

## **Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile**

Francesco PROSPERI\*

**RIASSUNTO:** Non è dubitabile che anche nei paesi di civil law la giurisprudenza deve essere inserita tra le fonti (atipiche) di produzione del diritto (vivente), in quanto sostanzialmente concorre sempre a determinarlo. Il problema di carattere sistematico da risolvere diviene quello di stabilire a quali condizioni la giustizia del caso concreto possa considerarsi coerente con le finalità perseguite dall'ordinamento giuridico e sia, quindi, idonea a diventare giustizia del caso futuro.

**PAROLE-CHIAVE:** Giurisprudenza; discrezionalità; certezza del diritto; fonti del diritto.

**SOMMARIO:** 1. Il diritto vivente tra prassi e teoria generale; – 2. Il primato della politica e l'affermazione del positivismo giuridico nei sistemi di *civil law*; – 3. La diversa concezione del diritto negli ordinamenti di *common law*; – 4. Le clausole generali e la discrezionalità del giudice; – 5. Il costituzionalismo e l'interpretazione assiologicamente orientata; – 6. L'individuazione del caso concreto come risultato dell'interpretazione e il superamento del sillogismo interpretativo; – 7. La teoria del circolo ermeneutico; – 8. Il diritto come scienza pratica e la scientificità dell'interpretazione; – 9. La certezza del diritto tra creatività dell'interpretazione giudiziale e funzione nomofilattica della Cassazione; – 10. La tutela dell'affidamento e la retroattività del mutamento giurisprudenziale imprevedibile; – 11. La legalità costituzionale quale unico limite alla creatività dell'interpretazione giudiziale.

*TÍTULO: Discrecionalidade judicial e certeza do direito: os termos atuais de um conflito originário e inelutável.*

*RESUMO: Não há dúvidas de que mesmo nos países de civil law a jurisprudência deve ser inserida entre as fontes (atípicas) de produção do direito (vivente), uma vez que sempre concorre substancialmente para determiná-lo. O problema de caráter sistêmico a ser resolvido se torna aquele de se estabelecer sob quais condições a justiça do caso concreto pode ser considerada coerente com a finalidade perseguida pelo ordenamento jurídico e será, assim, idônea a se tornar justiça do caso futuro.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Jurisprudência; discrecionalidade; segurança jurídica; fontes do direito.*

**SUMÁRIO:** *1. O direito vivente entre a práxis e a teoria geral. – 2. O primado da política e a afirmação do positivismo jurídico nos sistemas de civil law; – 3. A concepção diversa do direito nos ordenamentos de common law; – 4. As cláusulas gerais e a discrecionalidade do juiz; – 5. O constitucionalismo e a interpretação axiologicamente orientada; – 6. A individuação do caso concreto como resultado da interpretação e a superação do silogismo interpretativo; – 7. A teoria do círculo hermenêutico; – 8. O direito como ciência prática e a cientificidade da interpretação; – 9. A certeza do direito entre criação da interpretação judicial e função nomofilática da Cassação; – 10. A tutela da confiança e a retroatividade do momento jurisprudencial imprevisível; – 11. A legalidade constitucional como único limite à criatividade da interpretação judicial.*

---

\* Professore ordinario di Diritto civile nell'Università degli studi di Macerata.

*ENGLISH TITLE: Judicial Discretionality and Law's Certainty: the Current Terms of an Originary and Inevitable Conflict.*

*ABSTRACT: It is out of question that even in civil law countries jurisprudence is to be inserted among the (atypical) production sources of a (living) Law, since it always contributes substantially in determining Law. The systematic problem to be solved in this case becomes such of establishing under which circumstances the so-called justice of the concrete case can be considered as coherent with the finality sought by the legal system and, thus, as able to become the justice of future cases.*

*KEYWORDS: Jurisprudence; discretionality; legal certainty; sources of Law.*

*CONTENTS: 1. Living Law between practice and legal theory; – 2. The empire of politics and the affirmation of legal positivism in civil law systems; – 3. The different conception of Law in common law countries; – 4. General clauses and judicial discretionality; – 5. Constitutionalism and the axiologically-oriented interpretation; – 6. Individualization of the concrete case as a result of interpretation and the overcoming of the syllogistic method; 7. The theory of the hermeneutic circle; – 8. Law as a practical science and the scientific nature of interpretation; – 9. Legal certainty between the creation of judicial interpretation and the nomofilatic function of the Cassazione; – 10. Protection of trust and the retroactivity of the jurisprudential unpredictable moment; – 11. Constitutional legality as the sole limit to judicial interpretation creativity.*

1. L'attività giurisprudenziale sembra attraversare una fase di nuovo protagonismo<sup>1</sup> e non soltanto in ambito civile, se è vero che anche nel settore penale si fa strada l'idea che il giudice è co-produttore del diritto. Non già per atteggiamenti ribellistici, ma perché si è accresciuta la consapevolezza che «la visione (cara soprattutto al penalista tradizionale) dell'interprete fedele e passivo servitore del legislatore-padrone assoluto del diritto non è altro che pura ideologia»<sup>2</sup>.

Nei rapporti civilistici la tendenza all'ampliamento della discrezionalità interpretativa dei giudici risulta innanzi tutto dall'inusitata frequenza che ha assunto di recente il susseguirsi di mutamenti negli orientamenti della giurisprudenza della Corte di cassazione. In particolar modo, con riferimento all'interpretazione di norme processuali, per effetto, soprattutto, del principio del giusto processo, introdotto dalla riforma dell'art. 111 Cost. operata dalla l. cost. n. 2/1999, e della correlata esigenza di una sua ragionevole durata<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il fenomeno non è infatti, inedito. Basti pensare al ruolo di adattamento della legge all'incalzare tumultuoso dei mutamenti sociali dell'epoca svolto dalla giurisprudenza negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso (cfr., al riguardo, le considerazioni di G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Roma-Bari, 1973, p. 59 ss.). Giurisprudenza rimasta disordinata ed ondivaga anche negli anni successivi, come lamentato, in particolare, da M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 545 ss.; ID., *Prefazione*, a W. BIGIARI, *Appunti sul diritto giudiziario* (1933), riedizione a cura di M. Bin, Padova, 1989, p. 12 ss.

<sup>2</sup> G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.

<sup>3</sup> In sintesi, il principio del giusto processo impedisce di accordare protezione ad una pretesa caratterizzata per l'uso strumentale del processo (Cass, 22 dicembre 2011, n. 28286) e impone, di conseguenza, di

Lo stesso fenomeno ha peraltro interessato, seppur in misura ridotta, l'interpretazione di norme sostanziali<sup>4</sup>, in ordine alle quali si registra anche una maggiore accentuazione della propensione del "diritto vivente"<sup>5</sup> a supplire all'inerzia del legislatore<sup>6</sup>. Tanto che,

---

interpretare le norme processuali in modo da evitare lo spreco di energie giurisdizionali (così, da ultimo, Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310).

Per un ampio commento della riforma, in ottica civilistica, v., per tutti, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini, C.M. Verardi, Milano, 2001.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, che ha sancito il criterio della parziarietà delle obbligazioni condominiali nei confronti dei terzi creditori, superando il precedente orientamento della solidarietà passiva; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, sulla portata della rilevabilità d'ufficio della nullità e del giudicato implicito; Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, la quale ha affermato che l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, anche se soltanto di fatto, rescindendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, sicché il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso; Cass., Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 18214, che ha stabilito la nullità del contratto di locazione ad uso abitativo privo di forma scritta e non registrato, nullità, peraltro, azionabile esclusivamente dall'inquilino qualora sia stato il locatore ad imporre al conduttore di non stipulare per iscritto il contratto di locazione; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4629, che sancito la validità del preliminare del preliminare, qualora sia configurabile un interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto basata sulla tripartizione e differenziazione dei contenuti negoziali; Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, la quale ha stabilito che per ottenere il cambio di sesso all'anagrafe non è necessario l'intervento chirurgico di adeguamento degli organi sessuali.

Sulla netta distinzione delle conseguenze connesse ai mutamenti di orientamenti riguardanti l'interpretazione di norme sostanziali rispetto a quelle correlate ai mutamenti che concernono norme processuali, valendo soltanto per i primi il carattere in via di principio retrospettivo dell'efficacia del precedente giudiziario, v., da ultimo, in accoglimento dell'indicazione di Cass., Sez. Un., 16 giugno 2014, n. 13676; Cass., 9 gennaio 2015, n. 174. Ma, in proposito, cfr. anche quanto si dirà *infra*, sub §10.

<sup>5</sup> In merito al quale, v., tra gli altri, L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 141 ss.; S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82 ss.; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto "vivente". Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, p. 47 ss.; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1082 ss.

<sup>6</sup> Compito, del resto, proprio della magistratura, che svolge da tempo (v., infatti, quanto sottolineato in proposito già da M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 774 ss.), essendosi affermato per via giurisprudenziale, ad esempio, lo stesso diritto alla c.d. *privacy* (v., al riguardo, già Cass., 20 aprile 1963 n. 990, nonché, in termini più decisi, Cass. pen., 27 maggio 1975, n. 2129), in seguito organicamente regolato dalla l. 31 dicembre 1996, n. 675. Non v'è dubbio, peraltro, che l'opera di supplenza della magistratura si sia negli ultimi anni accentuato. V., in questo senso, oltre alla decisione di Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, la quale ha stabilito che qualora il marito abbia validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione eterologa non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino nato in seguito a tale fecondazione, anticipando così la soluzione adottata dalla l. 2004, n. 40, la numerosa giurisprudenza che ha riconosciuto una tutela alla convivenza *more uxorio* sotto molteplici profili, quali, in particolare: a) il risarcimento del danno causato dalla morte del partner in un incidente stradale (Cass., 16 settembre 2008, n. 23725; Cass., 7 giugno 2011, n. 12278; Cass., 21 marzo 2013, n. 7128; Cass., 16 giugno 2014, n. 13654), tutela estesa alla convivenza tra persone dello stesso sesso (Appello di Milano 20 novembre 2012, n. 6836 (in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2014, p. 645), e senza escludere la risarcibilità dei danni per violazione degli obblighi familiari (Cass. 20 giugno 2013, n. 1548); b) il riconoscimento della tutela possessoria al convivente *more uxorio*, considerato detentore qualificato dell'abitazione familiare di proprietà del partner (Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in un caso in cui lo spoglio era stato operato dal convivente proprietario) o dallo stesso detentore ad altro titolo (Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, in un caso in cui il partner deteneva la casa familiare in base ad un contratto di comodato e l'autore dello spoglio era un terzo); c) l'estensione dell'impresa familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c. (Cass., 15 marzo 2006, n. 5632). La medesima funzione suppletiva dell'inerzia del legislatore si evidenzia nell'orientamento favorevole alla c.d. *stepchild adoption*, cioè all'adozione in casi particolari (art. 44, l. n. 184/1983), in favore del convivente omosessuale del genitore dell'adottante (Trib. min. Roma, 29 agosto 2014; Trib. min. Roma, 29 ottobre 2015; Cass., 22 giugno 2016, n. 12962). Ciò in coerenza con la decisione del giudice di legittimità che ha confermato l'affidamento esclusivo di un bambino alla madre, convivente con un'altra donna, sulla base della considerazione che si tratta di un "mero pregiudizio" sostenere che "sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale" (Cass., 1

in un caso, si è, in verità alquanto immotivatamente, accusata la magistratura di aver esorbitato dai limiti dei poteri assegnatigli dalla Costituzione, invadendo l'ambito riservato alla discrezionalità del legislatore<sup>7</sup>.

Le ragioni di un tale protagonismo giudiziario sono certamente complesse e non possono qui essere convenientemente indagate, ma sembra indubitabile che le più rilevanti vadano individuate nella moltiplicazione delle interferenze tra fonti normative nazionali e sovranazionali, nella conseguenziale maggior influenza sull'ordinamento interno delle decisioni degli organismi giudiziari europei (Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo)<sup>8</sup>, nonché, e forse soprattutto, nell'esigenza di adeguare le regole giuridiche al mutare dei tempi, che appare sempre più rapido e incessante rispetto ad un pur recente passato<sup>9</sup>.

E' comunque evidente che i *revirement* della giurisprudenza e la sua propensione a svolgere una funzione creativa del diritto costituiscono, da un lato, motivo di preoccupazione per la tenuta del principio della certezza del diritto<sup>10</sup> e, dall'altro lato, rendono di nuovo attuale il dibattito sul ruolo della giurisprudenza in un ordinamento, come quello italiano, caratterizzato da una Costituzione scritta e rigida, la quale, in

---

gennaio 2013, n. 601). Allo stesso modo si deve valutare, fuori dall'ambito familiare, la giurisprudenza di legittimità (da ultimo, Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, nn. 30055 e 30057; Cass., 7 novembre 2012, n. 19234) che ha ritenuto configurabile l'abuso del diritto in ambito tributario quale principio generale antielusivo, indicazione in seguito recepita dal legislatore (art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, introdotto dall'art. 1 del d.lgs. n. 128 del 5 agosto 2015, volto a disciplinare "la certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente", in attuazione dell'art. 5 della legge delega n. 23/2014).

<sup>7</sup> Si fa, ovviamente, riferimento alla pronuncia di Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, sul drammatico caso Englaro (*Corr. giur.*, 2007, p. 1676 ss., con nota di E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*), che ha addirittura indotto il Parlamento a sollevare un conflitto di attribuzione fra poteri nei confronti della Cassazione (e della Corte d'appello di Milano), conflitto giudicato giustamente inammissibile da Corte cost., ord., 8 ottobre 2008, n. 334.

<sup>8</sup> Cfr., al riguardo, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 1/2013, p. 1 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; P. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea, Quaderni*, Milano, 2011; T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminario 2005, Torino, 2006, p. 63 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Rass. forense*, 2006, 1, pp. 310 s., 330 s.; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 3 ss.

<sup>9</sup> Sarebbe, invero, illusorio pensare che il diritto sia immune dall'incertezza che caratterizza il tempo presente (V. Z. BAUMANN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999; ID., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2006). Alla definizione di un metodo interpretativo dell'ordinamento giuridico adeguato alla complessità dell'epoca attuale, definita come "postmodernità", sono dedicati i saggi di V. SCALISI raccolti in *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012.

<sup>10</sup> Tra i diversi modi in cui può essere declinato tale principio (G. ALPA, *o.u.c.*, p. 307 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 275 ss.; M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 10 ss.), qui viene utilizzato nel significato ristretto di chiarezza del dato normativo e prevedibilità della sua applicazione.

ottemperanza al principio della divisione dei poteri, afferma solennemente che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101, comma 2, Cost.)<sup>11</sup>.

Preoccupazione e problema che richiedono risposte che possono venire soltanto dalla teoria generale del diritto<sup>12</sup>, dipendendo inevitabilmente il ruolo che si ritenga debba essere assegnato al giudice dalla concezione che si abbia del diritto (in senso oggettivo) e, soprattutto, dalla funzione che il diritto è chiamato ad assolvere, risultando questa decisiva per individuare il modo più corretto o, meglio, più appropriato per intendere e applicare le regole che ne costituiscono la struttura<sup>13</sup>.

E', peraltro, purtroppo noto che sulla nozione e sulla funzione del diritto si sono nel tempo radicate opinioni non solo fortemente differenziate e variamente frastagliate, ma anche molto spesso tra loro inconciliabili<sup>14</sup>. Né è dato cogliere una posizione largamente prevalente sulle altre se non per periodi temporalmente delimitati. Di fronte ad una tale realtà, si sarebbe tentati di adottare una soluzione di tipo meramente pragmatico, quale quella di intendere per diritto semplicemente ciò che i giuristi fanno. La scelta risulterebbe, del resto, coerente con la considerazione che nelle scienze sociali, di cui la scienza giuridica indubbiamente è parte, l'oggetto di indagine, in modo ben più netto che nelle scienze fisiche, è un costrutto meramente teorico, assunto come tale dalla stessa teoria scientifica che intende indagarlo<sup>15</sup>. Con la conseguenza che non è

---

<sup>11</sup> Evidenzia responsabilmente il problema il Primo Presidente della Cassazione, G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), p. 20 s., il quale, dopo aver riconosciuto che l'interpretazione “a fronte della frammentazione e della polisemia del testo normativo, è condotta secondo modalità parzialmente creative del diritto” e che, dunque, il “giudice concorre nella costruzione della regola del caso concreto, sperimentando il vincolo della interpretazione conforme al diritto comunitario e a quello convenzionale”, si pone la domanda: “Come evitare, allora, che, per via della torsione del metodo ermeneutico o del potenziale sconfinamento istituzionale, la tensione fra la dimensione giurisprudenziale del “diritto vivente” e il principio di legalità formale si risolva nell'affievolimento delle garanzie di conoscibilità della prescrizione e di prevedibilità, stabilità e uniformità della decisione, pena l'indebolimento delle fonti di legittimazione della giurisdizione?”.

<sup>12</sup> Cfr., in tema, per tutti, D. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007.

<sup>13</sup> Sull'interpretazione giuridica come variabile dipendente dalla concezione della scienza del diritto, v. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1966), trad. it. a cura di S. Ventura, Milano, 1966; nonché A. FALZEA, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, I, *Il concetto di diritto*, Milano, 1975, p. 35 ss.

<sup>14</sup> Basti richiamare al riguardo la considerazione da cui Herbert Hart muove per elaborare la sua concezione del positivismo giuridico: “Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione “Che cos'è il diritto?”. Anche se limitiamo la nostra attenzione alla teoria giuridica degli ultimi centocinquanta anni e lasciamo da parte la riflessione classica e medievale sulla “natura del diritto”, ci troviamo di fronte a una situazione che non ha eguali in nessuna altra materia studiata in modo sistematico come disciplina accademica a sé. Non esiste un'ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema “Che cos'è la chimica?” oppure “Che cos'è la medicina?”, come quella rivolta alla soluzione della questione “Che cos'è il diritto?” (H. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 1965, p. 3).

<sup>15</sup> V., in questo senso, G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), in *Opere*, 2, Milano, 1959, p. 402, il quale icasticamente afferma che “dove c'è la vita giuridica immediata ivi è la scienza”. In termini analoghi si esprime F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, a cura di A. Petroni, S. Monti Bragadin, Milano, 2000, p. 252 s., sottolineando che si “può stabilire che cosa debba significare il termine ‘diritto’

ipotizzabile la presenza di una realtà giuridica separabile dal metodo elaborato per accertarla, né, pertanto, è data la possibilità di verificare sperimentalmente l'esattezza delle soluzioni giuridiche di volta in volta prospettate, la cui validazione sul piano scientifico resta così affidata alle (variegate) opinioni che animano la comunità dei giuristi.

