio dallo stato monoclasse a quello pluriclasse, fra i vari luoghi, nella monografica del 1986 su *Il pubblico potere. Stati ed amministrazioni pubbliche*.

19 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità costituzionale*, cit., p. 908.

20 V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), n. 4-5, pp. 937-938.

sia pur di sfuggita, rammentato come le posizioni espresse nella Rivista poc'anzi richiamata non sono affatto isolate qualora volessimo intraprendere una panoramica dottrinale che abbracci il Tullio Ascarelli del saggio *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* apparso nel 1958 sulla "Rivista di diritto processuale", o anche il Francesco Carnelutti della *Teoria generale del diritto* del 1940, per il quale "dal punto di vista linguistico legislazione e giurisdizione vogliono dire, in sostanza, la medesima cosa: nello *ius dicere* si risolve il *legum ferre* e viceversa. Per altro i due diversi nomi esprimono un diverso modo della attività giuridica [...]. La legislazione è una produzione di diritto sub specie normativa, cioè una produzione di norme giuridiche [...]. La giurisdizione produce invece dei precetti e così provvede diritto per casi singoli"²¹. O ancora il Mario Cappelletti delle *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, saggio pubblicato nel 1957 sulle pagine della "Rivista di diritto processuale civile", oppure il Luigi Montesano della *Norma e formula legislativa nel giudizio di costituzionalità*, saggio apparso l'anno seguente sulla "Rivista di diritto processuale".

Tutte posizioni dottrinali che, partendo – con l'ovvia eccezione del Carnelutti qui richiamato – dalle pronunce della Consulta giungono a riconoscere un ruolo attivo alla giurisprudenza nella determinazione di ciò che il Crisafulli ebbe a designare come *norma giuridica*.

Ci troviamo di fronte, se non al riconoscimento letterale di un'attività interpretativa *creativa*, che *de facto* sovrintende il processo di ordinamento giuridico, senz'ombra di dubbio alla testimonianza della centralità dell'attività giurisprudenziale nella determinazione dell'ordinamento giuridico.

Il quale, per inciso, non promana dall'opera del legislatore, ovvero non si considera pre-determinato al caso di specie, ma è prodotto proprio nel tentativo di porre ordine giuridico ad un problema della vita quotidiana. Quindi, in ciò seguendo il magistero di Giuseppe Capograssi²² racchiuso, fra i vari luoghi, nel saggio

21 F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 104.

22 I cui echi si ritrovano, attraverso la mediazione di Enrico Opocher, nelle speculazioni di Giuseppe Zaccaria che sottolinea come "il diritto non si trova preconstituito

Giudizio processo scienza verità pubblicato nel 1950 sulla "Rivista di diritto processuale", un ordinamento giuridico che è processo, non entità statica ma momento dinamico di risoluzione giuridica delle controversie che vede come protagonista propria quella giurisprudenza a cui certa prospettiva giuridico-politica attribuiva un ruolo di mero esecutore del comando legislativo. Questa prospettiva ha visto ergersi le formidabili critiche dell'autentico Salvatore Satta nella voce *Giurisdizione (nozioni generali)* da egli redatta per l'*Enciclopedia del diritto*.

In questo senso si assiste al superamento di quel *riduzionismo* giuridico²³ che aveva caratterizzato certo formalismo, contro il quale si scaglia Pietro Grossi²⁴, a tutto vantaggio della funzione politica della giurisprudenza, così come viene, ad esempio, descritta da Antonio Baldassarre nella voce *Diritti sociali* redatta per l'*Enciclopedia giuridica Treccani* o, per altri versi dallo stesso Gustavo Zagrebelski ne *Il diritto mite* del 1992²⁵, né possono venire obliate le ancor più

neppure nel «deposito» dei precedenti, ma deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma ed il fatto», *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 17.

23 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 16-17, e, più di recente, lo stesso P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

24 "Temiamo l'inquinamento di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beotamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di strettissima legalità", *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, p. 163. Sull'argomento cfr. anche Giuliani, *Disposizioni sulla legge in generale*. Artt. 1-15, Torino, 1982, pp. 212 e segg.

