

DOTTRINA, GIURISPRUDENZA ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO*.

di Vittorio Teotonico**

Sommario. 1. La propensione dei giuristi a costruire, piuttosto che a individuare, il diritto e a mediare tra *testi* (nomativi) e *contesti* (sociali) . – 2. Una rapida rassegna di tesi riduttive in merito ai compiti di dottrina e giurisprudenza. – 3. Teoria, dottrina e interpretazione. La collaborazione tra cultura giuridica e potere politico quale costante della storia del diritto. L'accresciuto ruolo dei giuristi-costituzionalisti nello Stato contemporaneo: aspetti *fisiologici* e ipotesi *patologiche*. – 4. La legittimazione della magistratura. L'*intraprendenza pretoria* come passaggio talvolta obbligato per restituire unità e coerenza all'ordinamento e attenuarne il divario con la società. L'esigenza di nuovi raccordi inter-istituzionali. Il giudice costituzionale come organo *diversamente politico* (rispetto a quelli legislativi ed esecutivi). – 5. Alcune considerazioni riassuntive e conclusive.

50

1. La propensione dei giuristi a costruire, piuttosto che a individuare, il diritto e a mediare tra *testi* (normativi) e *contesti* (sociali).

La scienza giuridica, secondo un'autorevole definizione, è quell'attività razionale svolta da dottrina e giurisprudenza e diretta a “costruire”, piuttosto che a individuare, il diritto sulla base tanto delle fonti normative quanto dei “contesti sociali” i quali forniscono alle prime gli elementi storicamente mutevoli, ma sempre indispensabili, per poter concretamente operare¹.

* *Sottoposto a referaggio*. Il lavoro rappresenta una versione rielaborata e corredata di note di una relazione tenuta al Convegno internazionale dal titolo *Role of Constitutional Courts in new democracies*, organizzato dalla Corte costituzionale albanese e svoltosi a Tirana il 20 e 21 ottobre 2022, alla cui data il lavoro stesso è aggiornato.

** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico – Università di Bari Aldo Moro.

¹ C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 23 ss. e p. 33 ss. *Funditus* sul concetto di scienza giuridica F. Modugno, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Rivista AIC*, dicembre 2014, il quale sostiene che dottrina, giurisprudenza e interpretazione rappresentano i tre aspetti distinti ma intimamente collegati della “scienza giuridica”, ossia della “Giurisprudenza (in senso lato, con la “g” maiuscola)” (p. 3). S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 101 ss., pur distinguendo tra scienza giuridica (orientata alla conoscenza) e tecnica giuridica (capace di tradurre in precetti pratici le formulazioni scientifiche), comunque reputava inseparabili le due fasi, essendovi tra di esse non solo “connessione, ma addirittura reciproca coordinazione funzionale e strutturale” p. 107 ss.). Analoga la posizione di A. Falzea, *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)* (1996), in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 664, secondo cui conoscenza scientifica e applicazione pratica del diritto, se in linea di principio possono apparire concetti antitetici, “in concreto esse tendono a sfumare e i termini del confronto a sovrapporsi fino a identificarsi”. In senso ancor più esteso M. Jori e A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, p. 103, ed E.

La definizione sembra attagliarsi particolarmente all'attività del costituzionalista e del giudice costituzionale. Essi, invero, vengono reputati giuristi "di frontiera per eccellenza" atteso che operano in una branca del diritto che – in conseguenza del carattere perlopiù compromissorio e largamente indeterminato delle previsioni delle Carte fondamentali liberaldemocratiche – risulta più di altre sensibile sia all'evoluzione culturale, politica ed economica della società, sia al cambiamento di senso delle parole con cui esprime i propri concetti².

Siffatta vocazione costruttiva di studiosi e operatori del diritto emerge in modo più netto nelle fasi transitorie, nei periodi di crisi, quando i decisori politici dimostrano maggiore difficoltà nel *problem solving* e minore attenzione alle priorità costituzionali. In simili frangenti tendono ad aumentare i vuoti normativi da colmare, le antinomie da superare, i conflitti da appianare, i diritti da garantire. Di pari passo crescono anche il disinteresse per gli strumenti di partecipazione democratica e il divario tra comunità governata e apparato governante³.

Da qui si può meglio comprendere il ruolo centrale, anche in senso sociale, di dottrina e giurisprudenza che in realtà non si limitano mai, neppure in tempi, per così dire, di normalità, a fare solo l'esegesi o a dare mera applicazione alle regole giuridiche. Già oltre un secolo fa, Vittorio Emanuele Orlando scriveva che "il diritto scritto non riproduce che una parte, e non sempre la migliore", di ciò che è "giuridicamente sentito" dalla coscienza collettiva. Anche per questo – Egli proseguiva – diventa essenziale il lavoro del giurista quale interprete qualificato sia di quel diritto che di questa coscienza: come la stessa

Giannantonio, *Dottrina e giurisprudenza come «fonti del diritto»*, in *Giur. it.*, n. 10/1991, parte IV, c. 381, hanno sostenuto che rientrerebbe nel concetto di scienza giuridica l'insieme dei discorsi e delle interpretazioni di tutti quanti (professori, giudici, avvocati) si occupino professionalmente di diritto. Del resto, lo stesso A. dal cui pensiero siamo partiti considerava la giurisprudenza (casistica o pratica) "come la parte viva e lo scopo finale della scienza giuridica": C. Lavagna, *op. cit.*, p. 40 ss. Sia come sia, per esigenze di comodità discorsiva, nonché per l'esistenza stessa di tali strettissimi legami, in questa sede si preferirà utilizzare l'espressione *scienza giuridica* come *genus* comprensivo delle due *species* dottrina e giurisprudenza (viste ora in senso oggettivo, come forme di elaborazione/esplicazione scientifica del diritto, ora in senso soggettivo, come insiemi di figure professionali a ciò deputate).