Il diritto, in altri termini, se le considerazioni svolte sono attendibili, lungi dall'essere un dato reale che preesiste all'attività dei giuristi, è null'altro che un concetto teorico elaborato dai giuristi stessi<sup>16</sup>. E, non facendo altro i giuristi teorici e pratici che interpretare disposizioni normative, si dovrebbe coerentemente concludere che il condensato del diritto come scienza giuridica è costituito dall'attività interpretativa e, in particolare, dall'attività interpretativo-applicativa della giurisprudenza, che traduce l'astratta potenzialità semantica della disposizione nella regola del caso concreto che pone fine alla controversia. In questo senso sono, del resto, orientate le moderne concezioni del diritto<sup>17</sup>.

Tuttavia, dall'osservazione acritica della realtà e, nella circostanza, di ciò che i giuristi fanno, si possono trarre delle costanti ma non dei criteri valutativi<sup>18</sup>, mentre compito

---

soltanto risalendo a ciò che intendevano coloro che l'hanno usato modellando il nostro sistema sociale e non collegandolo ad un significato che copra tutti gli usi di un tale termine<sup>7</sup>.

<sup>16</sup> R. GUASTINI, *Algunos aspectos de la metateoría de Principia iuris*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» 31 [2008], p. 254 s.: «[...]los textos normativos no tienen, por así decirlo, vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática, y que por tanto aquello que llamamos «el Derecho» es indistinguible de los conceptos y de las doctrinas que usan los juristas, aparentemente para describirlo en el nivel de metalenguaje, en realidad para modelarlo. Desde este punto de vista, en resumen, el Derecho es — en todo tiempo y lugar — simplemente indistinguible, como habría dicho G. Tarello, de la 'cultura jurídica' ».

<sup>17</sup> R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, Milano, 1986, sul cui pensiero v. D. ZACCARIA, *Diritto come interpretazione. Sul rapporto tra Ronald Dworkin e l'ermeneutica*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 303 ss. Ma sul diritto come metodologia ermeneutica v. già E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971; ID., *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, 2 voll., Milano 1990; ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991. Considera il contributo bettiano non come una filosofia ma piuttosto come una «dottrina del metodo delle scienze filologiche», H.G. GADAMER, *Ermeneutica come compito teoretico e pratico* (1978), in *Verità e metodo 2. Integrazioni*, a cura di R. Dottori, Milano, 1996, p. 278. Sottolinea le differenze tra la posizione di Betti e quella di Gadamer, ritenendo che rappresentano due antitetiche visioni del mondo, due opposte definizioni di ciò che significa comprendere e interpretare, T. GRIFFERO, *Interpretazione e astuzia del dogma. A partire da Emilio Betti*, in *Emilio Betti e l'interpretazione*, a cura di V. Rizzo, Napoli, 1991, pp. 82 ss. Ritiene, tuttavia, che l'ermeneutica giuridica di Betti rappresenti «l'Hauptinstrument per l'attività ermeneutica generale», G. CRIFÒ, *Emilio Betti und die juristische Hermeneutik*, in *Fremdheit und Vertrautheit. Hermeneutik im europäischen Kontext*, hrsg. von H.J. Adriaanse, R. Enskat, Peters, Leuven, 1999, p. 365 ss. Sul contributo della filosofia ermeneutica all'interpretazione giuridica v., comunque, *infra*, sub § 7.

<sup>18</sup> Per la considerazione che lo studio di ciò che i giuristi fanno (metagiurisprudenza descrittiva) può avere carattere avalutativo a differenza dell'analisi rivolta a determinare il metodo corretto della scienza giuridica (metagiurisprudenza prescrittiva), v. N. BOBBIO, *Essere e dover essere della scienza giuridica*, in *Riv. fil.*, 1967, p. 235 ss., nonché, all'interno di una più ampia riflessione sulla nozione del diritto, N. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010. Quando, peraltro, si rifletta che l'osservazione dell'attività di coloro che si occupano di diritto postula pur sempre l'adesione ad una certa concezione del diritto, in riferimento alla quale deve necessariamente essere individuata la categoria professionale dei giuristi con il relativo corredo di compiti specifici, si deve dubitare della reale possibilità

precipuo di ogni scienza è quello di fornire criteri idonei a distinguere metodi di conoscenza corretti da quelli che corretti non sono<sup>19</sup>.

La scienza giuridica non si può, infatti, limitare a registrare ciò che i giuristi fanno, appiattendosi altrimenti sulla prassi, ma deve poter dire anche, e soprattutto, se ciò che i giuristi fanno è ciò che dovrebbero fare alla stregua dei canoni logici propri della scienza giuridica. A maggior ragione se i metodi interpretativi formalmente proclamati o concretamente praticati dai giuristi teorici e pratici risultano essere estremamente diversificati.

2. Purtroppo, però, una tale rigorosa pretesa è destinata infrangersi contro il muro costituito dal fatto che ogni discorso scientifico attorno al diritto si interseca inestricabilmente con quello ideologico. Circostanza che riguarda la stessa rivendicazione del primato della teoria (e, quindi, della dottrina) sulla prassi (e, quindi, sulla giurisprudenza). Stabilire, infatti, a chi spetti decidere cosa il diritto sia, significa anche in qualche modo stabilire a chi spetti decidere cosa la società debba essere, essendo il diritto il principale strumento di controllo sociale<sup>20</sup>. Come si avverte nitidamente con riguardo al problema della determinazione del sistema delle fonti del diritto, che è oggetto di queste riflessioni. Questione, appunto, di teoria generale ma niente affatto esclusivamente tecnica e neutrale, implicando un problema squisitamente politico: chi possa vantare, in via esclusiva o prevalente, il potere di disporre le regole di condotta vincolanti di una determinata comunità.

Lo stretto legame tra concezioni politiche e teorizzazioni giuridiche spiega, del resto, agevolmente la ragione per cui la cultura giuridica che ha accompagnato l'edificazione degli Stati moderni dell'Europa continentale ha minimizzato il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del sistema giuridico.

Basti pensare che l'idea del giudice come mera «*bocca della legge*», secondo l'espressione coniata da Montesquieu<sup>21</sup>, che nasce come pilastro della monarchia costituzionale, viene subito sostenuta con forza dai giacobini nel corso della Rivoluzione francese e si consolida a seguito della codificazione napoleonica, ha chiaramente assecondato il processo di accentramento territoriale del potere politico-amministrativo nel frattempo in atto. Processo che culmina, appunto, con il varo del

---

di una metagiurisprudenza puramente descrittiva. V., infatti, in questo senso, T. GRECO, *Può esistere una meta giurisprudenza descrittiva? Ancora su Il diritto inesistente di Mario Jori*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 13, 2013, p. 791 ss.

<sup>19</sup> Per una puntale critica alla tendenza a ridurre il diritto a quel che è nella prassi v., infatti, P. PERLINGIERI, *Prefazione a L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. XI.

<sup>20</sup> R.C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Milano, 1991, spec. p. 62.

<sup>21</sup> C. DE SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), I. XI, cap. VI, ed. Paris, 1961, I, p. 171.

*Code Civil*, che, ponendo fine ad ogni fonte normativa diversa dalla legge (diritto romano, ordinanze regie, consuetudini ecc.), realizza l'unificazione del diritto e, con esso, la sottoposizione dei cittadini ad un unico potere: quello dello Stato.

Divenuto il diritto monopolio dello Stato, cioè delle forze politiche detentrici del potere legislativo, si afferma la convinzione che il diritto sia funzione del potere politico. Convincimento che genera per forza di cose la conseguente pretesa nei detentori del potere politico non soltanto di non avere limiti nell'esercizio del potere legislativo, ma anche di accertare che le leggi emanate siano effettivamente applicate secondo le proprie intenzioni<sup>22</sup>.

Nell'ambito di questa concezione del rapporto tra Stato (ovvero, potere politico) e diritto, è del tutto evidente che il ruolo del giudice non può che essere quello del mero esecutore della volontà del legislatore, dalla quale non gli è consentito discostarsi. Finché la legge non attribuisce al giudice i poteri del pretore romano, si legge in un autorevole manuale dell'inizio del '900, si avrà un solo sistema di interpretazione, quello "logico"<sup>23</sup>. In adesione, quindi, ai dettami della Scuola dell'esegesi<sup>24</sup>, espressione adottata per indicare i giuristi impegnati ad illustrare il contenuto del codice napoleonico attraverso la tecnica del commento, quanto più possibile rispettoso del significato letterale, articolo per articolo.

In Germania si era, in verità, sviluppata una concezione del diritto radicalmente diversa per merito della scuola storica di Carl Savigny<sup>25</sup> e Georg Friedrich Puchta<sup>26</sup>, secondo la quale il fondamento dell'ordine giuridico non risiede nell'atto di volontà di chi detiene il potere politico, ma consiste nello sviluppo continuo ed organico di un popolo, che trova nella dottrina giuridica l'espressione più autentica del suo spirito e della propria identità etico-sociale. E' bene peraltro sottolineare che in una tale visione veniva esaltato il ruolo della scienza giuridica nella creazione dell'ordine giuridico a

<sup>22</sup> Significativa è, in tal senso, la legge del 22 ventoso anno XII (13 marzo 1804), con la quale si prescriveva che lo svolgimento dell'insegnamento civilistico dovesse seguire un'esposizione «secondo l'ordine stabilito dal codice».

<sup>23</sup> N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, terza ed. riveduta da L. Coviello, Milano, 1924, p. 92.

<sup>24</sup> Definizione dovuta a J. BONNECASE, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, Paris, 2e éd., 1924. Il metodo esegetico, ponendo "*le texte avant tout*", si contrappone dichiaratamente a quello dogmatico. Esplicativa è in proposito l'affermazione del giurista Jean-Joseph Bugnet (1794-1866), indicato da Bonnecase come uno dei padri fondatori della Scuola e da lui stesso riferita (J. BONNECASE, o.c., p. 128): «*Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code civil*». In favore di una riconsiderazione del metodo esegetico si è pronunciato in epoca moderna N. IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, in *Giust. civ.*, 1982, p. 65 ss. Analogamente in Francia, P. REMY, *Eloge de l'exégèse*, in *Droits*, n. 1, 1985, p. 115 ss.

<sup>25</sup> C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 1840-1849.

<sup>26</sup> G.F. PUCHTA *Corso di Istituzioni*, Leipzig, 1841-1847.

detrimento sì di quello del legislatore<sup>27</sup>, ma anche di quello del giudice, al quale si chiedeva di essere ad essa fedele nello svolgimento della propria attività pratica, attività che era, quindi, comunque concepita come quella di semplice esecuzione di direttive da altri determinate<sup>28</sup>.

In ogni caso, la concezione storicistica del diritto perderà rapidamente forza attrattiva con la codificazione tedesca del 1900, che, come già il codice napoleonico aveva fatto in Francia, unificherà l'ordinamento giuridico all'insegna della preminenza assoluta della legge.

Anche grazie all'influenza della codificazione tedesca la concezione positivista del diritto diverrà, infatti, ben presto predominante in ambito continentale, prevalendo sia sulle teorie istituzionali maturate in Francia<sup>29</sup> ed Italia<sup>30</sup>, secondo le quali il diritto è fondamentalmente struttura organizzata della società<sup>31</sup>, sia sulle riflessioni teoriche prodotte in Germania dal movimento culturale noto come del "diritto libero"<sup>32</sup>. Movimento piuttosto variegato, tanto che entro quest'ambito sono generalmente collocati anche i sostenitori della giurisprudenza degli interessi<sup>33</sup> e della giurisprudenza

<sup>27</sup> Sul carattere conservatore della concezione storicistica del diritto, orientata di fatto a giustificare lo *status quo* in contrapposizione alle istanze rivoluzionarie e liberali, cfr. W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Milano, 1974, p. 43 s.

<sup>28</sup> Linea di pensiero che porterà ad individuare nella scienza giuridica l'"unica vera fonte del diritto" (G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), a cura di P. Piovanì, Milano 1962, p. 211).

<sup>29</sup> M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (1925), trad. a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, 1967, p. 5: "nel diritto, come nella storia, la categoria della durata, della continuità e del reale, l'operazione della sua fondazione costituisce il fondamento giuridico della società e dello Stato". Il fondamento istituzionale del diritto si trova, peraltro, già espressa in opere precedenti. Cfr., in particolare, ID., *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896; ID., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916 (prima ed. 1910). Per uno sviluppo della teoria, cfr. G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930.

<sup>30</sup> Per opera di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917-1918), Firenze, 1946, spec. pp. 15 e 25 ss., cui si deve anche la formulazione del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici. Secondo tale a., infatti, "il diritto, prima di essere norma, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante", sì che ogni "ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico", con la conseguenza che "ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni". Va sottolineato al riguardo che, per quanto si ritenga generalmente che l'istituzionalismo romaniano tragga origine da quello di Hauriou, sembra più corretto ritenere che il pensiero di Romano non sia stato influenzato dall'opera di Hauriou (v., infatti, le considerazioni di V.E. ORLANDO, *Santi Romano e la Scuola italiana di diritto pubblico*, Modena, Pubblicazioni dell'Università di Modena, 1948, p. 20), quanto piuttosto dal quella di O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 Bde., Berlin, 1868-1913, come lo stesso Romano afferma (*L'ordinamento giuridico*, cit., p. 131 ss.).

<sup>31</sup> Questo è il dato comune delle due teorie, che divergono, peraltro, per un aspetto fondamentale: mentre per Hauriou l'istituzione è fonte del diritto, per Romano è diritto essa stessa, poiché ogni fonte di diritto non può non essere essa stessa espressione di diritto.

<sup>32</sup> Che annoverò, tra gli esponenti più significativi, O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885; E. FUCHS, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907; H. KANTORÓWICZ, cui si deve, sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius, il manifesto della "Freirechtsbewegung": *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, tradotto in italiano da R. Majetti (*La lotta per la scienza del diritto*, Milano, 1908). Idee simili erano sostenute in Francia da F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, 1919 (prima ed. 1899).

<sup>33</sup> R. JHERING, *Lo scopo del diritto* (1877), trad. it. di M.G. Losano, Torino, 1972; P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Arch. civ. Pr.*, 112 (1914), p. 1 ss.; M. VON RÜMELIN, *Die Gerechtigkeit. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 7. Noveinber 1921*, Tübingen,

sociologica<sup>34</sup>, ma unito dall'idea di fondo secondo la quale la legislazione non esaurisce il diritto, attingendo necessariamente il giudice, nel momento in cui interpreta ed applica la legge, a criteri valutativi extralegali<sup>35</sup>.

In area continentale tale convinzione rimarrà, peraltro, a lungo marginale, prevalendo largamente il favore per la teoria normativistica elaborata da Hans Kelsen<sup>36</sup>, del quale è rimasta famosa un'accesa polemica con Eugene Ehrlich<sup>37</sup>. Teoria che, com'è noto, facendo derivare la validità dell'ordinamento non dall'esercizio di un potere "sovrano", bensì da una norma ipotetica (*Grundnorm*), si propone come "pura", in quanto "depurata da ogni ideologia e da ogni elemento scientifico-naturalistico".

Separato dal mondo dei fatti, il diritto oggettivo si riduce, nella concezione kelseniana, ad un insieme di norme di carattere coattivo, espressive di comandi o qualificazioni di comportamenti, il cui significato è ricavabile attraverso l'impiego di procedimenti meramente logici e, in particolare, attraverso l'analisi del linguaggio.

Il giurista, quindi, seguendo l'ideale dell'assoluta autonomia e avalutatività che deve caratterizzare ogni attività di conoscenza che voglia definirsi scientifica<sup>38</sup>, dovrebbe limitarsi a esplicitare il contenuto delle norme che regolano la condotta umana e la cui validità è dedotta dalla norma fondamentale, senza curarsi del contesto politico-sociale che tali norme ha effettivamente prodotto e sul quale le stesse norme sono destinate ad operare. Alla scienza giuridica sarebbe, in questo senso, affidato unicamente il compito di controllare la razionalità del metodo dogmatico, verificando

1921; H. STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, in *Festschrift für Heck, Rümelin, Schmidt*, Tübingen, 1931, p. 60 ss. A questa concezione, che individua il significato di ogni norma nella sostanza degli interessi sociali di cui la comunità giuridica persegue la tutela, si rifà A. FALZEA, o.c., p. 500, ma con l'importante precisazione che l'aspetto sostanzialistico del diritto (scopo) deve coniugarsi con il profilo formale (norma), sì che il diritto deve essere inteso come "insieme degli interessi sociali derivanti dalla vita comune congiunto all'insieme dei valori dell'azione umana orientati alla loro realizzazione, manifestati socialmente e evidenziati oggettivamente dalla esperienza comune e dalla comune cultura".

<sup>34</sup> E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto* (1913), trad. it. di A. Febbrajo, Milano, 1976.

<sup>35</sup> In questa prospettiva sembra poter inserire, seppur caratterizzato da note di originalità, l'insegnamento di E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 142 s., secondo cui l'interpretazione giudica non si esaurisce mai in una ripetizione meccanica o in una traduzione letterale delle norme astratte e, dunque, in una pura e semplice "sussunzione" ad esse dei casi da decidere, avendo il compito di <<vivificare mediante un incessante ripensamento, di aggiornare e di rimettere a nuovo – seguendo passo passo il moto perenne della vita sociale – le espressioni e le formulazioni sorpassate, conferendo loro quel valore che, senza distaccarsi e prescindere dal significato originario, sia meglio conforme alle esigenze dell'attualità nella cornice del sistema>>. Il rispetto dovuto al testo della disposizione normativa imporrebbe, peraltro, di attribuire carattere essenzialmente ricognitivo all'attività interpretativa, trattandosi non di creatività autonoma, originaria e libera, ma <<di un ricreare subordinato, derivato, vincolato ad una oggettività (alterità) irriducibile: quella del precetto da interpretare, inquadrato nell'ordine giuridico di cui è parte>>. Per l'inevitabile incidenza dei giudizi extralegali sull'attività interpretativa v., peraltro, in termini più netti, L. CAIANI, *I giudizi di valori nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1956.