25 Zagrebelsky rileva come "secondo il dualismo positivista, la «produzione» del diritto – cioè la formazione – sarebbe determinata puramente dalla volontà che crea; al contrario, la «conoscenza» del diritto – cioè la scienza giuridica – sarebbe determinata puramente dalla ragione che riflette. In questo modo, formazione e scienza del diritto sono ricondotte a due facoltà dello spirito umano tra le quali non sussisterebbe alcun punto di collegamento. La produzione di norme sarebbe attività a-razionale. A sua volta la riflessione scientifica, avendo come oggetto una volontà vera, trascritta in norme, potrebbe definirsi scienza solo in un senso secondario o

recenti riflessioni, in campo penalistico, di Giuseppe Fiandaca²⁶ e di Roberto Kostoris²⁷.

§ 3. UN GIURISTA

DAL COMPITO PROPRIAMENTE POLITICO

Nel dibattito a cavaliere degli anni Cinquanta e Sessanta dello scorso secolo affondano le radici storiche e teoretiche della riflessione di Sergio Cotta in merito all'interpretazione giuridica e la sua elaborazione risulta centrale al fine di testimoniare la forte tensione ad un diritto *politicizzato*, che vede nel giurista, più che nel legislatore, il fulcro della sua esperienza.

L'autore, interrogandosi sulle *inquietudini del giurista contemporaneo*, riconosce come, in un contesto sociale investito da un rivoluzionamento tecnologico²⁸, le categorie ottocentesche della dogmatica risultano del tutto inadeguate a fronte di una società pluralistica; per Cotta "orientandosi secondo la tendenza metodologica (e ideologica) del positivismo giuridico, il giurista ottocentesco si è venuto infatti progressivamente astringendo, com'è ben noto, al compito di mero applicatore ed interprete della volontà del legislatore o, al massimo, a quello di semplice formulatore tecnico, di *traduttore giuridico* (per così dire) della volontà politica del Potere sovrano. E tale compito risulta ancor più ristretto per il fatto

servente. Sarebbe una scienza che non domina i propri fini, più che di scienza giuridica, si dovrebbe parlare di tecnica giuridica, al servizio d'altro e d'altri. Chi crede che essere buoni giuristi significhi essere buoni «tecnici del diritto» si inorgogolisce di questo servizio", *Il diritto mite*, cit., pp. 163-164.

26 Cfr. la raccolta di saggi *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di studi*, Padova, 2002.

27 Vedi in proposito la voce *Giudizio (dir. proc. pen.)* redatta per l'*Enciclopedia giuridica Treccani*.

28 Il testo di Cotta a cui facciamo riferimento è, per l'appunto, significativamente intitolato *La sfida tecnologica*. Va rilevato come il contributo di Cotta qui richiamato, parimenti al saggio *Il giurista di fronte al potere*, ivi citato alla nota 5, rappresenta una sorta di parentesi nel corpus dottrinario dell'autore; infatti tali temi non costituiscono più oggetto specifico di riflessione nei decenni successivi. Pur tuttavia tale interesse, sviluppato nel corso di alcuni seminari presso l'Ateneo fiorentino, sarà foriero di corposi studi in materia, primo fra tutti il *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967 di Luigi Lombardi.

che l'interpretazione e l'applicazione del diritto, ridotto alla legge, vengono intese come attività puramente automatiche, che trovano la loro simbolica espressione nel sillogismo dell'interprete"²⁹.

Nonostante il profondo modificarsi della realtà sociale, che determina il sorgere di un diritto spontaneo accanto a quello legale, che impone la ricerca di una costituzione materiale sotto quella formale, che implica il recepimento dei valori politico-sociale nel sistema normativo, per Cotta "autorevoli giuristi continuano ad additare come l'unica buona la strada del formalismo"³⁰.

Anche in grazie a "l'appassionato e lungimirante attacco condotto su tutti i fronti della cultura giuridica dalla *Freirechtsbewegung* [...] dal neo-idealismo filosofico [...] dal realismo giuridico", è ormai evidente, per Cotta, che "in nessun caso la norma quale esce dal lavoro dell'interprete corrisponde alla posizione normativa formulata dal legislatore come la copia all'originale"³¹. Ma vi è di più oltre a questa constatazione: "tocca al giurista trasformare l'arida imperatività astratta della legge [...] in accettabile ed accettata norma suscitatrice di civile obbedienza. Solo se interpretata in tal modo la legge di una società pluralista, quale di fatto è la società umana, risulterà democratica non soltanto in teoria bensì anche in concreto, nel convincimento di coloro che le sono soggetti"³².

29 *La sfida tecnologica*, cit. p. 139 (le citazioni sono tratte dalla quarta edizione, Bologna, 1971).