² G. Silvestri, *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, p. 128 ss. Così già E. Spagna Musso, *Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale come struttura sociale* (1971), in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, p. 2767 ss., in part. p. 2782 ss.

³ Non è questa la sede per approfondire il tema. Qui basti accennare a due dati registrati in Italia l'anno appena trascorso: il primo riguarda la scarsa partecipazione popolare, fermatasi a poco più del 20%, che ha impedito di raggiungere il *quorum* di validità ai cinque *referendum*, denominati sulla giustizia, svoltisi nella scorsa primavera; il secondo è quello relativo alla soglia dei non votati, superiore al 36%, che ha reso il c.d. partito dell'astensionismo quello di gran lunga maggiore dopo le elezioni politiche di inizio autunno.

etimologia dimostra, interprete è “chi si interpone e concilia, non già chi si limita a tradurre una lingua in un'altra più comprensibile, ma serbando l'identico contenuto”⁴.

A *fortiori* oggi, a motivo, per un verso, di una Costituzione rigida e per valori, la cui difesa di per sé richiede ai giuristi prestazioni prima sconosciute⁵, e, per altro verso, di un quadro normativo lacunoso e al contempo caotico, che esige di essere continuamente ricomposto⁶, pare del tutto anacronistica l'immagine ottocentesca dello scienziato del diritto come *bouche de la loi*, come servile riproduttore o esecutore del comando dell'autorità costituita, senza alcuna possibilità di moderarne la forza e il rigore⁷. Gli interventi dottrinali e giurisprudenziali non possono più essere – se mai prima lo siano stati – di tipo *fonografico* o *riflettente*, ossia pedissequamente dichiarativi della *voluntas legislatoris*, apparendo non di rado espressione di un'attività propositiva, correttiva, trasformativa o addirittura sostitutiva nei confronti della medesima *voluntas*.

In buona sostanza, se la funzione principale del giurista resta quella di “interprete politicamente fedele” alle scelte prima costituenti e poi legislative (ma pur sempre professionalmente competente a ridefinirle a seconda delle diverse possibilità offerte dalla loro struttura più o meno aperta), nulla pare impedirgli di rendere il proprio contributo altresì quale “architetto delle istituzioni” (in quanto preparato a conferire

⁴ V.E. Orlando, *L'elogio dell'avvocatura e le riforme istituzionali* (1914), in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, p. 298 ss. L'attività mediatrice tra soggetti o realtà differenti insita nell'origine stessa della parola interpretazione (per via della preposizione *inter* che ne costituisce il prefisso e ne orienta il significato) viene spesso sottolineata anche nella letteratura contemporanea: v., ad es., A. De Nitto, «Principio di diritto» e «interpretazione di legge», in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, *Introduzione alla giurisprudenza, diritto privato, diritto pubblico*, Milano, 1993, p. 93; M. Dogliani (voce), *Interpretazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, p. 3185; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, p. 170 ss.; F. Modugno, *op. cit.*, p. 9. La stessa idea di mediazione o di comunicazione tra mondi diversi – come metteva in luce H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1983, p. 203 – evoca il sinonimo *ermeneutica* in quanto derivato da Hermes, il messaggero degli dei, il *trait d'union*, cioè, tra Olimpo e Terra.

⁵ M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, n. 3/1998, p. 371.

⁶ Diversi e stimolanti sono gli studi che inducono a guardare all'ordinamento non come un mero *dato* di cui prendere atto, bensì come un *problema* da risolvere: v., solo per ricordarne alcuni, quelli di E. Betti, *Teoria generale della interpretazione* (1955), vol. II, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990, p. 833 ss., spec. p. 836; G. Tarello, “Sistema giuridico”, “ordinamento giuridico”, in S. Castignone, R. Guastini e G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, ed. breve, Genova, 1982, p. 59 ss., spec. p. 61 e p. 88; E. Giannantonio, *op. cit.*, p. 375 ss., spec. 380; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, *passim*, spec. p. 48; C. Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, p. 19 ss.; M. Dogliani (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, *passim*.

⁷ Cfr., *ex multis*, A. D'Atena, *Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, tomo II, Roma, 2010, p. 177.

un'articolazione normativa ad una visione politica) o persino quale risolutore, o almeno co-risolutore, delle condizioni di crisi⁸ (aggravate, quando non causate, da un Parlamento spesso troppo pigro e diviso al suo interno, avulso dallo stesso contesto sociale di riferimento o anche solo incapace di fornire un'ideale declinazione tecnica agli interessi rappresentati)⁹.