<sup>36</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1934), traduzione di R. Treves, Torino, 1956.

<sup>37</sup> Che si può ora leggere in *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. Febbrajo, Milano, 2010.

<sup>38</sup> Secondo la nota posizione di M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, (1922), Torino, 1958, p. 332 ss.

la coerenza delle operazioni che regolano la discussione sulle affermazioni di validità relative a proposizioni giuridiche vigenti all'interno di un determinato ordinamento giuridico, considerato nella purezza della sua forma.

Ne consegue che l'attività interpretativa, sia essa opera del giurista teorico o pratico, viene confinata ai margini della costruzione dell'ordinamento giuridico, avendo null'altro che il compito di enucleare proposizioni giuridiche valide relative a casi ipotetici pensati come reali (fattispecie astratte), al cui verificarsi in concreto (fattispecie concreta) si determina l'effetto voluto dal legislatore.

3. L'opinione espressa da Ehrlich<sup>39</sup>, secondo cui il “centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, né nella scienza giuridica, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa”, sembra, peraltro, in sintonia con il modo di intendere il diritto nella cultura giuridica di *common law*, nella quale, per una consolidata convinzione che affonda le proprie radici nel medioevo<sup>40</sup>, il diritto è considerato, per l'appunto, un fenomeno indipendente ed autonomo dalla politica<sup>41</sup>, ritenendosi, in particolare, che la legge, in quanto radicata nelle consuetudini popolari di cui i giudici si fanno interpreti, preceda la politica. Ciò spiega la preminenza accordata al precedente giudiziario (*stare decisis*) rispetto al diritto statuito (*statute law*): il giudice è tenuto ad applicare innanzi tutto i principi di diritto rinvenibili nella prassi giuridica consolidatasi nel tempo piuttosto che l'atto discrezionale del Re, ovvero del detentore del potere politico. Il principio di legalità (*rule of Law*) assume, quindi, i caratteri del primato del diritto e non della legge<sup>42</sup>.

Alla luce della vincolatività del precedente appare, in ogni caso, evidente che nei sistemi di *common law* la legge riveste valore normativo soltanto nel significato che ad essa ha attribuito il giudice. Circostanza che ha indotto a teorizzare che i testi legislativi non sono in sé diritto, ma mere fonti del diritto<sup>43</sup>.

Va infine ricordato che la considerazione del giudice come creatore del diritto è comune a tutte le concezioni realistiche del diritto elaborate, tra la fine dell'Ottocento

---

<sup>39</sup> E. EHRLICH, *o.c.*, p. 13.

<sup>40</sup> HENRY DE BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, databile intorno al 1235.

<sup>41</sup> WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769.

<sup>42</sup> In consonanza, merita ancora di essere sottolineato, con talune posizioni presenti nel movimento del diritto libero e, in particolare, con la posizione di Kantorowicz, secondo cui prima del diritto statale esiste il diritto libero, prodotto dall'opinione giuridica dei membri della società, dalle sentenze dei giudici e dalla scienza giuridica. Cfr., infatti, H. KANTOROWICZ, *o.c.*, spec. p. 18.

<sup>43</sup> J.C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Boston, 1902, p. 276.

e gli inizi del Novecento, in ambiente scandinavo (c.d. Scuola di Uppsala)<sup>44</sup> e, con una propria peculiarità, in quello nordamericano<sup>45</sup>. Tali concezioni, pur tra loro molto diversificate, si caratterizzano tutte per l'attenzione posta sul complesso delle decisioni concrete dei giudici piuttosto che sui concetti e sui metodi delle dottrine formalistiche, nella convinzione che le norme giuridiche, se non ricevono effettiva applicazione nei tribunali, restano formule vuote. Si riconosce, inoltre, che il diritto è chiamato a svolgere una precisa ed essenziale funzione sociale, nell'ambito della quale la logica giuridica riveste carattere sussidiario rispetto alla ragione pratica, ovvero a considerazioni di politica sociale. Non si dubita, quindi, che il giudice non soltanto crei diritto ma che lo faccia interpretando le leggi e i precedenti nel modo più adatto per raggiungere quella che secondo il proprio giudizio è la decisione più consona alle esigenze sociali.

4. La contrapposizione tra ordinamenti di *civil* e di *common law* è, tuttavia, divenuta da tempo più formale che sostanziale. Al di là, infatti, della vincolatività dei precedenti che caratterizza gli ordinamenti di *common law*, soltanto a voler ostinarsi a non vedere la realtà si può ritenere che l'attività interpretativa dei giudici di *civil law* sia di carattere meramente cognitivo e non dia, invece, un contributo originale alla creazione del diritto<sup>46</sup>. Basti pensare, per quanto riguarda specificamente l'esperienza italiana, all'impiego sempre più incisivo fatto anche dalla giurisprudenza di legittimità di clausole generali come quella di buona fede<sup>47</sup> e di principi di elaborazione

<sup>44</sup> AXEL HÄGERSTRÖM, *Stato e diritto*, 1904; ID., *Sul problema del concetto di diritto oggettivo*, 1917; V. LUNDSTEDT, *La non scientificità della scienza giuridica*, 1932-1936; K. OLIVERCRONA, *Law as Fact*, Munksgaard, Copenhagen, 1939; A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. a cura di G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1965.

<sup>45</sup> O.W. HOLMES, *The Common Law*, 1881; R. POUND, *Introduction to the philosophy of law* (1922; trad. it. 1963); J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1930; K. LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, 1962.

<sup>46</sup> Per il carattere creativo dell'interpretazione si pronuncia da tempo la migliore dottrina italiana. Cfr., tra gli altri, G. CAPOGRASSI, *Prefazione a "La certezza del diritto" di Flavio López de Oñate* (1950), in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 87; T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia* (1955), in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 14; ID., *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), *ivi*, p. 71 ss.; S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 68; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, p. 2 ss.; L. MENGONI, *Dogmatica giuridica* (1989), in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 42; A. FALZEA, *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)* (1996), in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 667; P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 65; ID., *Introduzione a «La comprensione dei testi giuridici» di Joachim Hruschka* (1983), in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 185; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006., p. 566 ss.; P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità* (2000), in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 73; ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 110 ss.; G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1261; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giurisprudenziale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss.

<sup>47</sup> V., ad esempio, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462; Cass., 8 aprile 2014, n. 8153; nonché Cass., 3 marzo 2015, n. 4228, in *Riv. es. forz.*, n. 3/2015, p. 457 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Frazionamento del credito, abuso del processo e interesse a proporre l'azione esecutiva*; in *Il giusto proc. civ.* 2015, 929 ss., con nota di G. COSTANTINO, *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo (note a margine di Cass. 3 marzo 2015, n. 4228)*, la

eminentemente dottrinale come il divieto di abuso del diritto<sup>48</sup>, di strumenti, cioè, che consentono di adeguare il vincolo formale della fattispecie astratta alle esigenze sostanziali di giustizia del caso concreto.

Non sembra superfluo evidenziare al riguardo che proprio nella presenza di clausole generali il movimento del diritto libero individuava la prova più chiara dell'incompletezza del diritto statuale, ritenendo che la loro applicazione consentisse all'opera creativa della magistratura di allentare la rigidità del tessuto normativo per adeguarlo alla storia e alle consuetudini del popolo. Suscitando, ovviamente, accese reazioni critiche da parte dei giuspositivisti<sup>49</sup>.

Di fatti, come evitare che l'uso dei principi e delle clausole generali degeneri in arbitrio del giudice è un problema di teoria dell'interpretazione tutt'ora attuale<sup>50</sup>, dimostrando l'esperienza storica che la clausola generale è stata utilizzata anche per giustificare soluzioni giurisprudenziali aberranti, quale quella di ritenere, nella Germania nazista, giusta causa di risoluzione del contratto di locazione l'appartenenza del conduttore alla razza ebraica<sup>51</sup>.

5. Con sguardo retrospettivo, appare comunque evidente che il ruolo creativo della giurisprudenza si è fortemente accresciuto, oltre che per effetto dell'incalzare della

---

quale ha ritenuto che in tema di procedimento esecutivo, qualora il credito, di natura esclusivamente patrimoniale, sia di entità economica oggettivamente minima, difetta, ex art. 100 c.p.c., l'interesse a promuovere l'espropriazione forzata, dovendosi escludere che ne derivi la violazione dell'art. 24 Cost., in quanto la tutela del diritto di azione va temperata, per esplicita od anche implicita disposizione di legge, con le regole di correttezza e buona fede, nonché con i principi del giusto processo e della durata ragionevole dei giudizi ex art. 111 Cost. e 6 CEDU. Apre, nell'ambito delle possibilità interpretative offerte dalle clausole generali dell'ordinamento, ad una concezione di «giurisprudenza normativa quale autonoma fonte di diritto», Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con nota parzialmente critica di F. DI CIOMMO, "Giurisprudenza- normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano.

<sup>48</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106. Per la definizione in materia tributaria della nozione di abuso del diritto in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato v., da ultimo, in senso favorevole al contribuente, Cass., Sez. Trib., ord., 16 novembre 2015, n. 23416, nonché, in applicazione dei medesimi principi, ma in questo caso in senso sfavorevole al contribuente, Cass., Sez. Trib., 6 marzo 2015, n. 4561. Va, comunque, ricordato che il 1 ottobre 2015 è entrata in vigore nel nostro ordinamento la disciplina dell'abuso di diritto in materia fiscale, regolata nell'art. 10 bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, introdotto dal d. lgs. 5 agosto 2015, n. 128. Individua, da ultimo, abuso del diritto della garanzia patrimoniale in danno del debitore e, dunque, la responsabilità del creditore ex art. 96, comma 2, c.p.c., quando non ha usato la normale diligenza nell'iscrivere ipoteca sui beni per un valore proporzionato rispetto al credito garantito, secondo i parametri individuati nella legge (artt. 2875 e 2876 c.c.) e risulti accertata l'inesistenza del diritto per cui è stata iscritta ipoteca giudiziale, Cass., 5 aprile 2016, n. 6533.

<sup>49</sup> F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, III, p. 490; J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in der Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1933.

<sup>50</sup> Cfr., al riguardo, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, spec. pp. 33 ss. e 81 ss.

<sup>51</sup> A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto civ.*, II, Utet, Torino, 1988, p. 406.

complessità del mondo globalizzato, anche per l'avvento del costituzionalismo<sup>52</sup>, che ha sostanzialmente posto fine al primato della legge quale fonte di produzione del diritto.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, infatti, l'obbligo di fedeltà alla legge è divenuto per il giudice obbligo di fedeltà innanzi tutto ai principi costituzionali, essendo questi dotati di una forza normativa e assiologica superiore alla legge ordinaria<sup>53</sup>. Ciò che ha comportato la necessità di intendere in modo radicalmente diverso dal passato la tecnica interpretativa delle disposizioni giuridiche, legata, nella concezione positivista del diritto, al paradigma logico-deduttivo del sillogismo giuridico, in quanto la carta costituzionale contiene essenzialmente principi e non regole<sup>54</sup>. Principi che, per di più, costituiscono espressione di valori etico-politici e si prestano, dunque, a valutazioni non soltanto variamente graduate in relazione alle circostanze concrete ma anche largamente influenzate dall'orientamento culturale dell'interprete<sup>55</sup>. Con l'entrata in vigore della Costituzione, in altri termini, “svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo” e trova spazio “la realistica visione di un sistema in movimento e soggetto a continue evoluzioni”<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Termine qui utilizzato per indicare le correnti di pensiero orientate a ritenere che le costituzioni del '900 hanno prodotto una svolta profonda nel modo di concepire l'ordinamento giuridico, individuando nel rispetto dei diritti della persona umana il fondamento della legge (per più ampie considerazioni, v. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, spec. p. 160 ss.; ID., *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 295 ss.). Sembra opportuno sottolineare al riguardo che, determinando lo stato costituzionale di diritto la possibilità che vi siano leggi regolarmente vigenti, in quanto approvate nel pieno rispetto delle norme procedurali, ma invalide, avendo un contenuto contrario ai principi costituzionali, viene meno la possibilità di ancorare la certezza del diritto, impossibile da garantire in riferimento al contenuto di leggi, sempre più contingenti e mutevoli, unicamente ai modi di produzione delle leggi stesse, che secondo N. LUHMAN, *Sociologia del diritto* (1972), trad. it. a cura di A. Febbrajo, Bari, 1978; ID., *Stato di diritto e sistema sociale* (1971), Napoli, 1978, p. 39 ss., ha determinato il passaggio dal diritto di natura al diritto positivo.

<sup>53</sup> Cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., *passim*.

<sup>54</sup> Sottolinea che “Il principio non è una proposizione giuridica che unisce, secondo il modello kelseniano della regola giuridica, una fattispecie ad una conseguenza giuridica: il principio enuncia in termini assoluti la tutela di un determinato bene (la libertà personale o la buona fede), il *favor* per un determinato interesse; perciò è la coniugazione del principio con il caso concreto che genera norme giuridiche applicabili in quanto tali, ossia le rende, per il giudice, *self-executing* («non-condizionate» da un'attività attuativa del legislatore ordinario)”, R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune, Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, 2013, n. 34, p. 222.

<sup>55</sup> Rileva incisivamente che la Costituzione, avendo introdotto un modo nuovo di intendere la positività del diritto, come conformità a criteri o misure di “diritto giusto”, implica inevitabilmente che i concetti sistematici utilizzati per dare veste giuridica ai rapporti sociali siano condizionati dall'evoluzione sociale della sensibilità ai valori, L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 74.

<sup>56</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 110. Ma, che l'ordinamento giuridico non è, ma si fa, per l'opera assidua dell'interprete era già sottolineato da E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 836.

In effetti, che i giudici di ogni ordine e grado<sup>57</sup> nell'applicare la legge debbano intenderla alla luce dei principi costituzionali è ormai un dato definitivamente acquisito dalla cultura giuridica. Ciò grazie, soprattutto, alla posizione assunta dalla stessa Corte costituzionale, da tempo fermamente orientata a rigettare o a dichiarare inammissibili le questioni prospettate senza il previo adempimento dell'obbligo di interpretazione della legge conforme a Costituzione<sup>58</sup>, ancorché, secondo il più recente indirizzo<sup>59</sup>, in presenza di una consolidata posizione giurisprudenziale (c.d. diritto vivente) sospetta di incostituzionalità<sup>60</sup>.

La rinuncia della Corte a ritenersi detentrica del monopolio interpretativo delle norme costituzionali non soltanto nega ogni cesura tra "l'ordine costituzionale" e "l'ordine legislativo"<sup>61</sup>, ma riconosce che la giurisdizione comune partecipa della stessa funzione di controllo della legalità costituzionale che le è propria, pur se caratterizzata da poteri diversi<sup>62</sup>. Con l'ulteriore quanto inevitabile corollario che, concorrendo le norme costituzionali alla costruzione dell'ordinamento giuridico (in funzione della risoluzione del) caso concreto, la teorizzazione di un metodo interpretativo delle norme

---

<sup>57</sup> Anche quando il giudice remittente siano le Sezioni Unite della Cassazione (Corte cost., ord. , 19 ottobre 2001, n. 338).

<sup>58</sup> L'interpretazione conforme nasce con le sentenze interpretative con le quali il Giudice costituzionale ha operato una interpretazione o reinterpretazione della legge oggetto della eccezione di costituzionalità senza essere vincolato alla lettura fatta in proposito dall'autorità giudiziaria rimettente (Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956, p. 602; Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 1, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1). Si configura, peraltro, come costituzionalmente imposta al giudice soltanto a partire dalla decisione della Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3096, secondo cui "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali", inaugurando un orientamento che non sarà più messo in discussione (v., tra le altre, Corte cost., ord., 24 maggio 2000, n. 158; Corte cost., ord., 16 novembre 2001, n. 367; Corte cost., ord. 30 gennaio 2002, n. 3, in *Giur. cost.*, 2002, p. 29, con nota di A. CARDONE, *Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice del giudice a quo*). Per un esame approfondito della problematica, cfr., per tutti, O. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, p. 683 ss.; nonché G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *www.federalismi.it*, 17/2011, p. 1 ss.

<sup>59</sup> In merito al quale cfr. le notazioni critiche di V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per "insufficiente sforzo interpretativo": una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 785 ss.

<sup>60</sup> In presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri di "diritto vivente", la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice remittente" (Corte cost., 12 marzo 2004, n. 91). Non così, tuttavia, il giudice del rinvio, che "è legittimato a sollevare dubbi di costituzionalità in base all'opzione interpretativa risultante dal principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, e ciò in quanto egli deve fare applicazione della norma nel significato attribuitole con la decisione di annullamento" (Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77; Corte cost., ord., 23 marzo 2011, n. 111).

<sup>61</sup> Superando così la concezione "bicefala" che pure si ritiene fosse prevalente tra i "padri costituenti". V., al riguardo, C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 160; M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, p. 501 ss.

<sup>62</sup> Cfr., P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 203. In senso conf., R. BIN, *L'applicazione diretta Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, p. 208.

costituzionali in contrapposizione al metodo interpretativo delle norme ordinarie risulta arbitraria<sup>63</sup>.

Si deve, dunque, prendere atto che il sistema di controllo di costituzionalità che caratterizza il nostro ordinamento, se mai fosse stato teoricamente configurabile come accentratore<sup>64</sup>, è ormai divenuto di fatto un sistema misto<sup>65</sup>, in quanto il potere esclusivo della Corte di dichiarare incostituzionali le leggi una volta accertata la loro non conformità al parametro costituzionale concorre con il potere diffuso di interpretazione/applicazione della Costituzione da parte dei giudici comuni<sup>66</sup>.

Una volta, peraltro, superata la concezione “bicefala” dell’ordinamento e, dunque, ricondotto ad unità, sembra difficile porre limiti al giudice comune nell’utilizzazione di ogni strumento ermeneutico che gli consenta, in coerenza con la supremazia della Costituzione, di pervenire alla soluzione del caso concreto ad essa più aderente mediante la disapplicazione della disposizione dal contenuto non conformabile senza il tramite della Corte costituzionale<sup>67</sup>. Il ventaglio delle possibilità è, com’è noto,

<sup>63</sup> Secondo quanto, invece, sostenuto da A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli 2008, p. 367 ss.; ID., *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3251 ss. In senso contrario, R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, *ivi*, p. 1373 ss.; ID., *Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 743 ss.; nonché, in prospettiva diversa, F. PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, Torino, 2009, p. 13 ss.