30 *Ibidem*, p. 136.

31 *Ibidem*, pp. 154-155. Rileva l'autore, che "il mito del giurista puro esegeta è ormai tanto logoro che, per difenderlo, si è oggi costretti ad affermare non più che egli sia effettivamente mero applicatore, bensì che debba esser tale. Altrimenti egli non sarebbe un giurista democratico, rispettoso dell'unica autorità legittimata democraticamente a legiferare in virtù della concezione rousseauiana della legge quale espressione della volontà generale", *ibidem*, p. 156. Rimandiamo in proposito alle posizioni assunte da Uberto Scarpelli e qui sopra riportate.

32 *Ibidem*, p. 159. Va rilevato come, a detta dell'autore, "le stesse costituzioni democratiche recenti, come quella italiana [...] hanno attribuito, se non sempre formalmente certo effettivamente, al giurista-giudice (e quindi a livello teorico anche al giurista-studioso)

All'intero di questo quadro, "è assai difficile, per non dire impossibile, che il giurista si limiti ad una interpretazione puramente meccanica della norma legislativa. Non pare dubbio che egli sia sospinto a svolgere l'indispensabile opera di *consolidamento*, di *unificazione* richiesta dalle discordanti o divergenti tendenze normative effettivamente esistenti, per armonizzarle nel quadro dei principi giuridici supremi della comunità"³³. Appare pertanto consequenziale "attribuire al giurista, e in primo luogo al giudice, la responsabilità del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo"; lungi dall'essere fonte di arbitrio, questa partecipazione alla formazione normativa, testimonia da parte del giurista "un rinnovamento di quella antica partecipazione autonoma alla creazione del diritto e quindi al Potere che per lunghi secoli gli è stata propria in virtù della sua posizione di mediatore tra Potere e società civile"³⁴.

La funzione creativa del diritto non ha, quindi, in questa prospettiva quei connotati arbitrari e degenerativi in una società democratica i quali Scarpelli aveva posto in evidenza; la partecipazione del giurista alla funzione normativa determina, al contrario, una sorta di parcellizzazione del potere; lontana dall'apparire frutto di tendenze, più o meno inconscie, a porre in essere spettri totalitari³⁵, questa prospettiva viceversa si pone quale valido antidoto ad ogni inversione autoritaria della società. In questo senso, per Cotta, "se si vuole sventare la minaccia del totalitarismo tecnocratico, che è immanente alla società tecnologica, per la sua ambivalenza di fondo, occorre procedere oltre: verso il pluralismo nella produzione del diritto, realizzato con una ordinata e chiara di-

il compito di partecipare alla funzione legislativa sul piano della costruzione del sistema", *ibidem*.

33 *Ibidem*, p. 172.

34 *Ibidem*, p. 182. Sul ruolo di mediatore assolto dal giurista fra la società civile o le società intermedie ed il potere centrale cfr. A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. Per l'esperienza medievale rimandiamo a L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit. e P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit.

35 Esplicitamente evocati, come sopra osservato, da Uberto Scarpelli.

visione delle competenze, che consenta tanto lo sviluppo quanto il coordinamento della vita sociale [... bisogna ricorrere ...] alla creazione giurisdizionale di norme di portata generale sulla base del caso concreto, come avviene nei sistemi di *common law* attraverso l'istituto del «precedente»³⁶.

La prospettiva solcata da Sergio Cotta conduce inevitabilmente verso una pluralità di fonti normative, accanto alle fonti legislative vanno a collocarsi le fonti giurisprudenziali, per un verso, al fine di limitare il potere delle prime, per altro, per far sì che i valori socio-politici penetrino all'interno del sistema giuridico e divengano essi stessi valori giuridici incarnati in norme giuridiche. L'ordinamento giuridico è qui proposto come un processo di ordinamento della società in costante evoluzione, i cui indiscussi protagonisti paiono essere proprio quei giuristi che il positivismo giuridico aveva relegato al compito di puri esecutori della volontà sovrana escludendoli, in quanto tecnici, da ogni partecipazione al Potere.

Per l'autore, "il sistema giuridico adatto alla società tecnologica esige senza dubbio una solida struttura portante, consistente *in primis* di principi regolativi generali e di norme di organizzazione, di produzione, di competenza, che istituiscano autorità legittime, conferiscano poteri e stabiliscano procedure fisse e controllabili (è questo il livello giuridico-costituzionale). Seguiranno poi norme di particolare rigidità, come quelle penali o quelle tributarie, dalle quali dipende la libertà del cittadino. Ma al di là di questi livelli è opportuno che la struttura giuridica rimanga *aperta*, per cui sia possibile completarla mobilmente a seconda delle esigenze dello sviluppo"³⁷.