2. Una rapida rassegna di tesi riduttive in merito ai compiti di dottrina e giurisprudenza.

Tutt'altro che pacifica appare la premessa da cui abbiamo dato avvio alle nostre riflessioni. È qui possibile riportare, a mero titolo esemplificativo, solo alcune tra le tante voci più o meno dissonanti, anche molto accreditate, sul ruolo di dottrina e giurisprudenza e sui limiti del loro raggio di azione.

V'è innanzitutto da ricordare la metafora romaniana dell'interpretazione come “specchio” dell'ordinamento vigente: uno specchio che talvolta potrebbe pure proiettare immagini alterate a causa, però, piuttosto che della discutibilità della scelta legislativa (che anzi andrebbe sempre “considerata cristallizzata e immobilizzata perché dura”), dei difetti propri dell'intelletto umano dell'interprete (la cui attività comunque non dovrebbe mai concorrere con quella di chi pone il diritto e tantomeno sostituirsi ad essa)¹⁰.

Né si può dimenticare quella corrente di stampo neopositivistico che, pur includendo la scienza del diritto tra le scienze empiriche (atteso che la conoscenza delle proposizioni normative presuppone un riferimento alle fattispecie concrete da esse regolate), circoscrive il suo compito essenzialmente ad un'analisi critica del discorso legislativo

⁸ In questi termini U. Scarpelli, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1973, p.1680 ss. Invero, perlomeno quando la crisi mette in pericolo la salvaguardia di diritti o principi fondamentali, il problema diventa “troppo serio per lasciarlo solamente nelle mani dei politici di professione”: G. Pitruzzella, *Considerazioni sull'“idea” di Costituzione e il mutamento costituzionale*, in *Arch. dir. cost.*, n. 2/1993, p. 68.

⁹ V. L. Mezzetti, *Composizione e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in M. Calamo Specchia (a cura e con introduzione di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, p. 193, a cui *adde* almeno P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2003, p. 45 ss., e R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018, p. 650.

¹⁰ S. Romano, (voce) *Interpretazione evolutiva* (1945), in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalterata, Milano, 1953, p. 120 ss.

(volta allo scopo di purificarlo e completarlo mediante le rigorose regole sistematiche del linguaggio tecnico-giuridico)¹¹.

Giova inoltre accennare all'opinione di coloro che reputano il lavoro di teorici e pratici del diritto come squisitamente ricognitivo di significati normativi oggettivamente dati e preesistenti alle loro interpretazioni o decisioni, con ciò escludendo che essi possano creare, in qualche modo, nuove regole o anche solo ridefinire, attraverso scelte valutative, il senso e la portata di quelle vecchie¹².

Non molto diversa appare la posizione di quanti sottolineano come il giurista, ogni qual volta proponga nuove regole, dismetta le proprie vesti per indossarne altre¹³, dimodoché tutto quanto attenga al cambiamento rientrerebbe non già nella scienza giuridica, bensì “nell'arte della politica, nelle disquisizioni *de iure condendo*, nell'impegno civile o nella consulenza ai legislatori”¹⁴.

Sempre in quest'ottica, qualcuno paventa il rischio che l'interprete che si addentri in tali ulteriori campi di conoscenza o esperienza umana subisca una sorta di “contaminazione”, vale a dire ceda alla tentazione di far passare per leggi le sue personali opinioni oppure le direttive dei partiti in cui milita¹⁵.

Altri poi ritengono che, perlomeno negli ordinamenti di *civil law*, il *judicial activism* non solo talvolta metta a dura prova la tenuta di principi di legalità e della separazione dei poteri¹⁶, dando luogo a scelte discrezionali ideologicamente orientate che spetterebbero al

¹¹ Si rinvia a N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, p. 200 ss., spec. p. 231 ss., il quale ad una fase di “purificazione” del discorso legislativo (attività di interpretazione in senso stretto) faceva seguire una fase di suo “completamento” (attività di integrazione o estensione della legge) e infine una fase di “ordinamento” del linguaggio dello stesso giurista (attività sistematica o di costruzione di un determinato sistema giuridico).

¹² Su questi aspetti, benché limitatamente all'attività giudiziale, indugiava E. Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984, p. 11 ss. e p. 45 ss.

¹³ Per G.U. Rescigno, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2003, p. 860, il momento scientifico si consumerebbe con l'acquisizione delle specifiche conoscenze del giurista, mentre le sue proposte, per quanto siano basate su tali conoscenze e per quanto appaiano le migliori possibili, fanno “parte della politica, e non più della ricerca scientifica”. Affine il pensiero di V. Frosini, *La Costituzione italiana dalla prima alla seconda Repubblica (e dopo)*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 109-110/1995, p. 5, il quale ammoniva i teorici del diritto a non varcare i limiti della propria funzione per indirizzarsi verso percorsi non ancora tracciati, di spettanza invece dei politici di mestiere.

¹⁴ Così, seppur in tono non assertivo, ma problematico, P.G. Grasso, *Il concetto di riforma e i giuristi*, in AA.VV., *Scritti (su le fonti normative e altri temi di vario diritto) in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, p. 313 ss.

¹⁵ Il timore risale, in part., a G. Cassandro, *Il «fare» del giurista*, in *Dir. soc.*, n. 1/1973, p. 131.

¹⁶ V., ad es., L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016, p. 13 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, p. 251 ss.; A. Ruggeri, *In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)*, in *Consulta online*, n. 3/2022, p. 1013 ss.

legislatore¹⁷, ma non sia neppure in grado di dotare di una valenza generale le decisioni dei singoli giudici, con la conseguenza di creare una disomogeneità e una incertezza che non appaiono utili ai diretti interessati¹⁸.