<sup>64</sup> Che alla Corte costituzionale non spetti “in modo esclusivo di risolvere le questioni relative alla compatibilità di una disposizione legislativa con le norme costituzionali”, riguardando l’esclusività solo “lo stabilire la incompatibilità di una disposizione di legge con tali norme” è, infatti, opinione espressa già da C. ESPOSITO, *Nota senza titolo a Corte cost., sent. n. 46 del 1958* [ma nell’indice dell’annata 1958 compare il titolo “Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione della legge”], in *Giur. cost.*, 1958, p. 571. In senso analogo v. G. AZZARITI, *Discorso nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 878 ss.

<sup>65</sup> La tecnica dell’interpretazione conforme è stata, infatti, da tempo considerata come un importante elemento di acquisizione al nostro modello di giustizia costituzionale dei caratteri propri di quello diffuso. Cfr., in proposito, tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni cost.*, 1982, p. 527, secondo cui la sempre maggior importanza attribuita al carattere interpretativo delle pronunce rende meno rilevante la differenza di maggior rilievo che consente tuttora di contrapporre i sistemi europei a quello americano e che deriva dalla efficacia *erga omnes* delle decisioni di accoglimento; M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 34; M. ARAGON REYES, *L’interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal constitucional e la sua forza vincolante*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, p. 52 ss..

<sup>66</sup> Discorre, precisamente, di “un sistema diffuso di interpretazione/applicazione della Costituzione all’interno di un sistema accentratore di costituzionalità, con un’impronta fortemente collaborativa”, G. LANEVE, *o.c.*, p. 35, il quale, peraltro, ritiene che il sistema possa operare soltanto se i giudici comuni accettino di non portare il tentativo di interpretazione conforme oltre il limite dell’univoco tenore della norma. Nello stesso senso, E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, p. 1843, sebbene propenso a concedere maggiore discrezionalità al giudice comune nell’utilizzo dell’interpretazione conforme.

<sup>67</sup> E. LAMARQUE, *o.c.*, p. 1854, per la quale è importante che l’interpretazione conforme, anche “spinta”, basti che funzioni (*whatever works*): ogni giudice è in linea di principio abilitato a compiere operazioni anche molto ardite che arrivano a ignorare, stravolgere o ribaltare la nuda lettera della legge, allo scopo di adeguare la legge stessa al dettato costituzionale, alla sola condizione che l’operazione funzioni, e cioè sia sorretta da adeguata motivazione e assicuri alle parti una regolamentazione dei rapporti giuridici pendenti non incostituzionale.

estremamente ampio, spaziando dall'interpretazione antiletterale<sup>68</sup>, al superamento del divieto di interpretazione analogica<sup>69</sup>, al ricorso all'analogia *iuris* (cioè, ai principi costituzionali).

Del resto, è la stessa preminenza ordinamentale della Costituzione a rendere inevitabilmente il canone dell'interpretazione conforme il canone interpretativo primario, destinato a prevalere, quindi, non soltanto su quello letterale, a correggere il quale si può dire che sia, anzi, espressamente rivolto, ma anche su ogni altro<sup>70</sup>. Così, esemplificando, è chiaro che l'interpretazione conforme sia destinata a prevalere sul criterio teleologico, in quanto il fine ultimo di ogni legge non può che essere individuato nei principi della Costituzione; su quello della specialità, poiché nei principi fondamentali della Costituzione l'ordinamento ritrova la sua unitarietà; sui divieti di interpretazione analogica, poiché non possono considerarsi eccezionali norme che attuino principi costituzionali e, comunque, perché l'eccezionalità della norma non può configgere con il principio costituzionale di eguaglianza formale e sostanziale. Il che vale quanto dire che con l'avvento della Costituzione i canoni legali di interpretazione di cui all'art. 12 disp. prel. c.c. sono divenuti del tutto irrilevanti<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> V., ad esempio, Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2010, n. 4309, che, in conformità del principio del giusto processo, ha interpretato l'art. 269 c.p.c. - che distingue tra chiamata del terzo da parte dell'attore e da parte del convenuto, prescrivendo l'autorizzazione del giudice per la sola chiamata a istanza del primo - nel senso di ritenere che - in un'ottica di economia processuale - anche la chiamata da parte del convenuto deve essere autorizzata dal giudice; Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, la quale ha ritenuto che l'art. 37, comma 1, c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione può essere eccepito in ogni stato e grado del giudizio, debba essere interpretato nel senso che consente di eccepire il difetto di giurisdizione soltanto nei primi due gradi di giudizio e mai per la prima volta in Cassazione in quanto, nell'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, la norma "non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito".

<sup>69</sup> Emblematica è, al riguardo, la decisione sul "caso Drassich" di Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807. Interessante è anche Corte cost., 5 giugno 2003, n. 198, in *Giur. cost.*, 2003, 1520, la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 1, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ritenendo che la norma, nel consentire il permesso di soggiorno ai minori stranieri dati in affidamento, debba intendersi interpretativamente riferita anche ai minori stranieri sottoposti a tutela ai sensi degli art. 343 ss. c.c.

<sup>70</sup> E' la stessa Corte cost., 20 aprile 2000, n. 113, ad erigere l'interpretazione conforme a "canone ermeneutico preminente", che trova il suo fondamento nel "principio di supremazia costituzionale". Vengono così giustamente le opinioni orientate a considerare le disposizioni preliminari al codice civile in tema di interpretazione della legge in generale di valore costituzionale (G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 132, nota 40) o, addirittura, sovraordinate alla Costituzione (R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, Bologna-Roma, 1974, p. 253 ss.). In senso favorevole ad una "lettura dell'interpretazione conforme in una prospettiva dinamica e di rigenerazione reciproca del rapporto Costituzione-legge, un'interpretazione che ben può dirsi sistematica, giacché trova la sua ragione di fondo nella supremazia costituzionale, da intendersi non solo come Rango superiore, bensì come pervasività indiscussa dei suoi principi all'interno dell'ordinamento", si esprime G. LANEVE, *o.c.*, p. 11. V. anche, in prospettiva analoga, M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3418 ss.

<sup>71</sup> V., in questo senso, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in

A ciò si deve aggiungere che, seppur è in linea astratta corretto ritenere che l'interpretazione della disposizione è altro dallo stravolgimento del suo contenuto, in concreto è difficile stabilire il limite al di là del quale l'interpretazione della disposizione, da semplicemente adattativa - e, dunque, comunque manipolativa del suo tenore letterale - diviene arbitraria, costituendo un inammissibile tradimento della sua portata semantica. Tanto più qualora si consideri che la stessa Corte costituzionale, con le decisioni interpretative di rigetto, riconduce nell'alveo dell'attività interpretativa l'attribuzione al disposto normativo impugnato di significati chiaramente diversi dal suo tenore letterale<sup>72</sup>, tanto da meritare la definizione di sentenze-leggi<sup>73</sup>.

Difficile è, dunque, pensare che la possibilità per il giudice comune di risolvere direttamente ogni problema di costituzionalità della legge in via interpretativa, senza, quindi, sollecitare l'intervento della Consulta<sup>74</sup>, possa essere efficacemente arginata dal prevalente orientamento della giurisprudenza costituzionale che, analogamente a quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'UE<sup>75</sup>, ravvisa nel contrasto con la lettera della disposizione il limite dell'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>76</sup>. Ciò, innanzi tutto, per la semplice ragione che è pur sempre il giudice comune a decidere quale sia il grado di elasticità dell'enunciato della disposizione di legge<sup>77</sup>. Inoltre, e soprattutto, perché anche quando decidesse che il contenuto letterale di un testo normativo non si presti, per la sua univocità, ad essere conformato in via interpretativa, non mancherebbero al giudice soluzioni ermeneutiche alternative per far prevalere la legalità costituzionale sulla legalità legale. Postulando, in particolare, l'esistenza di una

---

*Rass. dir. civ.*, 1985, p. 1002 ss., secondo cui la norma si deve ritenere tacitamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

<sup>72</sup> Per un esame approfondito della problematica e ampi riferimenti casistici, cfr. O. ROMBOLI, *o.l.u.c.*

<sup>73</sup> L. CARLASSARE, *Perplexità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 191.

<sup>74</sup> Sottolinea il pericolo, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it.*, n. 16/2007, p. 9. Ritieni, tuttavia, che l'interpretazione conforme "rivaluta l'autonomia e l'indipendenza dei giudici stessi che, nella subordinazione alla legalità costituzionale riscoprono il loro vero ruolo, di rilevanza costituzionale e, come tale, non bisognoso di alcun avallo e garantito persino nei confronti del Giudice delle leggi", P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *L'interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di F. Femia, Napoli 2006, p. 40.

<sup>75</sup> CGCE, Grande camera, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, in *Guida dir.*, 2005, 26, p. 67.

<sup>76</sup> V. Corte cost., 23 luglio 2013, n. 231; Corte cost., 22 maggio 2013, n. 91; Corte cost., 22 novembre 2012, n. 258; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78. Diversamente, Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 343.

<sup>77</sup> Non mancano, di fatti, esempi di interpretazione conforme decisamente antiletterali. Emblematica è, in tal senso, Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, la quale ha ritenuto che l'art. 37, comma 1, c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione può essere eccepito in ogni stato e grado del giudizio, debba essere interpretato nel senso che consente di eccepire il difetto di giurisdizione soltanto nei primi due gradi di giudizio e mai per la prima volta in Cassazione in quanto, nell'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, la norma "non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito".

lacuna “assiologica” (cioè l’assenza di una norma adeguata alla soluzione del caso concreto), da colmare con il ricorso all’analogia *legis* o *iuris*, se non all’applicazione diretta dei principi costituzionali. Emblematica è, in questo senso, la decisione della Cassazione sul caso Englaro<sup>78</sup>, che dimostra quanto ampia sia la possibilità di integrare e/o modificare il sistema legislativo invocando i principi costituzionali.

Del resto, se è indubitabile che i giudici comuni concorrono con la Costituzione a dare attuazione della legalità costituzionale, risulta inevitabile che lo svolgimento di un tale compito non sia limitabile all’interpretazione conforme a Costituzione delle norme ordinarie e al rinvio pregiudiziale, concernendo anche l’applicazione diretta delle norme costituzionali (e dei principi da esse implicitamente ricavabili) in presenza di una lacuna legislativa<sup>79</sup>. Per le medesime ragioni sottese all’interpretazione conforme: il carattere “precettivo” delle norme costituzionali e l’unitarietà dell’ordinamento, al vertice delle cui fonti è collocata la Costituzione.

Non resta, dunque, che prendere atto che il compito di dare effettività alla Costituzione è ormai affidato più ai giudici comuni che alla Corte costituzionale, alla quale di “esclusivo” è rimasto soltanto l’efficacia *erga omnes* delle sue sentenze di accoglimento<sup>80</sup>. Per scelta, occorre sottolineare, consapevole e lungimirante della stessa Corte costituzionale, che, rinunciando al monopolio interpretativo della Costituzione, ha indotto i giudici comuni a farne uso<sup>81</sup>, anche in via di applicazione diretta<sup>82</sup>, in ogni ambito dell’ordinamento<sup>83</sup>, nella ricerca del “miglior diritto possibile”<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. Particolarmente significativo è il seguente passaggio della motivazione, operato richiamando Corte cost., sentenza n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto: “Anche in tale situazione, pur a fronte dell’attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”.

<sup>79</sup> Possibilità apertamente sostenuta già da una mozione su “funzione giurisdizionale ed indirizzo politico della Costituzione” approvata al convegno dell’associazione nazionale magistrati, allora composta da soli magistrati di merito, svoltosi nel 1966 e che si può leggere in Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia – Gardone, 25-28 settembre 1965, Roma 1966, p. 309 ss. Ma, nell’ambito di una ben più approfondita riflessione, v., nel senso del testo, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss. Per una più recente riflessione sul problema dell’applicazione diretta delle norme costituzionali, v. R. BIN, *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, p. 201 ss.; nonché, F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell’applicazione diretta del testo costituzionale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, cit., 2165 ss.

<sup>80</sup> A. RUGGERI, A. SPATARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, p. 211.

<sup>81</sup> Merita di essere segnalata, in particolare, per l’incidenza che ha sul dogma dell’intangibilità dell’autonomia contrattuale, Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, che ha ritenuto inammissibile la questione di costituzionalità dell’art. 1385, comma 2, c.c., sollevato per contrasto con l’art. 3 Cost., sotto il profilo della “irragionevolezza”, intesa come “intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità”, nella parte in cui “non dispone che – nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l’altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l’ha ricevuta, l’altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra – il giudice possa

Con la conseguenza, per quanto qui più interessa, che la certezza del diritto passa essenzialmente per la possibilità di individuare limiti al potere creativo del giudice comune nell'interpretazione della Costituzione. Problema sul quale si tornerà in chiusura del presente lavoro.

6. Qui è opportuno sottolineare che il carattere valutativo dell'attività giudiziaria non riguarda soltanto il momento dell'individuazione della norma applicabile al fatto controverso, concernendo anche la stessa ricostruzione del caso da regolare.

Così come, infatti, la norma è il risultato dell'interpretazione della disposizione di legge, anche la fattispecie concreta da regolare non è un dato oggettivo che preesiste al processo interpretativo, essendo la sua definizione anch'essa affidata al giudice. Attraverso l'esercizio di una discrezionalità che va oltre quella insita nell'attività interpretativa delle norme di legge sostanziali e processuali, investendo la scelta e la valutazione degli elementi probatori, la decisione di avvalersi o no dei poteri istruttori d'ufficio<sup>85</sup>, nonché, ove ricorra la necessità o l'opportunità dell'indagine peritale, la scelta del professionista cui affidarla.

---

equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi. A parere della Consulta, infatti, il giudice rimettente non avrebbe tenuto conto adeguatamente dei "possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte", potendo il giudice, in casi come questo, rilevare *ex officio* la nullità ex art. 1418, 1° comma c.c., per contrasto con l'art. 2 Cost. (che impone un generico dovere di solidarietà sociale) in combinato disposto con il principio generale di buona fede". Non sono, peraltro, mancati commenti critici alla decisione. V., per tutti, G. D'AMICO, in *I Contratti*, 2014, p. 927 ss.

<sup>82</sup> Lo sottolinea A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, p. 37 s. Per un esempio particolarmente chiaro e piuttosto recente, Cass. civ., Sez. Un., 16 febbraio 2011, n. 3811, secondo la quale "dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del "paesaggio" (...)".

<sup>83</sup> Per quanto riguarda il diritto civile, v. l'ampia raccolta di decisioni contenuta in *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza. Crestomanzia di decisioni giuridiche*, a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, Napoli, 2012.

<sup>84</sup> L'espressione è tratta dalla seguente affermazione dell'allora presidente della Corte R. CHIEPPA, *La giustizia costituzionale nel 2002*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3180: "anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano a pieno titolo coinvolti, sia pure entro confini determinati, in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione. E lo stesso processo costituzionale finisce per configurarsi (...) come sede, in concreto, di formazione e di elaborazione del 'miglior diritto possibile'".

<sup>85</sup> G. FABBRINI, *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 723, il quale (p. 734) sottolinea il rischio che le iniziative probatorie del giudice possano compromettere la neutralità del giudice tra le due parti in conflitto, specie nel caso di "coesistenza tra poteri del giudice non limitati e poteri delle parti fortemente circoscritti da un sistema di preclusioni rigide"; E. FABIANI, *Poteri istruttori del giudice civile*, I. *Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, p. 709 ss.; S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2015, spec. p. 215 ss. Sul ruolo del contraddittorio nell'accertamento dei fatti, v., altresì, A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili* (1998), in *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 319 ss., secondo cui i giudici non constatano né creano i fatti ma ne scelgono una versione, esercitando una più accentuata discrezionalità nella qualificazione del fatto, qualora ritenga di discostarsi da quelle proposte dalle parti.

Neanche tale ultima opzione è, infatti, in sé neutrale, poiché nessun esperto, per esperienza professionale e metodo scientifico praticato, può essere considerato identico ad un altro, sì che è difficile pensare che essa non sia in qualche modo condizionata dalle convinzioni cui a quel momento il giudice è già pervenuto. Qualora, poi, la scelta del consulente tecnico cada su un professionista noto per essere sostenitore di una tesi scientifica minoritaria, sembra evidente che essa è fatta non tanto per acquisire elementi utili alla definizione del giudizio quanto per confermare una decisione già assunta dal giudice<sup>86</sup>. Come, del pari, appare innegabile che, nei casi in cui il sapere scientifico non risulti consolidato per la presenza di tesi contrastanti, con la scelta del consulente tecnico il giudice anticipa di fatto la propria decisione, poiché lui per primo sa che il libero convincimento che deve guidarlo nella valutazione degli elementi probatori ben difficilmente lo porterà a discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto l'esperto da lui stesso nominato<sup>87</sup>.

Questa evidente realtà è stata ottimamente rappresentata osservando che <<nel campo del diritto non si ha a che fare con “meri fatti”, come possono essere quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali o delle scienze sociali descrittive (come la sociologia nella sua forma più elementare), analizzabili in termini quantitativi, e comprensibili, quando si è in grado di comprenderli, alla stregua delle leggi di causalità: il diritto ha a che fare con “fatti umani”, comprensibili in tutt'altro modo, cioè secondo categorie di senso e di valore. I “fatti umani”, intesi nel loro senso e nel loro valore, forniscono all'interprete del diritto i “casi” da regolare giuridicamente e questi “casi” (...) sono densi di aspettative normative>><sup>88</sup>. Il “caso”, dunque, <<non è puro accadimento ma “accadimento problematico”. Così considerato, esso solleva interrogativi: precisamente gli interrogativi che devono risolversi attraverso una risposta giuridica. Il nudo fatto non è portatore di domande; comincia ad esserlo quando ha di fronte a sé qualcuno che ad esso deve “reagire” e questo “qualcuno” lo comprende (...) attribuendogli un “senso” o significato, per mezzo delle proprie *categorie di significato*, e un “valore”, per mezzo delle sue *categorie di valore*. Il fatto, allora diventa “caso” attraverso l'inevitabile *comprensione di significato e di valore* da parte di colui che è chiamato a dare risposte (...) in termini di diritto>><sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Emblematico è, in questo senso, la difformità di conclusioni cui perviene la giurisprudenza di merito a proposito del legame tra vaccini e autismo, che rispecchiano le diverse indicazioni espresse dai consulenti tecnici d'ufficio. Cfr., in particolare, la decisione favorevole a individuare nel vaccino la causa della malattia del Trib. Rimini, sez. lav., 15 marzo 2012, smentita da App. Bologna, sez. lav., 13 febbraio 2015.