L'idea di un ordinamento giuridico non autoreferenziale, bensì aperto alle istanze pro-mananti dalla società civile, implica una cooperazione fra il legislatore, cui compete l'opera di costruzione, in sinergia con il giurista, delle architravi del sistema; "ma - a detta di Cotta - il compito delicatissimo ed essenziale di completare tali strutture e tali decisioni con op-

36 S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., p. 183.

37 *Ibidem*, p. 181.

portune disposizioni normative, in modo da assicurare l'armonia funzionale dell'edificio, non può spettare che al giurista"³⁸.

Il giurista ha pertanto un preciso ruolo politico, egli abbandona la sua posizione, marginale, di tecnico subordinato al servizio del potere, in cui l'ideologia del positivismo giuridico lo aveva relegato, assumendo il legislatore a sovrano *legibus solutus*: infatti, "la società tecnologica spinge il giurista ad assumere un [...] compito propriamente politico: quello di partecipare alla produzione del diritto affinché lo sviluppo possa svolgersi con la indispensabile elasticità. Una precisa esigenza dei tempi porta dunque a ristabilire una divisione di competenze nell'esercizio delle potestà normative che nella società odierna costituisce l'espressione più alta del Potere. E dalla divisione del Potere scaturisce ancora una volta una garanzia di libertà"³⁹.

La prospettiva qui solcata da Cotta, frutto, come lo stesso autore palesa, d'una riflessione iniziata nel 1964 nel corso di una serie di seminari svoltisi presso l'ateneo fiorentino, tende a far primeggiare nell'ambito dell'esperienza giuridica, il *dato* (inteso come mentalità e prassi giuridiche comuni) sul *costruito* (la disposizione legislativa) e nel far ciò fronteggiare la prospettiva positivista, figlia dell'illuminismo, nella quale, viceversa "la parte del *costruito* prevale di gran lunga sulla parte del *dato*. E di pieno diritto poiché, nel quadro di una filosofia razionalista, il *dato* appare come il residuo vischioso di un passato barbaro e irrazionale, mentre il *costruito* si presenta come l'opera della ragione incarnata nel legislatore illuminato"⁴⁰.

In definitiva, per Cotta, "sul piano giuridico, la realtà sempre in movimento dello sviluppo respinge dunque in maniera netta il sistema del codice e richiede un apparato normativo più elastico, nel quale il *costruito* predisposto dal legislatore, se non vuole risultare sterile o addirittura dannoso, deve lasciare sempre largo spazio al *costruibile*"⁴¹.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*, pp. 187-188.

40 *Ibidem*, p. 166.

41 *Ibidem*, p. 180.

§ 4. L'ATTIVITÀ INTERPRETATIVA
FRA PROSPETTIVA INTRA-SISTEMICA
E INTER-SISTEMICA

Schematizzando quanto fin ora si è andati dicendo, l'osservatore si trova di fronte a due prospettive divergenti in tema di interpretazione: l'una ancorata all'idea di fedeltà alla legge, l'altra invece volta a legare la norma giuridica, più che al significato letterale della disposizione, alle esigenze del contesto sociale nel quale la stessa opererà in quel processo di ordinamento giuridico che la realtà richiede. La prima, in quanto legata da vincoli di fedeltà all'opera del legislatore, aborre l'interpretazione creativa, la seconda, protesa ad oltrepassare i vincoli anche letterali del testo, non può che riconoscere (anche se il più delle volte solo implicitamente) in tale declinazione dell'interpretazione la propria strada regia.

La prima prospettiva, evidentemente legata al positivismo giuridico, può venire designata quale prospettiva interpretativa *intra-sistemica* e si specifica in due accezioni, che possiamo definire *forte* e *debole*. Al fine di determinarle pare utile seguire un itinerario proposto da Scarpelli.