Altri ancora, con più specifico riguardo ai giudici delle leggi, rimarcano come questi ultimi, tramite un uso accentuatamente costruttivistico dell'interpretazione costituzionale, possano indebitamente sottrarre spazio alla politica e alla legislazione, "saturandolo di diritto e giurisdizione"¹⁹, oppure notano come essi quanto più si ergano a interpreti dell'evoluzione della coscienza sociale tanto più portino argomenti a favore della teoria originalista, risolutamente avversa all'idea che "*the Constitution is what the Judges say it is*"²⁰.

Né manca chi, riferendosi ai giudici comuni, in particolare civili, sostiene che gli stessi oramai "si rivolgono alla Costituzione come ad una sorta di elenco sofisticato dal quale prelevare l'argomento di volta in volta ritenuto utile per legittimare una certa decisione"²¹.

Questi rilievi, come tanti altri di tenore riduttivo, sui compiti di giudici e dottori del diritto, pur presentando tutti indiscutibili elementi di verità, non risultano assolutamente insuperabili in virtù di una serie di ragioni che proveremo ad esporre qui di seguito.

3. Teoria, dottrina e interpretazione. La collaborazione tra cultura giuridica e potere politico quale costante della storia del diritto. L'accresciuto ruolo dei giuristi-costituzionalisti nello Stato contemporaneo: aspetti fisiologici e ipotesi patologiche.

Appare utile innanzitutto operare una distinzione – valevole non solo in ambito giuridico – tra teoria e dottrina, che pure nel linguaggio comune, e persino nel discorso

¹⁷ L'osservazione è comune, *ex multis*, a D. Grimm, voce *Diritto e politica*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, p. 118 ss.; A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2010, p. 118; C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 ss.

¹⁸ Questa l'impostazione di P. Caretti, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, p. 191.

¹⁹ Si rimanda sul punto a G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 298.

²⁰ *Amplius* N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 1 ss., in part. p. 12 ss.

²¹ L. Nivarra, *A proposito di Eclissi del diritto civile di Carlo Castronovo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4/2016, p. 1192.

specialistico, sovente risultano parole interscambiabili.

La teoria mostra una natura essenzialmente *accertativa e razionalizzante* nella misura in cui essa si mantiene nel solco di dati reali (da registrare, elaborare e ordinare) con l'intento di ricavare da essi, per astrazione, principi unitari sulla base dei quali dedurre determinati svolgimenti logici e/o formulare eventuali previsioni di fatto. La dottrina, diversamente, assume una connotazione *decisoria e precettiva* laddove avanza “proposte ideali o ideologiche” per integrare e modificare quegli stessi dati reali²², nonché per ridefinire, assieme ad alcune conseguenze, anche alcune premesse della propria riflessione²³. Si può dire che, mentre la prima si riduce ad un insieme di enunciati conoscitivi o informativi e di ragionamenti sillogistici basati su *ciò che è* o *ciò ne consegue*, la seconda indica “ciò che deve essere, mira a far fare, funge da prescrizione”, da “sollecitazione ad agire o ad intendere, ad operare o interpretare in un certo modo, anziché in un altro”²⁴ (sia pure in base a determinati presupposti che, nella dottrina giuridica, sono rappresentati dalle disposizioni normative).

Se è vero, allora, che la teoria fornisce l'apparato concettuale e persino il vocabolario necessari per assicurare una chiara identità e una “pronta intellegibilità” ad una determinata disciplina²⁵, non è meno vero che essa essenzialmente si accontenta di analizzare e collegare in una superiore unità sistematica i fenomeni naturali o sociali oppure le attività umane oggetto di quella disciplina. E, quand'anche s'arrischi ad anticipare eventuali futuri sviluppi degli stessi fenomeni e delle stesse attività, lo fa comunque secondo *condizioni controllate*, incapaci, cioè, di turbare quell'unità astrattamente ricavata.

Tocca invece alla dottrina proporre schemi di intervento e di incisione sulla realtà concreta prendendo in considerazione anche *condizioni disturbanti*, vale a dire situazioni impreviste, esigenze sopravvenute, interessi nuovi e, per quel che segnatamente riguarda la realtà del diritto, anche “le linee di tendenza assiologiche che si vanno formando nella

²² G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 178.

²³ Sulla caducità di molti dogmi giuridici si soffermava lo stesso V.E. Orlando, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* (1925), in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, rist. inalterata, Milano, 1954, p. 27: “Gli indirizzi metodici e i mezzi tecnici che essi raccomandano non sono che impalcature, le quali servono senza dubbio, e sono anzi necessarie per la costruzione degli edifici scientifici, ma e l'utilità e la necessità dipendono sempre dallo stato della costruzione stessa, di guisa che, quando una determinata fase costruttiva è sorpassata, quell'impalcatura non serve più e viene quindi abbattuta per essere sostituita da un'altra cui è serbata, fra qualche tempo, la stessa sorte”.