<sup>87</sup> Il punto è incisivamente sottolineato da G. GENNARI, *Scienziati e giudici: l'incontro (im)possibile*, in *Medicina e Diritto*, 2010, 3, p. 7.

<sup>88</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 187.

<sup>89</sup> G. ZAGREBELSKY, *o.c.*, p. 191.

Se, dunque, il “caso” da risolvere non può essere inteso come “mero fatto”, ma va compreso come problema umano meritevole di tutela giuridica, non potendo il “mero fatto” esprimere alcuna esigenza di appropriata regolazione, ne consegue con ogni evidenza che la teoria sillogistica del ragionamento giudiziale, secondo cui il giudice, lungi dall’operare valutazioni o scelte, troverebbe la norma applicabile al caso concreto sulla base della sussunzione logica della premessa minore (fattispecie concreta) nella premessa maggiore (fattispecie astratta), si rivela del tutto inattendibile, occultando l’effettiva complessità dell’interpretazione giuridica. Del resto, è incontestabile che l’argomentazione sillogistica nulla dice sul modo attraverso il quale si perviene all’individuazione delle due premesse, che costituisce l’aspetto più essenziale dell’attività interpretativa<sup>90</sup>.

Si è parlato al riguardo di crisi<sup>91</sup> o eclisse<sup>92</sup> della fattispecie, ma, a ben vedere, si tratta semplicemente di prendere definitivamente atto che l’applicazione del diritto non si può ridurre all’argomento logico del tipo “se A, allora B”, dipendendo sempre la decisione del giudice circa la regola più appropriata da dare al caso concreto dalla previa valutazione della natura degli interessi concretamente in conflitto alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento<sup>93</sup>.

7. Un contributo decisivo alla comprensione dell’effettiva complessità dell’interpretazione giuridica più aderente alla realtà è stato certamente dato dalla filosofia ermeneutica<sup>94</sup>, che ha chiarito che ogni interpretazione ha andamento circolare e carattere necessariamente valutativo, potendo l’interprete pervenire al risultato dell’interpretazione soltanto passando attraverso una serie di “pre-comprensioni” o di “pre-giudizi”. Ciò in quanto la mente dell’interprete non è una *tabula rasa*, ma è carica di attese o di schemi di senso che orientano l’interpretazione. Con riguardo, in

---

<sup>90</sup> La convinzione che l’attività del giudice non si esaurisca nella conoscenza delle norme, implicando l’esercizio di un potere discrezionale che sfugge al controllo meramente formale è sottolineato, oltre che dalla dottrina citata *ante*, *sub* nota 46, anche dalla migliore dottrina processualcivilistica (S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 13a ed., Padova, 2000, p. XX-XXII: «la verità è che nel processo, cioè nell’atto in cui l’ordinamento si concreta, accanto ed al di sopra delle norme che lo regolano (e che sono poi quelle che, identificate con processo, consentono la riduzione a sistema e quindi la costruzione di una scienza) c’è qualcosa che non si lascia ridurre a norma. Questo qualcosa è precisamente il giudizio») e giusfilosofica (B. ROMANO, *La legge del testo: coalescenza di logos e nomos*, Torino 1999, p. 17: “Nel momento centrale della vita del diritto, che è il momento del giudizio, il riferimento alla legge giuridica, in quanto ‘testo’, è anche il riferimento a ciò che in essa non c’è, al giudizio appunto, che non è già contenuto in nessuna legge, pur trovando la ragione giuridica della sua legittimazione solonella legge e nel suo testo”).

<sup>91</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.; ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 67, ove si afferma che i confini del “conflitto” sottoposto a giudizio hanno perso nitidezza e forma, generando una “crisi della fattispecie” in cui le parti “non espongono fatti, ma agitano interessi e denunciano bisogni”;

<sup>92</sup> G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p. 67 ss.

<sup>93</sup> P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss.

<sup>94</sup> M. HEIDEGGER, *Essere e tempo* (1927), trad. it. di P. Chiodi, Milano, 1990, spec. p. 191 ss.; H.G. GADAMER, *Ermeneutica e metodica universale* (1971), trad. it. di U. Margiotta, Torino, 1973; ID., *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. Vattimo, Milano, 4° ed., 1987, spec. p. 331 ss.

particolare, ad un atto scritto, si osserva che il testo, benché ponga una domanda all'interprete, costituisce esso stesso la risposta a una domanda che lo precede e che deriva, in definitiva, dal medesimo processo storico-culturale cui testo e interprete appartengono e grazie al quale è possibile configurare un rapporto (dialogico) fra di loro. Questa situazione circolare, per cui ciò che si deve comprendere è già in parte compreso, è definita "circolo ermeneutico"<sup>95</sup>. Espressione che ben si presta a descrivere il modo in cui il giudice perviene all'individuazione della norma da applicare al caso concreto: dall'anticipazione di senso determinata dalla comprensione del caso l'interprete muove verso la ricerca della norma, per poi ritornare ancora al caso da regolare, seguendo un percorso che opera per approssimazioni successive, per progressive esclusioni, per continui aggiustamenti su entrambi i poli dell'attività interpretativa<sup>96</sup>.

Il circolo ermeneutico che conduce all'individuazione della norma da applicare al caso concreto è, dunque, aperto e chiuso dall'attività decisionale e niente affatto tecnica e neutrale dell'interprete, che muove dalla comprensione del fatto per cogliere il senso giuridico cui il testo della disposizione normativa rinvia, senso inevitabilmente condizionato dal complesso dei valori etici, morali, politici e religiosi in cui l'interprete stesso si riconosce<sup>97</sup>.

Viene in tal modo reso evidente il ruolo che svolge il fatto nel processo di costruzione della regola giuridica: "L'interesse, che con il fatto prende vita e si costituisce, è alla radice del diritto, è anzi la vera forza motrice di tutto il diritto, e appunto in funzione strumentale alla realizzazione di tale interesse stanno i valori di azione, ossia gli effetti giuridici, predisposti dal diritto"<sup>98</sup>.

La stessa giurisprudenza appare, del resto, pienamente consapevole che l'attività interpretativa proceda in questo modo quando sottolinea che "l'interesse dalla norma protetto – per la sua insopprimibile connotazione dinamica legata al suo esprimere una

<sup>95</sup> Nozione che, com'è noto, si deve a M. HEIDEGGER, *o. c.*, p. 247 ss.

<sup>96</sup> H.G. GADAMER, *o.u.c.*, p. 313 ss.; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1972), trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, NAPOLI, 1983; J. HRUSCHA, *La comprensione dei testi giuridici* (1972), trad. it. a cura di R. De Giorgi, Napoli, 1983, spec. pp. 28 ss., 65 ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin – Heidelberg – New York, 1975, p. 165 ss.; A. KAUFMANN, *Perché la filosofia del diritto oggi?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1972, I, p. 79 ss.; G. ZACCARIA, in F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, pp. 187 ss., 232 ss., 427 ss.

<sup>97</sup> Afferma chiaramente che la precomprensione fa sì che il giudice, "partendo asseritamente dalla legge, ma di fatto da opinioni personali che hanno la natura di criteri extralegali, giunge a reperire un riferimento normativo alla luce del quale leggere le conseguenze previste dall'ordinamento, P. SOMMAGGIO, *Il contraddittorio come criterio di razionalità*, *Audiatur et altera pars: il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin, F. Puppo, Milano, 2008, p. 199.

<sup>98</sup> V. SCALISI, *Regole e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Fonti*, cit., p. 87.

tensione della collettività verso un bene della vita – non può evidentemente restare imprigionato nella gabbia del testo della regola *iuris*, ma di questa invece costituisce l'elemento mobile, quasi linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi”<sup>99</sup>.

Se ciò, peraltro, è, entra evidentemente in crisi la distinzione tra interpretazione della legge e interpretazione del fatto, che pure nel nostro ordinamento segna il confine tra la competenza del giudice di merito e quello di legittimità, essendo la prima operata in funzione della specificità del fatto<sup>100</sup> e, nel contempo, essendo il fatto, nell’accezione di caso giuridicamente rilevante, definito e compreso dal giudice alla luce dei criteri valutativi di meritevolezza degli interessi delle parti desumibili dall’ordinamento giuridico, a partire, ovviamente, dai suoi principi fondamentali<sup>101</sup>.

8. La constatazione che l’interpretazione giuridica implichi sempre una scelta di valore e sia, quindi, caratterizzata da discrezionalità pone un pesante interrogativo sulla sua pretesa di scientificità.

Di fatti, è innegabile che l’argomentazione giuridica non è sottoponibile al controllo obiettivo tipico delle scienze fisiche e che, dunque, i diversi metodi interpretativi professati dai giuristi in coerenza con la propria particolare concezione del diritto non si prestano ad essere giudicati come giusti o sbagliati in base ad un giudizio astratto e incontrovertibile, bensì ad essere valutati con criteri squisitamente politici, imperniati essenzialmente sulla capacità di dare risposte adeguate alle esigenze di tutela emergenti dalla società, così come variamente percepite dai giuristi.

Ed è, com’è noto, proprio sulla circostanza che il criterio valutativo ultimo dell’attività giuridica non può essere rinvenuto all’interno del sistema giuridico-formale, ma è rimesso ad un giudizio politico-sociale, che si appuntano le critiche più penetranti alla scientificità del diritto. Particolarmente severo è, in particolare, il giudizio espresso da A. Ross, uno dei maggiori esponenti del realismo giuridico scandinavo, secondo il quale, con riguardo alla metodologia descrittiva, i giuristi “per quello che di fatto fanno nelle esperienze giuridiche di tipo continentale” non producono scienza, mentre, dal punto di vista della metodologia prescrittiva, potrebbero farlo, qualora, però,

<sup>99</sup> Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

<sup>100</sup> Cfr. al riguardo, incisivamente, F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 132 s.: “non si può giudicare se le norme si accordino con le altre isolatamente dai fatti, giacché dipende dai fatti se le azioni che esse permettono o meno sono mutuamente compatibili”.

<sup>101</sup> P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.; nonché, in riferimento all’interpretazione del contratto, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Camerino-Napoli, 1985, pp. 143, 231 ss.

decidessero di operare una radicale riconversione metodologica in direzione dell'esplicita assunzione di metodi di carattere empirico<sup>102</sup>.

Né sembra accettabile l'indicazione della filosofia analitica, secondo cui la scientificità del diritto dovrebbe essere rinvenuta nell'elaborazione di un linguaggio coerente e rigoroso<sup>103</sup>, trascurando che il compito peculiare del giurista non è quello di assicurare la coerenza formale del sistema giuridico, ma di intenderlo nel modo più idoneo a rispondere alle esigenze sociali, al fine di assicurare che la funzione per la quale il sistema è stato concepito e posto sia realizzata<sup>104</sup>. E' innegabile, infatti, che l'attività giuridica complessivamente intesa è un fenomeno sociale cui sono affidati compiti pratici, sì che qualunque ricostruzione teorica che non comprende questo fondamentale aspetto non può che risultare arbitraria<sup>105</sup>.

Se il diritto è scienza, insomma, è, come esemplarmente indicato da Salvatore Pugliatti, scienza pratica<sup>106</sup>, nella quale la metodologia descrittiva è inseparabile da quella

<sup>102</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 46 ss.

<sup>103</sup> N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, p. 287 ss.

<sup>104</sup> Cfr., al riguardo, A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, 1954, p. 20, secondo cui se "oggettività" della scienza giuridica vuol dire descrizione fedele della struttura dell'oggetto, nell'oggetto "diritto" risultano essenziali proprio quegli elementi soggettivi e valoriali che la scienza pura vuole espungere in nome della lotta alle ideologie. Del resto, rileva l'a., lo stesso Kelsen (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 76) è indotto ad ammettere che "se si considera il diritto come ordinamento normativo in rapporto alla realtà degli eventi effettivi che, secondo la pretesa del diritto positivo, debbono corrispondergli (sebbene non gli corrispondano sempre), allora si può qualificare questo diritto come "ideologia"". Non dissimile è la critica di G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, 1952, in *Opere*, cit., 5, p. 322 ss., secondo cui dietro la scelta di ridurre l'immensa ricchezza della vita del diritto alla 'pura' norma coercitiva, ignorando il problema della legittimità del potere, si cela la teorizzazione di un vero e proprio «diritto naturale della forza».

<sup>105</sup> Per la considerazione del diritto come una delle tante voci del dialogo di cui si intesse la storia, in cui ogni voce ha un significato non comprensibile separatamente dalle altre, v. T. ASCARELLI, *Interpretazione e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 482 ss.; ID., *L'idea di codice di diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, 1949, p. 41 ss.; ID., *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 69 ss.; ID., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge* (1958), in *Problemi giuridici*, cit., p. 153 ss., secondo il quale il giurista, che vive nella storia, ne è influenzato contribuendo nel contempo al suo sviluppo, costituendo il diritto uno strumento d'ordine e di progresso sociale nell'ambiente in cui opera. In tale ottica il diritto appare, dunque, un sistema in continuo divenire, essendo sottoposto alla spinta di una duplice dialettica: 1) nel senso che la norma, cioè l'ordine dato, acquista una sua efficacia soltanto attraverso l'interpretazione e l'applicazione concreta. La norma quindi non può essere scissa dalla sua interpretazione che è momento necessario della sua efficacia e cioè della sua esistenza. 2) nel senso che alla fissità della disciplina normativa contenuta nella parte dispositiva della norma corrisponde il continuo modificarsi della realtà sociale, e cioè il variare della fattispecie, dell'elemento di previsione della norma stessa (la sintesi è ripresa da G. FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano, 1969, p. CXLVII).

<sup>106</sup> S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 101 ss. Nello stesso senso, considera la giurisprudenza una scienza *sui generis*, che mira alla conoscenza 'interna' di norme per sottoporle a un giudizio pratico, v. M. JORI, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, p. 249 ss. Non sono mancate, peraltro, opinioni che, intendendo il concetto di scienza secondo il modello classico del positivismo (conoscenza di un oggetto dato secondo un metodo razionale) contrarie a ritenere che la giurisprudenza abbia carattere scientifico (v., al riguardo, per tutti, B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, Torino, 1940, p. 36 ss.). Tuttavia, incrinatasi a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso la convinzione che le stesse scienze naturali adottino e praticino un medesimo metodo, non v'è ragione di dubitare che la scienza giuridica sia a suo modo una scienza. Cfr., infatti, le esaurienti considerazioni di V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano, 1985, p. 117 ss.; ID., *Il diritto come modello*

prescrittiva, nel senso che il giurista interroga il sistema ordinamentale non per una finalità di mera conoscenza, ma per uno scopo concreto: individuare la regola più adeguata per risolvere un determinato conflitto di interessi<sup>107</sup>. L'attività interpretativa, quindi, essendo sempre orientata verso l'azione, trova, in ultimo, le proprie ragioni giustificative nell'idea che del diritto e della relativa funzione abbia l'interprete e non nel ragionamento logico<sup>108</sup>. Di fatti, per stessa ammissione di uno dei più autorevoli esponenti del positivismo analitico, la concezione positivista del diritto poggia su una scelta ideologica e politica, essendo certamente di tal natura l'individuazione della "norma fondamentale" da cui è fatta discendere la validità dell'intero ordinamento giuridico<sup>109</sup>.

Posto, pertanto, che il diritto, inteso come scienza pratica, impone di considerare lo scopo del diritto stesso come una questione interna alla scienza giuridica, è evidente che al suo interno ricada anche la fondamentale questione del rapporto tra diritto e giustizia, che è il fine massimo per cui il diritto è concepito e posto. Sì che, com'è stato incisivamente, detto, è "certamente possibile che il diritto positivo non sia giusto, ma l'interprete è vincolato dal senso stesso del diritto a cercare la soluzione più giusta (o meno ingiusta) tra quelle legittime"<sup>110</sup>. Esigenza di giustizia che, ovviamente, non risponde ad una ragione meramente logica, ma ad una ragione pratica, guidata dalla ragionevolezza e dai principi generali<sup>111</sup>. Poiché "se il diritto è ragion pratica, la ragionevolezza è un criterio irrinunciabile di giustizia"<sup>112</sup>.

---

*per le scienze naturali, in Diritto & questioni pubbliche, n. 5, 2005, p. 31 ss.; ID., Il problema della scienza giuridica, in Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, 2013, p. 387 ss.).*

<sup>107</sup> Ciò vale, evidentemente, anche per i giuristi teorici, benché le loro riflessioni siano rivolte alla soluzione di casi ipotetici, a differenza dei giuristi pratici, che sono chiamati ad operare scelte (di valore) in riferimento a specifici casi concreti.

<sup>108</sup> Sottolinea che l'attività dell'interprete non si esaurisce mai nel semplice rapporto con il dato testuale, ma si esplica nella globalità del contesto in cui esso si pone, S. POZZOLO, *Congesture sulla giurisprudenza come fonte, in Prassi giuridica e controllo di razionalità*, a cura di L. Triolo, Torino, 2001, p. 141.

<sup>109</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, ripubblicato nel 1997 per i tipi della ESI, Napoli, con introduzione e cura di A. Catania e M. Jori. D'altronde, è lo stesso H. KELSEN, *Teoria del diritto e dello Stato* (1945), a cura di S. Cotta e R. Treves, Milano, 1952, p. 392 ss.) a sostenere che la scelta tra il primato del diritto interno e il primato del diritto internazionale per individuare la norma fondamentale dipende, in ultima istanza, da un'opzione tra una visione del mondo soggettivistica e imperialistica e una visione del mondo oggettivistica e pacifistica; da un'opzione, quindi, ideologica. In prospettiva sociologica, osserva che i "processi che devono creare la legittimità non possono essere legittimi", non potendosi presupporre ciò che si vuol fare, per cui "i veri fondamenti dello stato di diritto non possono essere rivelati con i metodi ermeneutici della chiarificazione del significato o mediante la valorizzazione dei valori", ma "devono venire creati ogni giorno con un duro lavoro politico, in un sistema di azioni che può essere studiato e compreso nella sua funzione solo con i metodi della scienza sociale, N. LUHMANN, *Stato*, cit., p. 49, corsivo nel testo.