Per il nostro autore, "la specifica etica del giudice è [...] ancora una volta indicata nell'attuazione imparziale della non imparziale scelta politica del legislatore"⁴²; ciò sta a significare che, se per un verso, "un'interpretazione giuridica è un processo essenzialmente politico, inerente all'organizzazione politica della società dipendente nei suoi modi da una scelta politica", per altro la scelta dell'interprete può indirizzarsi verso due direzioni opposte. Da un lato egli può optare per la "scelta di uno stile interpretativo che ammetta o richieda un manifestarsi immediato dei valori politici personali dell'interprete", dall'altro, si può scegliere "uno stile interpretativo che comporti la soggezione dell'interprete alla sintassi ed alla semantica del linguaggio in cui sono espresse le norme", oppure uno stile che "quando invece la sintassi e la semantica del linguaggio delle norme non risultino determinate comportamenti, nelle operazioni di determinazione, uno sforzo di attuare, fin dove

⁴² *I magistrati e le tre democrazie*, cit., p. 647.

siano riconoscibili, i valori politici ispiratori dell'ordinamento"⁴³.

Con la terza opzione "diventa possibile proporre come progressiva la scelta di una società che programmi il suo sviluppo ed il superamento delle diseguaglianze sociali, garantendo insieme, attraverso la legge, l'attuazione dei programmi, la partecipazione democratica dei cittadini e le loro libertà individuali, ed *esigendo dai suoi funzionari lealtà verso la sua legge*"⁴⁴.

La lealtà verso la legge, lungi dal palesarsi quale acritico ossequio all'operato del legislatore, acquista rilevanza al fine di preservare i valori cardine dello stato di diritto: l'eguaglianza innanzi alla legge e la certezza del diritto. Scarpelli ribadisce con forza come in uno stato di diritto è il potere legislativo, emanazione del popolo e dal popolo controllato, sia pur indirettamente per mezzo delle tornate elettorali, ad effettuare scelte di natura politica, non già organi privi di rappresentanza popolare.

Nella sua forma estrema questa prospettiva si manifesta teorizzando l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni come attività puramente logica e nel far ciò presuppone l'esistenza di un significato proprio alla disposizione, che l'attività interpretativa deve riconoscere. Da ciò ne consegue che da una disposizione si possa correttamente inferire una sola norma. In considerazione a ciò sull'interpretazione prodotto sarà possibile predicare la sua verità o falsità (ovvero la sua coerenza o meno con le premesse). In questo contesto, il cosiddetto interprete (più corretto appare, infatti, utilizzare il termine di *applicatore* di disposizioni) si manifesta come cinghia di trasmissione della volontà del legislatore; si palesa di fatti come un *servo* della legge, che nulla deve aggiungere o togliere alla lettera di questa.

Nella sua ipotesi moderata, il modello interpretativo *intra-sistemico* ritiene legittimo operare sulle disposizioni "oscure", chiarificandole alla luce di riferimenti tratti dal sistema stesso, oppure proporre delle interpretazioni evolutive delle disposizioni, purché queste siano fermamente ancorate al sistema stesso. Si

⁴³ *Ibidem*, p. 654.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 655 (il corsivo è mio).

assiste ad una sorta di ricostruzione della norma per tramite di elementi che si presuppone appartengano al sistema.

Nella prospettiva moderata, l'interprete è teso a riconoscere ad applicare il processo di ordinamento giuridico che è intrinseco al sistema; nelle sue manifestazioni estreme egli applica la disposizione, si limita perciò a questa meccanica operazione senza ricercare nell'insieme delle disposizioni, che si suppone costituiscano un sistema ordinato e coerente, altra *ratio* che non sia quella palesatagli esplicitamente dal legislatore.

Nella prospettiva intra-sistemica, ove, pur tenendo conto delle differenze fra i due modi in cui questa si manifesta, primeggia quell'idea di interpretazione meccanicistica sorta all'intero della *École de l'exégèse*; il processo di ordinamento giuridico viene posto in essere dal potere legislativo e compito dell'interprete sarà solo di attuare la volontà del legislatore.

A fronte di questa concezione ci colloca una prospettiva interpretativa appellabile come *inter-sistemica* volta cioè a coniugare un sistema normativo specifico (il sistema giuridico) con altri sistemi normativi vigenti in un determinato contesto sociale.

L'assunto di base di questa prospettiva va ricercato nella constatazione della non esaustività del sistema giuridico formalisticamente inteso, esclusivamente sul quale non può fondarsi un processo di ordinamento. L'ordinamento giuridico è la risultante della relazione sempre fluttuante fra le disposizioni formalmente poste e costituenti il sistema giuridico in senso formale e sistemi a questo esterni, quale 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 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 legislative in un ordinamento giuridico-sociale capace, cioè, di risolvere le controversie, attingendo legittimità dalla stessa realtà sociale che è chiamato a re-

golamentare e non dalla mera manifestazione di volontà della autorità formalmente investita di tale compito, sia essa l'autorità legislativa o l'autorità giudicante.