²⁴ F. Modugno, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ E. Betti, *op. cit.*, p. 814 ss.

coscienza e nel vivere comune”²⁶. Così, la dottrina giuridica “prende sul serio il movimento e non la fissità”; si preoccupa non tanto di dire la verità, o di contemplare l’ordine esistente, quanto di esprimere una progettualità, di concepire equilibri migliori; e, dunque, lungi dal fermarsi a fotografare il “mondo dell’esperienza”, legato a quel che di fatto accade, si spinge ad immaginare un “mondo possibile”, da fondare su ulteriori (e non solo su differenti) criteri e regole unificanti²⁷. Ai cultori del diritto, allora, spetta principalmente contribuire “ad una prima riduzione del caos all’ordine” nel campo normativo, additando i percorsi ermeneutici da seguire. Essi, proprio per questo, possono rendere anche il “servizio” di mostrare agli organi legislativi “i mezzi idonei al conseguimento di dati fini (ed evitare quindi eccessi o difetti sempre pericolosi)” o persino “quello, ben più importante, di indicare i fini [stessi] verso i quali, sotto l’impulso delle sue leggi di svolgimento [...], tende un determinato aggruppamento sociale, evitando l’urto tra la struttura sociale e la forma giuridica”²⁸.

Del resto, a prescindere dall’idea che ciascuno possa avere su compiti e confini della cultura giuridica, la collaborazione tra di essa e il potere politico risulta una costante della storia del diritto, a partire perlomeno dai giureconsulti romani, veri e propri *iuris conditores*, sia al tempo della Repubblica che sotto l’Impero²⁹. Successivamente, dalla redazione degli Statuti comunali medievali, all’instaurazione e al consolidamento delle monarchie nazionali, ai processi costituenti e alle grandi codificazioni prima nello Stato liberale, poi in quello autoritario³⁰ e quindi in quello democratico-pluralistico, fino alle

²⁶ A. Falzea, *op. cit.*, p. 667.

²⁷ Invero, ad avviso di P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per un’antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/1995, p. 1 ss., spec. p. 8 ss. e p. 30 ss., un mondo possibile significa non utopistico, né opposto e neppure eccessivamente distante da quello esistente proprio perché è pur sempre quest’ultimo ad offrire ai cultori del diritto la legittimazione sociale e insieme il materiale creativo di cui i medesimi hanno bisogno per operare (p. 34). Nella stessa ottica F. Rimoli, *Postmodernità e diritto: appunti per uno studio introduttivo*, in G. Grisi e C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno*, Roma, 2018, p. 120, avvicina il giurista d’oggi all’artista post-moderno il quale “sperimenta sì, ma non troppo, senza più rischiare il rifiuto sociale o il blocco creativo”.

²⁸ S. Pugliatti, *La crisi della scienza giuridica* (1948), in Id., *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 698. L’A. aggiungeva che la scienza giuridica, se esplica questa sua funzione “illuminante” in situazioni di pace, maggiore merito acquista in momenti di crisi, “quando la fatica è immane e i risultati incerti e modesti, e quando può persino sembrare che il giurista, che voglia dare suggerimenti al politico che deve preparare la legge, esca dai limiti che gli sono segnati”.

²⁹ Ricordava R. Von Jhering, *Il nostro compito* (1857), in Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. Racinaro, Milano, 1989, p. 35, come a giureconsulti quali Ulpiano e Paolo si dovesse l’origine di numerosi principi giuridici non riconducibili a nessuna previsione di legge o brano del *corpus iuris*.

³⁰ Come evidenziato da R. Sacco, (voce) *Dottrina (fonte del diritto)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 216, negli ordinamenti dominati da un partito unico o da un potere di tipo personale, non

più recenti riforme legislative o costituzionali, il giurista è sempre stato un prezioso, quando non insostituibile, *consigliere del Principe*³¹. Basti ricordare, tra i tantissimi, Portalis per la Francia, Windscheid per la Germania, Rocco, Redenti, Calamandrei e Santoro Passarelli per l'Italia.

Si può ritenere che ciascuno di loro, scrivendo una legge piuttosto che un libro, abbia continuato lo “stesso gioco su un altro tavolo, con gli adattamenti dovuti alla diversità dei giocatori e della posta in gioco”³². E si può aggiungere, su di un piano più generale, che mentre l'effettivo progresso degli ordinamenti sembra essere andato di pari passo con l'evoluzione del pensiero sistematico dei giuristi³³, i livelli più bassi toccati dai legislatori (se non altro sotto l'aspetto del *drafting* normativo) possono collegarsi proprio ad un loro colloquio precario e scarsamente efficace con gli stessi giuristi³⁴. Insomma, l'analisi diacronica del fenomeno giuridico dimostra come la dottrina, da un lato, abbia perlopiù influito *ex ante* sui poteri politico-normativi, ispirandone o provocandone l'azione, e, dall'altro, abbia di continuo operato *ex post* sugli esiti di tale azione, fissando i metodi di accertamento del diritto e di interpretazione delle leggi, senza appagarsi di “scoprire il senso grammaticale o logico dei termini legali o l'intenzione del legislatore”³⁵.

diversamente dagli altri, si è di solito formata una classe di teorici del diritto ammirati e ascoltati da quel partito e da questo potere.