<sup>110</sup> F. VIOLA, *Ermeneutica ed epistemologia nella scienza giuridica, in Simposio su "Epistemologia de las Ciencias Sociales"*, agosto 1999, vol. 1, p. 252.

<sup>111</sup> V., al riguardo, S. PATTI, *Ragionevolezza*, cit., spec. pp. 1 – 32.

<sup>112</sup> Così, ancora, F. VIOLA, *o.l.c.* Cfr., altresì, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 572, il quale sottolinea che nella comprensione del testo giuridico è presente una duplice tendenza: l'una rivolta a cogliere il fenomeno considerato nel testo, l'altra, strettamente connessa alla prima, sensibile al principio di giustizia.

La conclusione qui delineata non intende minimamente sminuire l'importanza dell'opera di sistematizzazione logico-razionale dei dati normativi dai quali promana l'elemento qualificativo della realtà in termini di dover essere, ma induce ad ammettere che il giudizio sulla validità delle ricostruzioni teoriche di volta in volta elaborate ed applicate non deriva da astratti criteri di logica giuridica, dipendendo essenzialmente dalla conformità all'esigenza di giustizia che a quel momento si ritenga promanare dalla società.

9. Il carattere inevitabilmente valutativo dell'attività giudiziaria costituisce, evidentemente, una minaccia per la certezza del diritto, che deve invece essere salvaguardata, costituendo un fondamentale presidio dell'effettivo rispetto del principio di eguaglianza enunciato dall'art. 3 Cost. e, nel contempo, della libertà del cittadino contro l'arbitrio dei pubblici poteri<sup>113</sup>. Sarebbe, dunque, un grave errore trascurare l'importanza dei requisiti formali del diritto<sup>114</sup>. D'altra parte, la creatività dell'interpretazione garantisce l'adeguamento dell'ordinamento giuridico al mutamento dei tempi e delle circostanze, essendo "l'indeterminatezza" della disposizione normativa "la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nell'ordinamento giuridico"<sup>115</sup>.

Si tratta, dunque, di esigenze opposte che debbono essere temperate nell'ambito dell'esercizio dell'attività giurisprudenziale<sup>116</sup>.

All'assolvimento di un tale essenziale compito è preordinata la funzione nomofilattica affidata alla Cassazione (art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, di cui al R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), alle cui decisioni, tuttavia, non è dato attribuire il valore di precedente vincolate similmente alla regola dello *stare decisis* che caratterizza i sistemi di *common law*. Ciò nonostante che la funzione nomofilattica sia stata sensibilmente rafforzata dal d. lgs. n. 40/2006 e dalla l. 18.6.2009, n. 69, con cui si è conferito maggiore peso alle pronunce a sezioni unite, impedendo alle sezioni semplici di discostarsi da esse, se non rimettendo motivatamente la questione problematica a una

---

<sup>113</sup> Per la considerazione della certezza quale "specificità etica del diritto", in quanto tratto indispensabile a realizzare le finalità dell'ordinamento e ad assicurare la giustizia, cfr. F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968, nonché l'entusiastica recensione di P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 ss.

<sup>114</sup> Sull'intima compenetrazione tra sostanza e forma nel fenomeno giuridico, v. S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento di diritti*, in *Annali. Messina*, I, 1927, 165 ss., ora in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951, p. 3 ss. Per un approfondimento del pensiero di tale a., v. V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 575 ss.

<sup>115</sup> S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza*, cit., p. 141.

<sup>116</sup> Una tale considerazione è espressa anche da F. GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 37.

nuova pronuncia delle sezioni unite (cfr. art. 374 c.p.c.). L'introduzione dell'art. 360 bis c.p.c. ha, in effetti, accentuato maggiormente l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità, il che consente di condividere la considerazione secondo cui "...benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "stare decisis", essa tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento, in base alla quale non ci si può discostare da una interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, senza delle forti ed apprezzabili ragioni giustificative (...)"<sup>117</sup>. Valore che, tuttavia, non può mai costituire limite alla attività esegetica esercitata da un altro giudice, proprio perché manca nell'ordinamento processuale italiano il vincolo che discende dal principio dello *stare decisis*<sup>118</sup>.

L'obbligo delle sezioni semplici di non emettere sentenze di contenuto difforme dal principio di diritto stabilito dalla sezioni unite non equivale, infatti, all'obbligo di emettere sentenze di contenuto conforme. La maggior forza attribuita al principio di diritto affermato dalle sezioni unite si traduce, quindi, nell'obbligo di carattere meramente processuale delle sezioni semplici di rimettere alle sezioni unite la questione qualora non condividano il principio di diritto da queste ultime in precedenza espresso in proposito<sup>119</sup>. In adesione, del resto, alla linea tracciata dalla stessa Corte costituzionale, secondo la quale la decisione delle sezioni unite «"aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma si tratta di connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo". Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto»<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Cass., Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9847

<sup>118</sup> Cass., 21 ottobre 2013, nn. 23722 e 23723; conf. Cass., 21 novembre 2011, n. 24438; Cass., 9 gennaio 2015, n. 174, la quale, citando la decisione del 18 dicembre 2008, *Unèdic c. Francia*, (ric., n. 20153/04), sottolinea che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso la violazione dell'art.6 CEDU, ritenendo che il principio della certezza del diritto non impone il divieto per la giurisprudenza di modificare i propri indirizzi e di seguire un indirizzo costante, tutte le volte in cui siano rispettate le generali prerogative garantite dal principio del giusto processo come tutelato dall'art. 6 (accesso alla giustizia, carattere equo del processo e principio della certezza del diritto rapportata all'epoca in cui è dovuto intervenire l'autorità giudiziaria).

<sup>119</sup> B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 217; G. IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite civili e l'efficacia del principio di diritto*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 725)

<sup>120</sup> Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

Le medesime considerazioni possono estendersi agli analoghi interventi legislativi che hanno rafforzato la funzione nomofilattica nell'ambito della giurisprudenza contabile (art. 42, l. n. 69/2009) e amministrativa (art. 99, comma 3, d.lgs. 104/2010).

Benché, quindi, l'introduzione del meccanismo accentrato di produzione dei principi di diritto si proponga di limitare la discrezionalità dei giudici di merito, privandoli della possibilità di porre i contrasti interpretativi fra sezioni della Cassazione a fondamento della propria giurisprudenza innovatrice (art. 360 *bis* c.p.c.), nessun obbligo è loro imposto di conformarsi al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite. Salvo, ovviamente, che non si tratti del giudice del rinvio (art. 384 c.p. c.). Salvo tale ipotesi, i giudici di merito restano, quindi, liberi di discostarsi dall'orientamento espresso dalle sezioni unite, confidando che, anche in forza delle proprie motivazioni, possa essere ribaltato.

Si può pertanto dire, in conclusione, che la funzione nomofilattica attribuita alla Cassazione continui ad essere in larga parte affidata alla sua efficacia persuasiva e, dunque, alla qualità delle decisioni delle sezioni unite<sup>121</sup>.

Una più incisiva vincolatività del precedente avrebbe, del resto, sollevato dubbi di costituzionalità per violazione del principio secondo cui il giudice è sottoposto *soltanto* alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).

Se, d'altra parte, l'interpretazione "creativa" della giurisprudenza si giustifica per l'esigenza di adeguare la lettera della legge alle mutate esigenze della società, è evidente che la stessa giurisprudenza delle sezioni unite non può intendersi come un diritto cristallizzato e, come tale, insensibile all'evoluzione sociale.

Piace, in questo senso, sottolineare che della delicatezza del compito di assicurare la certezza del diritto senza ostacolarne l'adeguamento necessario al mutare delle istanze sociali è perfettamente consapevole la stessa Cassazione, che ha avuto modo di precisare che la nomofiliachia cui tende il giudice di legittimità deve essere intesa come relativa ed aperta al cambiamento, essendo la propria opera interpretativa diretta a "determinare la formazione di un diritto vivente in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall'originario significato della disposizione scritta introdotta in

---

<sup>121</sup> D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 44, secondo la quale le nuove norme non hanno introdotto la vincolatività del precedente, ma, piuttosto, l'«obbligo di prendere in considerazione il precedente stesso».

una certa epoca dal legislatore”<sup>122</sup>. Concetto ribadito più di recente affermando che la disposizione legislativa, una volta posta in essere, "non resta cristallizzata in se stessa, ma è soggetta, *ex se*, a dinamiche evolutive" e adegua il suo contenuto alle altre fonti di livello costituzionale e comunitario, sì che "il diritto vivente è fenomeno oggettivo: per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il "diritto vivente" esiste al momento - ma non (solo) per effetto - dell'interpretazione dei giudici"<sup>123</sup>. Con ciò riconoscendo il carattere in parte creativo e non meramente cognitivo dell'interpretazione giudiziale<sup>124</sup>.

10. Un serio problema di lesione della certezza del diritto si pone, tuttavia, nell'ipotesi di un imprevedibile mutamento degli orientamenti giurisprudenziali fino ad allora consolidati (*overruling*, nel sistema di *common law*). E', infatti, indubitabile che la nuova interpretazione della Cassazione costituisce una correzione di un suo precedente errore che consente di far emergere il vero significato che la norma sin da principio aveva, con la conseguenza che "il nuovo orientamento è destinato ad incidere su tutte le cause e su tutti i rapporti giuridici in corso, con un inevitabile effetto di spiazzamento per coloro che quelle cause avevano intrapreso o quei rapporti avevano posto in essere facendo ragionevolmente affidamento sul "diritto vivente" fino ad allora conosciuto"<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Cass., 2 agosto 1994, n. 7194. In senso analogo, cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, cit., p. 24: "La nomofilachia non è statica conservazione di orientamenti giurisprudenziali cristallizzati nel tempo, è capacità di adeguare l'interpretazione delle norme al continuo mutare delle esigenze e dei costumi, entro i confini consentiti ed alla luce dei principi posti dalla Costituzione, in modo il più possibile ordinato e coerente, così da rendere chiari i criteri di fondo cui il diritto vivente s'ispira, in un fecondo dialogo con lo stesso Legislatore".

<sup>123</sup> Cass. Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

<sup>124</sup> Ancor più chiara è, in questo senso, seppur al di fuori del processo civile, Cass., Sez. Un. Pen., 21 gennaio 2010, n. 18288, la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 666, comma 2, c.p.p., in tema di c.d. "giudicato esecutivo" – che stabilisce l'inammissibilità dell'istanza già rigettata e riproposta in base ai "medesimi elementi" – ha affermato il principio secondo il quale <<il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata>>. Ciò, in virtù della "mediazione accertativa della giurisprudenza", (...) 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>>. Senza mancare di sottolineare che, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona, sussiste il vincolo di interpretazione conforme del giudice nazionale alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cui, nel far applicazione del principio di legalità ricavato dall'art. 7 CEDU, va attribuito il merito di aver riconosciuto a livello categoriale il "formante del diritto vivente", vitalizzando, nell'opera di individuazione della norma, la <<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>>. Sì che, la <<struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza>>.

<sup>125</sup> R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 284.

Negli Stati Uniti l'affidamento delle parti e la certezza del diritto sono salvaguardati in virtù del criterio della *prospective overruling*, secondo cui la nuova regola è applicabile soltanto in futuro, con esclusione, dunque, della controversia in corso.

In senso analogo sono orientate le Corti europee. In particolare, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur negando l'esistenza di un "diritto ad una giurisprudenza costante"<sup>126</sup>, nella nozione di legge comprende anche i precedenti giudiziari consolidati su cui si sia fatto legittimo affidamento. Ha, di conseguenza, ritenuto contraria al divieto di retroattività, sancito dall'art. 7 CEDU, l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore<sup>127</sup>.

L'indirizzo risulta seguito anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, con riguardo alla materia penale, ha affermato che l'irretroattività investe anche l'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa alla luce "dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione"<sup>128</sup>.

Diversa e per qualche verso non del tutto lineare è la posizione assunta al riguardo dalla Cassazione. Secondo l'orientamento in tale sede maturato, infatti, pur riconoscendosi che il mutamento di giurisprudenza integra un nuovo elemento di diritto al pari della nuova legge<sup>129</sup>, nel precisare i presupposti che rendono ammissibile l'operatività nel nostro ordinamento della *prospective overruling* (che si verta in materia di mutamento di giurisprudenza su una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile a cagione del carattere lungamente consolidatosi nel tempo del pregresso indirizzo, tale da indurre la parte ad un ragionevole affidamento su di esso; che l'*overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte), si deve escludere che essa possa riguardare il mutamento giurisprudenziale che abbia ad oggetto norme sostanziali e non processuali<sup>130</sup>, in quanto "un mutamento di

<sup>126</sup> Corte EDU, 18 dicembre 2008, *Unedic c. Francia*.

<sup>127</sup> Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*; Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*.

<sup>128</sup> CGUE, seconda sez., 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*; CGUE, grande camera, 28 giugno 2005, C-189/02 P, ed altre cause riunite, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*.

<sup>129</sup> Cass., Sez. Un. Pen., 21 gennaio 2010, n. 18288.

<sup>130</sup> Cass., 27 settembre 2011, n. 28967; Cass., Sez. Un., 16 giugno 2014, n. 13676; Cass., ord., 9 gennaio 2015, n. 174, in merito alla quale v. le considerazioni critiche di A. LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ., VI, n. 174/2015*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

indirizzo verificatosi nella giurisprudenza di legittimità, in ordine ai principi già affermati dalla stessa Suprema Corte in precedenti decisioni, non è assimilabile allo *ius superveniens*, onde non soggiace al principio di irretroattività, fissato per la legge in generale dall'articolo 11 preleggi, comma 1 e, per le leggi penali in particolare, dall'articolo 25 Cost., comma 2”.

Se, peraltro, si ammette che il mutamento di indirizzo interpretativo in materia processuale non possa avere effetti retroattivi per non ledere l'affidamento e la certezza del diritto, non si vede la ragione per cui tale considerazione non valga nell'ipotesi in cui il mutamento giurisprudenziale concerne l'interpretazione di norme sostanziali anziché di norme processuali. Vero è che l'irretroattività del mutamento interpretativo in materia processuale intende anche tutelare il diritto di difesa e di azione costituzionalmente garantito (art. 111 Cost.). Non si può, tuttavia, escludere che un inopinabile mutamento interpretativo che abbia ad oggetto norme sostanziali possa comprimere un diverso diritto costituzionalmente garantito.

Del resto, entrambe le Corti sovranazionali europee non dubitano che il principio di irretroattività della norma penale (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), enunciato nell'art. 7, comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, debba essere esteso al diritto giurisprudenziale, alle decisioni, cioè, che mutino in senso sfavorevole una precedente interpretazione delle norme punitive, ammettendosi, altrimenti, che al giudice possa essere consentito di ledere la garanzia della libertà e dei diritti del cittadino che il legislatore deve, invece, necessariamente rispettare<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> CGUE, 8 febbraio 2007, C3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2200; CGUE, 28 giugno 2005, C-189/02 P, *Dansk Rorindustri e altri c. Commissione*; Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 356. Dubbio è, peraltro, se l'irretroattività delle norme penali punitive concerne anche le norme che estendono i termini di prescrizione del reato. In senso affermativo v. App. Milano, sez. pen., ord., 18 settembre 2015, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 con cui è stata ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), "nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.". Secondo il giudice rimettente, in particolare, l'evidenziato contrasto della disposizione con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, comprensivi dei diritti fondamentali della persona, che giustificerebbe il rigetto della soluzione imposta dalla Corte europea, mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di esecuzione nell'ordinamento interno del Trattato di Lisbona, nella misura in cui attribuisce forza cogente all'art. 325 TFUE. In senso diverso si è, tuttavia, Cass. pen., 20 gennaio 2016, n. 2210, secondo la quale la materia della prescrizione del reato non è coperta dalla garanzia del *nullum crimen* di cui all'art. 25, comma 2, Cost. (citando sul punto Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236). La Corte di Cassazione ha, quindi, escluso la estinzione dei reati per cui, pur essendo decorso il termine massimo calcolato in base al combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p.c., non fosse stata ancora dichiarata la prescrizione, ritenendo che essendo intervenuti atti

Neppure sembra contestabile che anche la normale irretroattività della legge civile costituisca una regola fondamentale di civiltà giuridica, non potendosi pretendere che i cittadini nel determinare la propria condotta facciano riferimento a disposizioni diverse da quelle che conoscono<sup>132</sup>. Regola che dovrebbe, quindi, valere anche quando il diritto risulti innovato per effetto dell'opera interpretativa della giurisprudenza e non per l'intervento del legislatore.

Né varrebbe opporre che estendendo la *prospective overruling* agli *overruling* che concernono norme sostanziali si avrebbe una totale parificazione della decisione (innovativa) del giudice allo *ius superveniens*. Posto, infatti, che la *prospective overruling* riposa sull'esigenza che i mutamenti della giurisprudenza "quale che ne sia la qualificazione devono, al pari delle leggi retroattive, a loro volta rispettare il principio di ragionevolezza, non potendo frustrare l'affidamento ingenerato come, nel cittadino, dalla legge previgente, così, nella parte, da un pregresso indirizzo ermeneutico, in

---

interruttivi, dall'ultimo di essi si debba far decorrere nuovamente e per intero il termine ordinario stabilito dall'art. 157 c.p.