In questo quadro, l'interpretazione è attività che, pur partendo dal dato legislativo, pone in relazione sistemi di regole fra loro diversi per fonte di produzione; attraverso questo rapporto crea di volta in volta l'ordinamento giuridico del caso concreto.

§ 5. SULLA NECESSITÀ DI UN NUOVO DIAGRAMMA DELLE FONTI DEL DIRITTO

Pur non potendo porre alcun contributo alla risoluzione della diatriba dottrinarica sopra sunteggiata, pare in ogni caso importante rilevare come l'attività interpretativa ha sempre come proprio oggetto, per riconoscimento implicito della Corte europea recepita dalla Cassazione italiana, proposizioni redatte con il linguaggio ordinario e, pertanto, affette dai cosiddetti difetti propri a tale linguaggio⁴⁵.

⁴⁵ Nella sentenza n. 18288 del 21 gennaio 2010 delle Sezioni Unite possiamo, infatti, leggere: «la Corte europea, dopo aver ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che «a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ... non può presentare una precisione assoluta», posto che si serve di «formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria ...; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza ... contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale»».

Le Sezioni Unite richiamano dal testo delle sentenze Scoppola vs. Italia (17 settembre 2009) e Previti vs. Italia (8 dicembre 2009). Riportiamo il testo in oggetto tratto 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: «la nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 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

Per 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 riflettono, anche in campo penale, una diversa declinazione di quell’aspirazione

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 prevedibile”. Tali argomentazioni si ritrovano sostanzialmente identiche nella successiva sentenza *Previti vs. Italia*. In riguardo alla modificazione del principio di legalità offerto dalla giurisprudenza europea centrale risulta il riferimento alla sentenza *Groupe Danone vs. Commissione delle Comunità europee* del 8 febbraio 2007.

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”⁴⁶.

46 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 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 generale “modalità mafiosa” di controllo del mercato. Ciò non di meno la Cassazione ritiene che

Al di là della coerenza della giurisprudenza europea rispetto ai diritti nazionali, che di per sé eliminerebbe alcun dubbio sulla portata della pronuncia richiamata dalla Suprema Corte italiana sulla sua giurisprudenza e più in generale sull'ordinamento giuridico italiano⁴⁷, le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario indagare il riconoscimento di un duplice sistema di fonti alla luce dell'ordinamento interno al fine di vagliare la tenuta delle affermazioni della Corte europea nel nostro specifico ambito.

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 dell'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; 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.

47 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.

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, un diritto vivente il quale, non la disposizione legislativa, è oggetto dell'attività di sindacato costituzionale delle leggi ex articolo 134, comma primo, della Costituzione; dall'altro si evidenzia come tale diritto ha una fonte non esclusivamente legislativa, ma anche (e soprattutto) giurisprudenziale, ovvero è tanto il frutto dell'attività legislativa, quanto dell'attività interpretativa degli organi giudiziari. A questi è di fatto riconosciuto il compito di produrre il diritto.

Infatti, per le Sezioni Unite, "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, un ruolo fisiologicamente creativo di diritto all'attività in-

interpretativa posta in essere dai giudici⁴⁸; tale attività produttiva di diritto ritrova, come nell'ambito della produzione legislativa, una propria strutturazione gerarchica che vede poste al suo vertice la giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Infatti, 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 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*

48 Cfr. ancora G. Gorla, *sub voce Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia del diritto*, nonché, sempre in tema di precedente, la voce *Giurisprudenza* da egli redatta sempre per l'*Enciclopedia del diritto*, pp. 496-497, ove possiamo leggere: "un rafforzamento dell'autorità del precedente giudiziale (sia esso o meno vincolante) potrebbe derivare dalla minor autorità che per varie ragioni i tribunali riconoscono alla legge, dalla scarsa considerazione in cui la tengono, dalla loro tendenza a modificarla o a farne una «interpretazione» libera, dal loro disaccordo con i legislatori su certe direttive di «politica legislativa»", così a p. 497.

delle Sezioni Unite, sino a discendere verso il giudice di merito.