³¹ Sia pure *mutatis mutandis*, la conclusione può valere anche per i sistemi giuridici del medio ed estremo oriente. Invero, il diritto ebraico, musulmano, indu, cinese e giapponese, a tacer d'altri, si sono originariamente fondati bensì su rivelazioni divine e/o antiche consuetudini, ma vieppiù per come elaborate e tramandate dalla dottrina. E quest'ultima non pare avere perso il proprio potere di influenza neppure quando, a partire dal XVII secolo, in molti casi sono iniziati complessi processi di ibridazione, codificazione e modernizzazione anche mediante la ricezione di taluni modelli occidentali: A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, p. 296 ss.

³² P. Costa, *op. cit.*, p. 30.

³³ ... i quali, coltivando in modo socialmente responsabile la propria disciplina, finiscono per porre in un analogo “stato di responsabilità sociale non soltanto i giudici che applicano le leggi, ma primariamente gli stessi legislatori che sono gravati del compito di formularle”: A. Falzea, *op. cit.*, pp. 671 e 673. Non molto diversa appare la riflessione di A. Gambaro, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, parte V, 1983, cc. 89 ss., che, basata sulla premessa che il prestigio culturale e il successo pratico dei teorici del diritto siano rimasti sostanzialmente invariati nel tempo, chiarisce che senza il loro apporto, ancora oggi, “non solo è impossibile giudicare, assistere, consigliare, ma non si può nemmeno legiferare, almeno se si intende procedere in modo organico e duraturo”.

³⁴ Cfr. A. Falzea, *op. cit.*, p. 674 ss. Per converso, è possibile sostenere, con S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, p. 96, che durante i periodi bui, come nel ventennio fascista italiano, il silenzio o la mancata collaborazione di molti giuristi diventa anche un modo per manifestare il dissenso, per non aderire al regime.

³⁵ A R. David e C. Jauffret-Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (1992), a cura di R. Sacco, Padova, 1994, p. 123, pertanto, pare inaccettabile – e comunque contraria alla tradizione romano-germanica – “l'opinione, dominante in Francia nel XIX secolo, che tutto il diritto si trovi nelle *norme giuridiche* emanate dalle pubbliche autorità costituite”. Questi studiosi giungono così a reputare la dottrina fonte del diritto “solo mediatamente” allorché agisca sul legislatore e fonte in senso pieno allorché eserciti “un compito che riguarda l'applicazione della legge”. Analogamente lo stesso R. Sacco, *loc. cit.* (laddove la

Non bisogna allora confondere la *fisiologia* con la *patologia*. Se ogni disposizione è di per sé ambigua, presentando un ventaglio di sensi letterali possibili³⁶, e se ogni intenzione (soggettiva) del legislatore è perlopiù destinata a sfumare nello spirito (oggettivo) della legge (c.d. *ratio* o *mens legis*), ossia in quel che quest'ultima può effettivamente stabilire nell'insieme del diritto e nel rispetto della Costituzione³⁷, appare del tutto consequenziale che il confronto tra documento normativo e il giurista non possa esaurirsi in una operazione di pura razionalità, in un mero “*vis à vis* intellettuale”³⁸. Per disconoscere la componente volitiva o decisoria insita nell'attribuzione di significato ad una qualunque fonte del diritto³⁹, servirebbe presupporre l'esistenza, oltre che di un interprete-automa, senza una propria capacità di giudizio, di un ordinamento, a tacer d'altro, rigorosamente definito in ogni sua partizione, “esente da lacune e contraddizioni, linguisticamente univoco e indipendente dal mutamento sociale”⁴⁰.

Un ordinamento del genere, però, sembra non solo non avere modelli storici di riferimento⁴¹, ma anche essere quanto di più lontano possa concepirsi dall'odierno Stato

dottrina viene definita fonte del diritto “indiretta” o “criptica” sia perché spesso si colloca “alle spalle della fonte diretta e visibile” sia perché non si limitata mai solo “a interrogare il testo legale”), nonché N. Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrative del diritto*, in *Jus civile*, n. 4/2016, p. 302 ss. (il quale ritiene che, nonostante la legge pretenda “di essere l'unica a parlare”, la scienza giuridica ascolti e comunichi meglio con i consociati, assicurando un continuo collegamento tra testo normativo e contesto socio-culturale, creando la necessaria saldatura tra *ius positum* e morale comune e, in ultima analisi, apparendo, nella pienezza della sua dimensione teorico-pratica, “l'unica vera fonte del diritto”).

³⁶ G. Pugliese, (voce) *Diritto*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, p. 69. In maniera conforme G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 164, e Giannantonio, *op. cit.*, p. 380: l'uno parla delle disposizioni come di “un numero indefinito di potenzialità interpretative”; l'altro vede in esse solo “un astratto insieme di azioni, privo di una realtà concreta”. V. anche R. Nania e P. Saitta, voce *Interpretazione costituzionale*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 3214, per i quali schierarsi contro la “staticità precettiva” delle formule normative (in part. costituzionali) e a favore della “progressività” della loro interpretazione “consente di esplicitare contenuti già racchiusi e compresi [... in esse] come mere possibilità, anche là dove non le si potesse nemmeno immaginare in precedenti contesti storici”.

³⁷ V. G. Pugliese, *op. cit.*, p. 68 ss.

³⁸ M. Dogliani, (voce) *Interpretazione*, cit., p. 3180 ss.