<sup>132</sup> Sebbene la Costituzione vieti esclusivamente la retroattività delle leggi penali (art. 25, comma 2), si è in passato dubitato della legittimità costituzionale delle leggi di interpretazione autentica, sia perché rappresenterebbero una violazione del principio d'irretroattività della legge (A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, p. 318 ss.; G. CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 593 ss.), sia perché la Costituzione attribuirebbe la potestà di interpretare le leggi non al legislatore, ma all'ordine giudiziario, con il quale il primo non può interferire (G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti tra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, 1955, p. 171). Tesi respinta dalla Corte costituzionale (cfr., in particolare, Corte cost., 22 novembre 2000, n. 525; Corte cost., 23 luglio 2002, n. 374; Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 26; Corte cost., 7 luglio 2006, n. 274; Corte cost., 26 giugno 2007, n. 234; Corte cost., 23 maggio 2008, n. 170; Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209; Corte cost., 21 ottobre 2011, n. 271; Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15; Corte cost., 4 giugno 2014, n. 156; Corte cost., 26 settembre 2014, n. 227), la quale, tuttavia, ha sottolineato che "la riconosciuta natura effettivamente interpretativa di una legge non è sufficiente ad escludere che la stessa determini violazioni costituzionali", sì che il legislatore nell'emanazione di questa tipologia di leggi deve rispettare alcuni limiti che attengono alla salvaguardia, oltre che di norme costituzionali, di fondamentali valori di civiltà giuridica, quali il rispetto del principio generale di ragionevolezza (e nel conseguente divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento), del principio di tutela dell'affidamento, della coerenza e certezza dell'ordinamento giuridico e del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (cfr., in particolare, Corte cost., 22 novembre 2000, n. 525; Corte cost., 9 febbraio 2011, n. 41; Corte cost., 22 maggio 2011, n. 93; Corte cost., 21 ottobre 2011, n. 271). Anche la convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come la Costituzione italiana, vieta esplicitamente l'irretroattività soltanto per la legge penale. L'irretroattività della legge civile è stata, peraltro, ricondotta all'art. 6, che sancisce il diritto ad un equo processo e, in altri casi, all'art. 1 Protocollo 1 della Convenzione, che concerne il diritto di proprietà. Per le condanne comminate all'Italia dalla Corte EDU in materia, v. *Maggio e altri c. Italia*, sent. 31 maggio 2011; *Agrati e altri c. Italia*, sent. del 7 giugno 2011; *Arras e altri c. Italia*, sent. 14 febbraio 2012; *Guadagno e altri c. Italia*, sent. 1 luglio 2014; *Stefanetti c. Italia*, sent. 15 aprile 2014. Per un approfondimento della tematica, anche con riferimento ad diverso atteggiamento tenuto sul punto dalla Corte costituzionale, v. A. VALENTINO, *Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista dell'AIC (on line)*, n. 3, 2012. Cfr., altresì, R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 357 ss., il quale, in critica alla decisione della Corte EDU sul caso Agrati, sottolinea che limiti alla retroattività delle leggi civili dovrebbero essere rinvenuti dal punto di vista sostanziale più che processuale ed ancorati alla tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche.

assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione”<sup>133</sup>, il giudice non potrà ammetterla se non a seguito della valutazione in concreto del carattere imprevedibile del mutamento giurisprudenziale.

Neppure potrebbe in tal modo vedersi una lesione dell’obbligo di fedeltà alla legge di cui all’art. 101, comma 2, Cost., dato che per legge deve intendersi l’insieme dell’ordinamento giuridico<sup>134</sup>, da cui si desumono l’esigenza di tutela dell’affidamento e della certezza del diritto, nonché del principio di ragionevolezza che induce a ritenere “che ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza”<sup>135</sup>.

11. La parziale apertura nei confronti della regola della *prospective overruling* appena segnalata dimostra esemplarmente quanto la stabilità e la prevedibilità delle decisioni sia divenuta difficile per l’incidenza sempre più penetrante nel nostro ordinamento dei principi derivanti dalle fonti di diritto europeo.

Una situazione, dunque, che non sembra possa essere efficacemente contrastata dal pur auspicabile miglioramento della qualità della produzione legislativa, cosa che, comunque, non guasterebbe di certo, dato che la complessità delle fonti che caratterizza il sistema “multilivello” dell’Unione europea non è certo superabile dando semplicemente maggiore attenzione alla tecnica legislativa<sup>136</sup>.

Più in generale, si deve dubitare che, di fronte alla complessità dei processi economici e sociali in atto, la certezza del diritto possa essere assicurata semplicemente adottando leggi più chiare e precise. Di fatti, più il testo di legge è puntuale e tecnicamente appropriato, più il suo ambito applicativo risulta circoscritto e, quindi, inevitabilmente destinato a dimostrarsi in breve tempo inadeguato a far fronte all’incessante e sempre

<sup>133</sup> Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

<sup>134</sup> Cfr. D. BIFULCO, *Il giudice e soggetto soltanto al «diritto»* - Contributo allo studio dell’art. 101, 2o comma della costituzione italiana, Napoli, 2008; R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996, 1 ss.

<sup>135</sup> Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

<sup>136</sup> V., per maggiori indicazioni, F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 586. Il sistema delle fonti di diritto europeo con cui le fonti di diritto interno devono confrontarsi se non integrarsi è particolarmente complesso, mancando di principi volti a realizzare un coerente coordinamento, tanto da porre in crisi la tradizionale organizzazione gerarchica delle fonti. Divenuto così privo di un vertice, l’ordinamento viene raffigurato come una rete, come, cioè, una serie di dati normativi interconnessi e di nodi problematici da sciogliere senza che si possa determinare una via obbligata. Cfr., in questo senso, per tutti, F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, 2008, p. 29 ss.; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limiti al potere*, I, *Delle fonti del diritto*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi, Napoli, 2009, p. 263 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 48 ss.

più rapido mutamento delle esigenze sociali, giustificando così interpretazioni giurisprudenziali di carattere evolutivo<sup>137</sup>.

Uno scetticismo ancora maggiore suscita poi l'idea che si possa contrastare efficacemente la creatività della giurisprudenza mediante l'imposizione di regole interpretative ferree o, comunque, più rigorose di quelle previste dall'art. 12 delle disp. prel. c.c. Per quanto stringenti tali regole fossero, infatti, esse, per l'inevitabile polisemia delle espressioni linguistiche, non potrebbero limitarsi a vincolare l'interprete al significato letterale escludendo criteri logici dall'attività interpretativa. Né potrebbero evitare l'interpretazione in chiave sistematica delle singole disposizioni, nessuna trovando in se stessa le ragioni della propria validità. Neppure, infine, per l'effettività che si ritiene il diritto debba pur garantire, potrebbero impedire di intendere la disposizione normativa nel senso più adeguato alle esigenze dei tempi piuttosto che nel suo significato letterale.

Il rafforzamento del primato dell'interpretazione letterale, secondo il noto aforisma *in claris non fit interpretatio*, che la giurisprudenza ritiene espresso dall'art. 12 delle disp. prel. c.c.<sup>138</sup>, sarebbe, dunque, un argine più illusorio che fragile eretto a tutela della certezza del diritto, non potendo fare della chiarezza del testo un dato oggettivo che preesiste al convincimento dell'interprete<sup>139</sup>.

Se questo è, per la difesa del principio della certezza del diritto non resta che affidarsi al potere nomofilattico riservato alla Cassazione. Non avendo, peraltro, le sue decisioni formalmente carattere di precedente vincolante, la possibilità che l'indicazione interpretativa tracciata sia seguita dalla giurisprudenza successiva dipende essenzialmente, come si è detto, dalla qualità e, quindi, dalla forza persuasiva della motivazione con cui viene giustificata l'individuazione della norma applicata al caso concreto<sup>140</sup>. Cruciale diviene, allora, chiedersi se vi siano e, in caso affermativo, quali

---

<sup>137</sup> Cfr., al riguardo, le considerazioni di A. GENTILI, *L'argomentazione nel sistema delle fonti* (2001), in *Il diritto come discorso*, cit., p. 18.

<sup>138</sup> Cass., 6 aprile 2001, n. 5128; Cons. St., 16 aprile 1997, n. 711. Diversamente, peraltro, Cass., 13 aprile 1996, n. 3495.

<sup>139</sup> V., sul punto, le incisive e persuasive considerazioni di P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 990 ss., il quale, come si è già sottolineato *ante*, *sub* nota 71, giustamente ritiene la previsione dell'art. 12 disp. prel. c.c. tacitamente abrogata.

<sup>140</sup> A. GENTILI, *o.u.c.*, p. 3 ss., che eleva l'argomentazione a fonte sostanziale del diritto. Sottolinea che, sebbene interpretazione e argomentazione indichino operazioni diverse, “nella filosofia analitica di oggi, confluiscono in un comune campo tematico, in quanto l'interpretazione viene comunemente concepita come un processo argomentativo”, U. SCARPELLI, *Sui compiti della filosofia analitica del diritto*, conferenza tenuta a Roma, il 7 ottobre 1988, ora in *Notizie di POLITEIA*, XX, n. 73, 2004, p. 170, il quale rileva inoltre che “una teoria (o meglio dottrina) normativa dell'interpretazione, prescrivendo una maniera di interpretare, è una dottrina politica in senso ampio ed alto, che impartisce all'interpretazione un indirizzo politico ed ha bisogno a sua volta di giustificazioni politiche”.

siano i canoni argomentativi che consentano di misurare attendibilmente la validità dell'argomentazione giuridica, posto che si deve escludere che il ragionamento giuridico, nutrendosi inevitabilmente di giudizi di valore, sia giudicabile come vero o falso in base a criteri logico-formali<sup>141</sup>.

Di fatti, pur a voler aderire alla concezione formalistica del diritto<sup>142</sup> - operando comunque una scelta di carattere ideologico, in quanto determinata da convinzioni non dimostrabili -, alla luce della pluralità dei metodi interpretativi (letterale, storico, teleologico, sistematico, assiologico ecc.), qualunque esito interpretativo appare ragionevolmente sostenibile adottando una certa scelta metodologica a scapito di altre, ovvero combinando in vario modo più metodi interpretativi<sup>143</sup>. Tanto che l'approccio ermeneutico al diritto ritiene importate più che il metodo interpretativo in concreto adottato dall'interprete le ragioni che hanno indotto l'interprete stesso a sceglierlo fra tanti<sup>144</sup>. Scelta, peraltro, influenzata da quegli elementi della pre-comprensione di carattere esistenziale e culturale che guidano l'interprete verso la comprensione del testo normativo i quali, a loro volta, risultano sottoponibili a valutazioni *latu sensu* politiche-ideologiche e non meramente tecniche.

I criteri di controllo dell'argomentazione giuridica non possono, del resto, essere determinati senza che prima sia stata precisata quale sia la logica propria del ragionamento giuridico, questione che riconduce, inevitabilmente, al dilemma epistemologico fondamentale sintetizzato dalla domanda cos'è il diritto?, domanda alla quale, come si è detto, i giuristi non sono in grado di dare una risposta unanime.

In effetti, se non vi è una nozione di diritto più vera di altre, non può esservi di conseguenza un metodo interpretativo del diritto più sicuro di altri<sup>145</sup>, né una logica argomentativa della scelta interpretativa che sia in assoluto più attendibile di altre<sup>146</sup>. Come dimostrato ampiamente dalle variegata ed approfondite riflessioni che la dottrina

<sup>141</sup> Il controllo logico-formale dell'argomentazione può, di fatti, stabilire semplicemente se le conclusioni siano coerenti con i dati assunti come preme, non già se tali conclusioni (come le premesse) siano vere. La circostanza è ben evidenziata da A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, cit., p. 325 ss., che distingue la validità dell'argomentazione, intesa come congruenza con le premesse, dalla verità della stessa, che sfugge ad ogni possibilità di controllo logico-formale.

<sup>142</sup> Ne senso indicato da N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, p. VI: «la teoria generale del diritto e una teoria *formale* del diritto nel senso che studia il diritto nella sua struttura normativa, vale a dire nella sua forma indipendentemente dai valori a cui questa struttura serve e dal contenuto che racchiude».

<sup>143</sup> E. DOCIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 339.

<sup>144</sup> G. ZACCARIA, *La scelta del metodo nell'individuazione del diritto*, in *Diritto e Formazione*, 2010, n. 5, p. 828 s.; ID., *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 698 s.

<sup>145</sup> Senza che ciò possa compromettere il carattere propriamente scientifico della scienza giuridica, poiché, come sottolineato *ante, sub* nota 106, l'epistemologia post-positivista ha abbandonato l'idea che l'unità della scienza si fondi sul principio dell'unità metodologica.

<sup>146</sup> Nega addirittura in radice che l'interpretazione sia un processo logico R.A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, 1990, p. 459 s., che individua l'essenza della decisione interpretativa nella considerazione delle conseguenze di soluzioni alternative.

ha da tempo profuso al riguardo<sup>147</sup>, le quali tutte, pur se in diverso modo e misura, finiscono per dover ammettere l'esistenza di ineliminabili margini di indeterminazione applicativa delle norme giuridiche<sup>148</sup>.

Per quanto, dunque, non appaia dubbio che il ragionamento giuridico sia un ragionamento razionale e, quindi, suscettibile di essere controllato mediante criteri razionali, bisogna prendere atto che, "data la eterogeneità delle scelte che in esso rientrano, non si può pensare ad un concetto unitario e omnicomprensivo di razionalità"<sup>149</sup>.

Considerazione che, tuttavia, non può indurre a cedere al volontarismo, ritenendo insindacabile l'atto di volontà, unico ed esclusivo, con cui l'interprete e, in particolare, il giudice decide quali valori porre a fondamento dell'ordinamento giuridico<sup>150</sup>. Vero è che la stessa concezione positivista del diritto è frutto di un'opzione ideologico-politica, contrapposta a quella giusnaturalistica, che ritiene, in sostanza, il diritto positivo subordinato alla legge morale. Si tratta, peraltro, di visioni che hanno trovato un punto d'incontro nella positivizzazione dei diritti inviolabili della persona umana, di origine giusnaturalistica, operata dalle costituzioni moderne<sup>151</sup>, in virtù della quale si può ritenere che si sia notevolmente assottigliata l'autonomia del diritto rispetto alla morale<sup>152</sup>. Con la conseguenza che l'obbligo di fedeltà alla Costituzione, quale legge fondamentale, può ben essere condiviso da ogni giurista, giuspositivista o

---

<sup>147</sup> V., in particolare, C. PERELMANN, *Trattato dell'argomentazione. Nuova retorica* (1958), Milano, 1976, con prefazione di N. Bobbio; G. TARELLO, *I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione*, in *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p. 424 ss.; J. WRÓBLEWSKY, *Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decisions*, in *Rechtstheorie* 14, 5, 1974, p. 33 ss.; G. KANINOWSKI, *Il significato della logica deontica per la filosofia morale e giuridica*, in *Logica deontica e semantica*, a cura di Di Bernardo, Bologna, 1977, p. 251 ss.; R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), Torino, 2001; A. AARNIO, *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, 1987, p. 211 ss.; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990; J. HABERMANS, *Between Facts and Norms* (1992), Cambridge, 1996; N. BOBBIO, *Ragionamento giuridico*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 281 ss.; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziarie*, Torino, 1996; M. LA TORRE, *Teoria dell'argomentazione giuridica e concetto di diritto. Un'approssimazione*, Appendice, *ivi*, p. 357 ss.; J.C. HAGE, *Studies in Legal Logic*, Berlin, 2005; A. ATIENZA, *Diritto come argomentazione*, Napoli, 2012; D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto*, cit., p. 316 ss.

<sup>148</sup> V., ad esempio, J. HABERMANS, *o.c.*, p. 230, che pur rimprovera ad Alexy di non aver attribuito sufficiente rilievo all'ideale della certezza del diritto (*ivi*, p. 259).

<sup>149</sup> M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 6.

<sup>150</sup> In questo senso, peraltro, N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., p. 44 ss., secondo cui la vera garanzia non è più, quindi, nella terzietà della legge quanto nella terzietà del giudice e, in particolare, nella garanzia offerta dalla proceduralità della decisione quale momento imprescindibile di un diritto che non offre più strumenti obiettivi di valutazione.

<sup>151</sup> Nota è al riguardo l'affermazione di Bobbio secondo cui il problema del nostro tempo non è fondare i diritti dell'uomo, ma proteggerli (N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo* (1965), in *Id.*, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1999, p. 16).

<sup>152</sup> Sullo stretto legame tra etica e diritto v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Bari, 2007.

giusnaturalista che sia. Obbligo che non può non riguardare anche il principio della sottoposizione del potere giudiziario alla legge, espressione dell'organizzazione dello Stato in forma democratica, che connota la Costituzione italiana (art. 101) così come tutte le moderne costituzioni liberali. Principio il cui rispetto postula, con ogni evidenza, che sia accertabile il limite che non può essere superato affinché la torsione interpretativa del dato normativo appaia giustificata dall'esigenza di adattarne il tenore letterale ai principi costituzionali e non risulti invece eversiva dello Stato democratico e della relativa divisione dei poteri.

Se ciò non fosse, infatti, nessun portato sostanziale si potrebbe accreditare all'obbligo del giudice di motivare le proprie decisioni (art. 111, comma 6, Cost.), che è, invece, della massima importanza, essendo manifestamente finalizzato ad assicurare il controllo di legalità (costituzionale) sull'attività giurisprudenziale<sup>153</sup>. Mentre è integralmente rispettato qualora si ritenga, come la prospettiva qui seguita suggerisce, che alla luce del sostanziale rispetto dei principi costituzionali deve essere vagliata la plausibilità, la ragionevolezza e, in ultimo, la persuasività delle argomentazioni fornite dal giudice per giustificare la soluzione del caso concreto<sup>154</sup>. Argomentazioni che, per consentire un controllo effettivo, dovrebbero essere quanto più complete e trasparenti possibile. Soprattutto volte ad esplicitare anziché a dissimulare, dietro il paludamento di artifici retorici logico-deduttivi, le scelte di valore sottese alla ricostruzione delle premesse di fatto e di diritto poste a base del giudizio<sup>155</sup>.

Né una tale indicazione appare in contrasto con quanto affermato circa la necessaria valutatività dell'attività interpretativa, poiché un conto è dire che il testo della disposizione normativa, per tradursi nel regolamento del caso concreto, richiede una serie di decisioni discrezionali cui l'interprete perviene con l'inevitabile condizionamento del proprio bagaglio valoriale e culturale, altro è affermare che la validità della norma sia data dalla sua conformità a valori (etici, religiosi, politici) estranei all'ordinamento positivo. Nel primo caso, infatti, i criteri valutativi sono

<sup>153</sup> Come sottolineato da R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, I, 1, Milano 1998, p. 104.

<sup>154</sup> Sottolinea la centralità delle argomentazioni nell'esercizio dell'attività giurisprudenziale, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. di F. Oriana, Bologna, 1982, spec. p. 61 ss. Nello stesso senso, A. GENTILI, *L'argomentazione*, cit., p. 26. Rileva incisivamente che “[q]uando il giurista interpreta, egli è tenuto ad argomentare, ovvero produrre, strutturare e organizzare, argomenti idonei a giustificare una determinata tesi interpretativa che dà alla disposizione quel *senso*, quel *significato*, evidenziando altresì le ragioni che lo portano ad escludere altre ipotesi interpretative”, G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 7 (corsivo dell'a.).