Va solo fatto cenno in questa sede come un sistema di fonti del diritto vivente non possa in alcun modo non tenere nel debito conto la giurisprudenza europea, la quale primeggia sulle pronunce delle corti nazionali, tanto da costituire per quest'ultime una sorte di precedente giurisprudenziale vincolante⁴⁹. Sicché, al pari delle disposizioni legislative promananti dall'ordinamento comunitario, che vincolano il legislatore nazionale, anche le pronunce giurisprudenziali risultano vincolanti per il giudice nazionale; in tal modo si assiste alla creazione di un sistema di fonti parallelo, legislativo e giurisprudenziale, che concorre a determinare il diritto vivente. Il quale, come ebbe modo d'osservare la Corte costituzionale italiana nel lontano 1956, corrisponde alla concreta *norma giuridica*, da derivarsi quindi attraverso un'opera di interpretazione della disposizione legislativa. Il tutto non può che determinare il definitivo abbandono della rappresentazione dei fatti giuridici secondo le linee tracciate dall'articolo primo delle *Disposizioni sulla legge in generale*, che pare, nel suo svolgersi letterale, determinare uno iato incolmabile fra i cosiddetti sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, separazione che alla prova dei fatti risulta ragionevolmente contestabile.

Pare essere questo uno dei temi che dovrà certamente attrarre le energie della migliore teoria generale del diritto al fine di rielaborare alla luce della pronunce giurisprudenziali europee e nazionali un *nuovo* diagramma della fonti del diritto che tenga necessariamente conto della oramai acclarata presenza di fonti giurisprudenziali accanto alle fonti legislative.

§ 6. SULLA TRADUZIONE DEI GIUDIZI DI VALORE IN GIUDIZI GIURIDICI

Vale la pena chiudere questo breve ed incompleto intervento richiamando alla memoria le (profetiche) parole scritte più di mezzo

49 Tale questione venne messa in luce, ad esempio, nello studio di Vincenzo Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996.

secolo fa, in clima di positivismo imperante, da uno studioso come Luigi Caiani nel suo studio su *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica* apparso nel 1954. Egli riconosce come “dal punto di vista giuridico (come sotto molti aspetti anche da quello scientifico) il linguaggio è un fenomeno tipicamente sociale, e quindi che l'uso da parte del legislatore di determinati significati linguistici, che si riferiscono a cose, a concetti, a situazioni, a bisogni, a interessi o a comportamenti, dipende in ultima analisi dal valore sociale che essi vengono mano a mano assumendo. Valore che pertanto non è affatto così oggettivo e immutabile come potrebbe sembrare”. Questo, infatti, seguendo il pensiero del giurista padovano, dipende da molteplici fattori “in cui concorrono vuoi la costitutiva storicità e dialetticità delle istituzioni e dei rapporti umani, che pertanto si riflette sullo stesso significato dei termini che vi si riferiscono, vuoi, in particolare, tutti quegli altri elementi di carattere sociale ed anche tecnico [...] nella quale date parole vengono usate e introdotte”. Da qui deriva “la modificazione del loro significato in ragione della evoluzione storica della realtà e dei rapporti sociali cui essi si riferiscono”. In questo modo, per l'autore, si coglie “il processo di traduzione e ricezione delle valutazioni sociali metagiuridiche nell'ambito dell'ordinamento positivo, cioè in forma giuridicamente valida [...]. Vale a dire che è in questo compito fondamentale della giurisprudenza che si può cogliere, in un certo senso, lo stesso processo produttivo del diritto, il quale invero, da questo punto di vista, potrebbe esser visto come un processo sempre più approssimato e determinato di traduzione dei giudizi di valore operanti socialmente in giudizi di valore operanti giuridicamente”⁵⁰.

⁵⁰ Così ne *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 209 e segg.; nella voce *Analogia* redatta per l'*Enciclopedia del diritto* lo stesso autore afferma che il “carattere genericamente creativo dell'interpretazione risulta evidente e determinante proprio in ordine alla specifica natura e funzione di quella forma di attività interpretativa che è l'interpretazione giuridica [...] funzione non meramente teoretica di ricognizione o di accertamento del contenuto implicito nella letteralità del documento legislativo, ma anche in funzione pratica di adattamento o adeguazione della formula legislativa alla concretezza del caso proposto dall'esperienza”, p. 354.

Marco Cossutta, professore associato di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi di Trieste, Coordinatore del Corso di Studi magistrale in Scienze della Comunicazione Pubblica, d'Impresa e Pubblicità.