³⁹ Rileva l'esistenza di tale componente in ogni operazione ermeneutica R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 105 ss., il quale contesta che possano esistere e un significato proprio delle parole e un testo normativo chiaro per tutti (o per sempre). Egli afferma che “le parole hanno solo il significato che viene loro attribuito da chi le usa e/o da chi le interpreta” (dimodoché lo stesso significato sarebbe mutevole e dipendente da una scelta discrezionale). Dubita, così, della validità della distinzione tra testi “chiari” e testi “oscuri” appunto perché chiarezza e oscurità non sarebbero qualità testuali intrinseche, bensì il frutto di decisioni interpretative che possono variare soggettivamente e rendere un medesimo testo allo stesso tempo chiaro per qualcuno e oscuro per qualcun altro (e – aggiungiamo noi – che possono anche variare cronologicamente trasformando domani in oscuro ciò che ad un medesimo interprete appare oggi chiaro e viceversa).

⁴⁰ D. Grimm, *op. cit.*, p. 117.

⁴¹ Ogni sistema giuspolitico è sempre “*a government of laws and of men*”, nel senso che, al di là di pompose dichiarazioni di principio o di illusori divieti espressi, nessuno Stato, neanche il più dispotico, è riuscito mai a comprimere del tutto la discrezionalità dell'amministrazione, della magistratura e, più

sociale o del benessere. A fondamento di quest'ultimo, per vero, c'è una Carta fondamentale fatta vieppiù di enunciazioni programmatiche, di principi e diritti vagamente formulati e di espressioni indeterminate e valutative che lasciano ampi spazi alla decisione, mai del tutto esauriente e sempre rivedibile, del legislatore e che costringono il giurista, sia teorico che pratico, a guardare oltre le risorse dell'interpretazione letterale e le tecniche originaliste⁴². La situazione viene da qualcuno icasticamente descritta quale “crisi della fattispecie” proprio per enfatizzare come l'argomentazione giuridica per valori, tipica dei sistemi dinamici e pluralistici contemporanei, renda sovente inadoperabili quegli “strumenti di precisione” e quelle “stampelle sussuntive e sillogistiche”, risalenti alle società oligarchiche e stabili del passato, con cui ci si illudeva di riuscire facilmente a disporre *in toto* per l'avvenire convertendo automaticamente i più vari fatti in rigorosa applicazione legislativa⁴³.

Oggi, quindi, ancor più di ieri, interpretare un documento normativo vuol dire “afferrarne il significato in rapporto alla [...] possibilità attuale di comprenderlo”⁴⁴. Tale possibilità, a sua volta, dipende, a parte che dalla *forma mentis* del giurista (origine, esperienza, impostazione metodologica, preferenze politiche e ideologiche e via dicendo)⁴⁵, anche e

estesamente, della comunità degli interpreti. La storia ha sempre bocciato i tentativi di creare ordinamenti basati sulla “troppo rigida e troppo completa predeterminazione normativa”: così M. Cappelletti, voce *Giustizia*, in *Enc. sc. soc.*, vol. IV, Roma, 1994, p. 356, sulla scia di K.C. Davies, *Discretionary justice. A preliminary inquiry*, Baton Rouge, 1969, p. 17 ss.

⁴² In tal senso G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 130 ss., il quale, dopo aver parlato dell'insufficienza del dato testuale per comprendere cosa sia, ad es., una “opinione politica”, “la pari dignità sociale” o “il rispetto della persona umana”, evidenzia la difficoltà di accertare in maniera univoca la volontà in un organo complesso e diviso (politicamente e culturalmente) come un'Assemblea costituente il cui *original intent*, peraltro, appare spesso proprio quello di usare formule linguistiche interpretabili secondo le circostanze del momento e i concetti etico-sociali a cui rimandano. Per L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 85, la dottrina – soprattutto in virtù dei valori e delle clausole generali (diritti e principi fondamentali e altri concetti indeterminati, quali la solidarietà, l'uguaglianza, l'utilità sociale, la correttezza, la buona fede, il buon costume etc.) contenuti in Costituzione o in fonti inferiori – viene fortemente sollecitata a trarre le proprie interpretazioni mediante rinvio all'esperienza sociale, ossia mediante un “confronto costante del sistema giuridico col suo ambiente rappresentato dalla società umana, dai bisogni e dalle valutazioni che in essa storicamente si esprimono”.

⁴³ N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2014, p. 36 ss., spec. 41 ss. Pare opportuno precisare – come fa P. Costa, *op. cit.*, pp. 24 ss. – che se si analizza non solo quello che dalla scienza del diritto otto-novecentesca “veniva detto [...] intorno all'interpretazione”, ma anche quello che da essa “veniva fatto con l'interpretazione”, ci si rende agevolmente conto dell'esistenza, pure a quel tempo, di “un tessuto argomentativo ben più complesso ed equivoco” di quello rigidamente positivista, legato al semplice rispecchiamento del dato normativo testuale o del ragionamento giuridico puramente sillogistico.

⁴⁴ G. Parese, voce *Interpretazione. I. Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 180 s.