<sup>155</sup> Segnala la tendenza dei giuristi a celare il carattere prescrittivo e valutativo delle proprie argomentazioni sotto una forma apparentemente descrittiva, G. TARELLO, *o.c.*, p. 367 ss. Analogamente, M. JORI, *o.u.c.*, p. 89 ss. Sottolinea che una maggiore trasparenza nell'uso del metodo interpretativo prescelto significa “anche maggiori opportunità di controllo degli usi a cui viene piegato il diritto”, G. ALPA, *La certezza*, cit., p. 334.

necessari alla determinazione del significato dell'enunciato del dato normativo, nell'altro caso, invece, il criterio valutativo viene operato per decidere se la norma, nel contenuto attribuitogli a seguito dell'interpretazione, possa essere considerata valida o no<sup>156</sup>.

Si è, pertanto, dell'opinione che la pur condivisibile considerazione che il diritto positivo deve arricchirsi e non promuoversi quale alterità nel confronto con i valori in cui si muove l'interprete, in quanto il *ius* non è semplicemente "testo", ma soprattutto "con-testo", ed essendo inoltre animato da una finalità pratica, quale quella di assicurare una regolamentazione dei rapporti dei consociati quanto più adeguata alle aspettative di pacificazione ed ordine sociale<sup>157</sup>, si deve conciliare con il rispetto della funzione ordinante del diritto e, dunque, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico<sup>158</sup>.

Nella consapevolezza, tuttavia, che con ciò non è affatto superato il problema della discrezionalità interpretativa e, dunque, della (in)certezza del diritto, essendo i principi fondamentali per definizione connotati da un alto grado di generalità, per di più connessa ad un'"eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico)"<sup>159</sup>, che lascia ampio margine all'autonomia decisionale dell'interprete<sup>160</sup>.

Né canoni stringenti per guidare il processo ermeneutico delle norme di rango costituzionale sono agevolmente prospettabili<sup>161</sup>. Resta, tuttavia, che i principi

<sup>156</sup> Il giuspositivismo metodologico ritiene, infatti, "che sia possibile distinguere tra giudizi di valore in funzione 'conoscitiva' e giudizi di valore in funzione 'giustificativa', sì che "non impone agli studiosi del diritto di assumere, nell'ambito delle loro attività 'descrittive', un atteggiamento avalutativo, ma soltanto di 'ricostruire' il diritto a partire dalla moralità positiva espressa dai sistemi giuridici oggetto di studio, e non a partire dalla moralità critica" (A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2003, p. 49).

<sup>157</sup> F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 65, secondo cui, precisamente, "Il discorso normativo deve fare i conti col fatto che è destinato a valere nella vita e nell'esperienza concreta e perciò a misurarsi con i contesti di azione e comunicazione".

<sup>158</sup> Cfr., in proposito, le chiare parole di P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, cit., p. 67: "Non l'orientamento capricciosamente soggettivo dell'interprete, ma l'adempimento del suo compito di rispettare e, con la propria azione, realizzare la legalità costituzionale, deve guidare la sua attività".

<sup>159</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 849.

<sup>160</sup> Di fatti, si ritiene ormai comunemente che i principi costituzionali sfuggono all'alternativa del tutto o niente, dovendo piuttosto la loro applicazione essere frutto di un bilanciamento o di una ponderazione degli interessi configgenti. Copiosa è al riguardo la letteratura. Per limitarsi a quella italiana, v., fra i tanti, L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 65 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 625 ss.; G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, 25, 2005, p. 335 ss.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, *ivi*, 28, 2007, p. 219 ss.; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, 2, Milano, 2008, p. 185 ss.

<sup>161</sup> Funzione non più che orientativa si deve, ad esempio, attribuire all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che fa divieto dell'abuso del diritto stabilendo che nessuna disposizione

costituzionali non affidano la determinazione del contenuto ad un giudizio di valore personale dell'interprete<sup>162</sup>. Non si può, dunque, dubitare che il testo della disposizione costituzionale, per quanto generale sia il suo tenore, contenga un messaggioificante (*connotatum*) il cui significato (*denotatum*) spetta certamente all'interprete definire, ma nei limiti in cui il risultato dell'interpretazione appaia, secondo un giudizio di razionalità argomentativa, coerente con l'oggetto dell'attività interpretativa<sup>163</sup>.

Si deve, dunque, considerare non solo possibile ma anche necessario individuare parametri idonei a stabilire se la decisione del caso sia fondata esclusivamente sulle valutazioni personali dell'interprete o trovi invece un adeguato ancoraggio nel testo costituzionale<sup>164</sup>.

Contributi in tale senso non sono mancati<sup>165</sup>, ancorché, come sempre accade per le questioni di teoria generale, vi siano opinioni contrapposte<sup>166</sup>.

della Carta stessa deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà da essa riconosciuti o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle dalla medesima previste.

<sup>162</sup> V. G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 57 s., il quale, incisivamente, sottolinea che i principi costituzionali “non dicono che è inviolabile la libertà personale, o che la manifestazione del pensiero è libera, così come le intende l'interprete nel suo prudente apprezzamento” (corsivo nel testo).

<sup>163</sup> Come chiaramente sottolineato da L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 47 s.: “se è vero che la legge non può essere rettammente interpretata se non muovendo dal problema per il quale in essa si cerca la risposta, è vero reciprocamente che il problema non può essere rettammente risolto se non con riferimento al testo e nei limiti del senso del testo”.

<sup>164</sup> Merita di essere segnalato al riguardo che lo stesso Ronald Dworkin, che pur sostiene l'esigenza di una “lettura morale” della costituzione, sottolinea l'importanza del ruolo dell'argomento testuale e di quello basato sul rispetto dei precedenti nell'ambito dell'interpretazione costituzionale. Cfr., infatti, R. DWORKIN, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1996, spec. pp. 1- 38. Per una decisa critica all'interpretazione costituzionale per valori (*moral reading*), v., peraltro, R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, cit., p. 1376 s., secondo il quale “questo modo di vedere suppone un cognitivismo etico: la testi anti-liberale, cioè, secondo cui i valori morali sono entità oggettive di una qualche sorta, come tali suscettibili di conoscenza, e non oggetto di autonoma scelta o preferenza degli agenti morali”. Segnalava che dietro in concetto di valore si cela un conflitto ideologico e che la logica dei valori rischia di sopprimere il pluralismo, corrispondendo all'affermazione di un valore l'annientamento di valori diversi, già C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1960), trad. it. a cura di G. Gurisatti, Milano, 2008, p. 21 ss. Afferma, tuttavia, convincentemente, che in una democrazia costituzionale i valori perdono ogni pretesa di “tirannia”, P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 801 ss.

<sup>165</sup> Si fa soprattutto riferimento a R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit.; ID., *Concetto e validità del diritto* (1992), Torino, 1997; ID., *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), trad. it. a cura di M. Klatt, Bologna, 2012 (sul pensiero del quale v. G. BONGIOVANNI, *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, 2000), fautore della tecnica del bilanciamento dei principi costituzionali, il quale ha proposto una teoria giuridica orientata a mediare la dimensione morale del diritto con i suoi caratteri istituzionali, intendendo per tali i processi di creazione, applicazione e affermazione del diritto. Per quanto riguarda la dottrina italiana, cfr., per tutti, A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino 2011; AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, cit.; AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2007; nonché, G. PINO, *Principio, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 989 ss., al quale si rinvia per ulteriori considerazioni e citazioni.

<sup>166</sup> Sostengono, ad esempio, che il ragionamento giuridico sui diritti fondamentali rinvia alla sfera delle ragioni “moralì” senza alcuna restrizione, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, o.c., p. 156 ss.; B. CELANO, *Principi*,

La complessità del tema sconsiglia di tentare in questa sede ogni ulteriore approfondimento. Salvo rilevare pragmaticamente che, anche grazie al fecondo dialogo che ormai da tempo si è instaurato tra le Corti Supreme, nazionale ed europee<sup>167</sup>, gli *standards* di tutela dei diritti fondamentali presentano una certa stabilità. Il che consente il loro impiego quale strumento di controllo della coerenza della soluzione del caso concreto con le scelte di fondo operate dall'ordinamento. Soltanto all'esito positivo di un tale giudizio la regola di fonte giurisprudenziale si potrà, infatti, dire rispettosa della vincolatività del diritto (positivo) e non un mero atto arbitrario o, comunque, privo di una (persuasiva) giustificazione sistematica<sup>168</sup>.

In tal senso, compito precipuo della scienza giuridica, per non ridursi a "letto di piume della prassi"<sup>169</sup>, non può che essere, oltre quello consueto di proporre costruzioni generali idonee a giustificare coerentemente le soluzioni dei casi concreti, quello di operare un controllo rigoroso dell'attività giurisprudenziale al fine di vagliarne la conformità alla legalità costituzionale e, dunque, in special modo, il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana assicurata dai principi apicali dell'ordinamento

---

*regole, autorità*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1061 ss.; ID., *Principi, diritti e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2004, n. 4, p. 1 ss. Orientamento contrapposto a quello di chi è, invece, convinto che allontanarsi dal testo delle disposizioni della Costituzione vuol dire allontanarsi dai suoi principi-valori (G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001, p. 237 e ss.

<sup>167</sup> V., per tutti, *Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo fra le Corti*, Atti del convegno internazionale organizzato dal CISEM e svoltosi, venerdì 20 novembre 2009 presso l'Aula Magna della Corte d'Appello di Bari, in *Riv. dir. priv.*, 2010, n. 2. L'affermazione del carattere vincolante della tutela dei diritti fondamentali per tutti i settori dell'attività giuridica è comunque merito della sentenza Lüth del 15 gennaio 1958 del Tribunale costituzionale tedesco (BVerfGE 7 (1958), p. 198 ss.), che ha stabilito che la legge fondamentale non pone un ordine di valori neutrale, ma "mediante il catalogo dei diritti fondamentali ha apprestato un ordine di valori oggettivo, nel quale si rinviene proprio l'espressione del rafforzamento dell'efficacia di principio degli stessi diritti fondamentali. Questo sistema di valori, che trova il proprio fulcro nello sviluppo della personalità e della dignità umana all'interno della comunità sociale, deve valere in tutti i settori del diritto in quanto costituzionalmente decisivo ...". La decisione, com'è noto, è stata aspramente criticata da C. SCHMITT, *o.c.*, p. 67 - a parere del quale "all'interno di una comunità la cui Costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui decretate stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori" -, ma per suo merito si è affermata la convinzione che la costituzione prevede un preciso sistema di valori (libertà, dignità, eguaglianza, principio dello Stato di diritto, dello Stato sociale, principio democratico) che orientano l'applicazione di tutto il diritto positivo (R. ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in *Rechtstheorie* 18, 1987, p. 405 ss.).

<sup>168</sup> Secondo l'insegnamento di L. MENGONI, *Interpretazione*, cit., p. 74; ID., *Dogmatica giuridica*, cit., p. 8 ss., secondo il quale soltanto assicurando che le soluzioni prospettate per i singoli casi alla luce dei criteri assiologici dell'ordinamento possano inserirsi "nella totalità dell'esperienza giuridica" e verificandone la "compatibilità con la razionalità del sistema" si garantisce che il diritto non si risolva nella "casistica". Da altro punto di vista, sostiene similmente che il giudice nel risolvere il caso concreto deve ricostruire la teoria che meglio si adatta e meglio giustifica l'intero sistema giuridico ("*Law as integrity*"), R. DWORIN, *o.u.c.*, p. 204 ss.

<sup>169</sup> Secondo il risalente ma tuttora attuale giudizio sarcastico di A. MERKL, *Il duplice volto del diritto* (1918), in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. it. a cura di C. Geraci, con presentazione di M. Patrono, Milano, 1987, p. 122.

“eurounitario”<sup>170</sup>, i quali non possono essere mortificati da letture riduttive basate su convincimenti personali dell’interprete<sup>171</sup>.

Nella piena consapevolezza, tuttavia, del mutamento radicale di prospettiva nel ragionamento giuridico che ciò comporta, poiché se è primaria l’esigenza di assicurare tutela ad un diritto fondamentale, il perseguimento di un tale obiettivo diviene la giustificazione assorbente ed effettiva della disciplina applicabile al caso concreto, che condiziona inevitabilmente l’interpretazione del testo delle disposizioni legislative qualunque sia il loro significato letterale, sì che nell’adottare il “ragionamento per diritti” il giudice opera un controllo diffuso di salvaguardia dei diritti fondamentali<sup>172</sup> che rifugge, come già evidenziato<sup>173</sup>, più che dai canoni interpretativi della retorica giuridica classica (argomento *a contrario*, *a fortiori*, storico, sistematico, *ab absurdo*, teleologico ecc.), dall’applicazione del metodo sussuntivo basato sulla logica della fattispecie<sup>174</sup>. Importanza predominante rivestono, infatti, altre operazioni argomentative, quali il bilanciamento tra diritti in conflitto, la giustificazione della proporzionalità e della ragionevolezza delle normative limitative dei diritti, la ricerca di possibili gerarchie tra tipi di diritti, nonché l’individuazione di nuovi diritti deducibili implicitamente dai principi costituzionali. In merito ai quali i limiti del presente lavoro non consentono, peraltro, di soffermarsi<sup>175</sup>.

Qui è possibile soltanto rilevare, abbozzando una sintetica e provvisoria conclusione, che non essendo dubitabile che anche nei paesi di *civil law* la giurisprudenza deve

---

<sup>170</sup> Espressione coniata da A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, 125 ss.

<sup>171</sup> Il pericolo che il giudice possa abusare “della scienza giuridica utilizzandola per coonestare opinioni puramente personali od aspirazioni politiche ed ideologiche”, che ha indotto Kelsen ad erigere la teoria pura del diritto (come indicato da L. LARENZ, *Storia sul metodo della scienza giuridica*, cit., p. 113, del quale sono le parole virgolettate), è indubbiamente fondato ed è senz’altro necessario che sia contenuto entro margini accettabili. Con la consapevolezza che non può essere totalmente escluso, essendo del tutto illusoria l’idea che il giurista operi all’interno di un mondo ideale basato su una geometrica razionalità, chiuso in se stesso e svincolato da ogni rapporto con la vita reale, come suggerito, appunto, dalla teoria pura del diritto di Kelsen.

<sup>172</sup> Per un approfondimento, con particolare riguardo al carattere sovraordinato dell’ordinamento dell’Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sia consentito far riferimento a F. PROSPERI, *o.c.*, p. 93 ss.

<sup>173</sup> *Ante*, sub § 5.

<sup>174</sup> Questione che riguarda anche il diritto penale. V., infatti, T.E. EPIDENDIO, *Brevi impressioni e spunti a margine nel dibattito su mutamento giurisprudenziale in “bonam partem” e giudicato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.12.2012, p. 2 ss., che paventa il rischio che l’attribuzione al giudice comune del ruolo di salvaguardia dei diritti finisca per consentirgli “pronunce che, pur qualificate come di mera “interpretazione” della norma, avrebbero la sostanza di una dichiarazione di incostituzionalità nella parte in cui la disposizione non esprime una norma che tuteli adeguatamente il diritto fondamentale”. Posto, comunque, che soltanto la sentenza di incostituzionalità della Corte costituzionale, determinando la cancellazione della norma incostituzionale dall’ordinamento giuridico, ha efficacia *erga omnes*, il giudice comune non può sottrarsi al compito di assicurare la tutela dei diritti fondamentali della persona umana in quanto è tenuto ad attuare la legalità costituzionale. V., in merito, quanto già osservato *ante*, sub § 5.

<sup>175</sup> Si rinvia, quindi, per tutti, a G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010.

essere inserita tra le fonti (atipiche)<sup>176</sup> di produzione del diritto (vivente)<sup>177</sup>, in quanto sostanzialmente concorre sempre a determinarlo, il problema di carattere sistematico da risolvere diviene quello di stabilire a quali condizioni la giustizia del caso concreto possa considerarsi coerente con le finalità perseguite dall'ordinamento giuridico e sia, quindi, idonea a diventare giustizia del caso futuro<sup>178</sup>. Se, come convincentemente si è sostenuto, si deve ritenere decisiva a tal fine la capacità della sentenza di rivelare “quella *quid* razionale, quella regola universale la cui applicabilità prescinda del tutto da istanze contingenti”<sup>179</sup>, è evidente che una tale valutazione compete non più soltanto alla giurisprudenza, ma all'intera comunità giuridica<sup>180</sup>. Anche, dunque, ad “una *scientia iuris* in grado di proporsi come stabile connettivo tra la [giurisprudenza] stessa e l'esercizio della funzione legislativa”<sup>181</sup>. Poiché, dando credito all'idea che la scienza giuridica altro non sia se non ciò che i giuristi fanno, attività giuridica è anche quella teorica non meno di quella pratica.

civilistica.com

Recebido em: 15.10.2016 Publicado a convite
--

**Como citar:** PROSPERI, Francesco. Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/discrecionalita-giudiziale-e-certezza-del-diritto/>>. Data de acesso.

<sup>176</sup> Cfr., in particolare, in questo senso, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto (Art. 1-9 disp. prel.)*, in *Comm. c.c. Scialoja - Branca*, 2° ed., Bologna-Roma, 2011, p. 705 ss., secondo cui il precedente giudiziario costituisce una «fonte-fatto» e, più precisamente, una «meta-fonte», derivando dall'interpretazione di una fonte normativa che la precede, di carattere culturale.

<sup>177</sup> Per una conferma tratta dalla dottrina tedesca più recente, cfr. C. HENKE, *Über die Evolution des Rechts. Warum ändert sich das Recht?*, Tübingen, 2010, p. 50 ss.

<sup>178</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 23 ss.; ID., *Dogmatica giuridica, o.l.u.c.*. Nella medesima prospettiva, v. anche le considerazioni di L. VACCA, *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, p. 268 ss.

<sup>179</sup> L. VACCA, *o.l.c.*

<sup>180</sup> Così, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *o.l.u.c.*, i quali, muovendo da una concezione del diritto come “comunità interpretativa”, sottolineano che «la vita di una comunità giuridica consista in un'incessante ed instancabile prassi interpretativa».

<sup>181</sup> L. VACCA, *o.l.c.*