⁴⁵ E ciò di per sé – stando a G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 367 ss., p. 425 ss. e p. 488 ss. – renderebbe inseparabile il profilo ricognitivo o assertivo della scienza giuridica da quello creativo o precettivo della stessa.

soprattutto da vari altri fattori assai meno soggettivi (tra cui età e natura delle disposizioni, completezza e precisione del loro contenuto, adeguatezza dei termini in esse utilizzate, concreta dinamica dei fenomeni che regolano)⁴⁶, fattori che comunque riportano l'interpretazione alla *temperie socio-culturale-linguistica* in cui è destinata a valere, rendendola così inscindibilmente connessa alle abitudini, alle istanze, alle aspettative dei destinatari finali, in definitiva alle loro possibilità di comprensione e di accettazione.

La dottrina, infatti, priva com'è di mandati politico-democratici e di poteri autoritativi, non dispone di altra forza al di fuori di quella che le “viene dalla capacità di persuadere”⁴⁷, sicché gli enunciati normativi con cui si cimenta le pongono incessantemente non solo “l'esigenza teoretica di essere intesi ma inoltre anche un'esigenza pratica di essere osservati”⁴⁸. E il giorno in cui essa non riuscisse più a soddisfare simultaneamente questa doppia esigenza, significherebbe che siffatti enunciati hanno subito un irrimediabile deterioramento, sono divenuti definitivamente inservibili. A quel punto “subentrano, secondo le possibilità dei vari diritti, la *fiction iuris* o la desuetudine, le decisioni della Corte costituzionale dove e quando sono possibili o l'abrogazione o la legge nuova regolatrice del rapporto che la vecchia, per le mutate condizioni, non è più in grado di regolare”⁴⁹.

Pare allora del tutto confacente al ruolo professionale e sociale del giurista effettuare operazioni ermeneutiche “di adattamento e di adeguamento, d'integrazione e di sviluppo complementari”, le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che il diritto scritto “non resti lettera morta”⁵⁰. Né rinnega necessariamente tale ruolo il giurista che avanza proposte di riforma, che fa il consulente legale, che sollecita e corregge il legislatore o che addirittura partecipa direttamente alle sue decisioni accettando cariche politico-istituzionali o comunque esprimendosi al di là dei tradizionali ambiti e schemi accademici. Anzi, il *doctor iuris* impegnato su altri fronti, resistendo meglio alla tentazione dell'autoreferenzialità⁵¹, ha l'opportunità di saggiare in concreto la validità delle proprie

⁴⁶ Cfr. D. Grimm, *loc. ult. cit.*

⁴⁷ R. Sacco, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁸ E. Betti, *op. cit.*, p. 791.

⁴⁹ G. Paresce, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁰ E. Betti, *op. cit.*, p. 806.

⁵¹ S. Cassese, *op. cit.*, pp. 95 e 97, puntualizza che, nella misura in cui oggi i giuristi si aprono a mondi diversi e più ampi, magari anche entrando a far parte della classe dirigente o diventando “*opinion leader*”, evitano di “rimanere prigionieri del *nombriolismo*, e cioè della contemplazione di se stessi”.

elaborazioni astratte; di maturare una più profonda coscienza critica mediante la discussione aperta e il contatto diretto con gli (altri) artefici dei processi normativi; di promuovere e incanalare con maggiore incisività il mutamento sociale in forme e limiti giuridici e, per converso, di ricondurre con accresciuta responsabilità il sistema normativo all'interno dell'*idem sentire de re pubblica*. L'*engagement* del giurista della cattedra, dunque, di per sé non ne stravolge la figura, specie ove si tratti di un costituzionalista a proposito del quale si può dire – con Gianni Ferrara – che siano non solo del tutto fisiologici ma anche più immediati e continui tanto l'impegno a controllare, verificare, criticare il potere, quanto il contributo a trasformare “assetti, procedure, effetti”⁵².

L'abilità tecnica dell'esperto di diritto, però, non va usata come una sorta di *passpartout* buono ad aprire qualsiasi porta, come uno strumento valido a qualunque fine⁵³. La patologia, infatti, si manifesta proprio quando egli, magari per mero opportunismo, “per superficiale narcisismo o per altri fini personali”, trasformi la sua ordinaria attività costruttiva in creazione *ex nihilo*, in invenzione capricciosa, scardinando il dato letterale, senza alcun aggancio allo *ius in civitatem positum*⁵⁴, o generando corpi estranei al contesto normativo di riferimento, incapaci di fare sistema con principi e regole della materia trattata⁵⁵; oppure, viceversa, quando egli, per esasperato filologismo o per difetto di sensibilità storico-sociale, tragga una norma “talmente non funzionale da non poter

⁵² G. Ferrara, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in *Costituzionalismo.it*, 20 ottobre 2010.

⁵³ P. Costa, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴ G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 173. Né di contro potrebbe obiettarsi, sulla scorta di certe correnti scettiche e iperrealistiche (di matrice soprattutto americana, scandinava e italiana), che non sarebbe mai garantita la coincidenza tra il senso dato ad un messaggio normativo dal suo organo emittente e quello dato dal soggetto ricevente. Ebbene, la gamma di possibili significati di una determinata espressione, per quanto vasta, resta pur sempre limitata, oltre che dal punto di vista grammaticale e sintattico, dagli “usi linguistici” e dagli “standard di razionalità” propri dell’“ambiente culturale” (*id est*: contesto sociale) in cui opera l'interprete: così R. Guastini, *op. cit.*, p. 109 ss., il quale ritiene che le interpretazioni non argomentate in base a tali vincoli sono “scarsamente praticabili”, “soggette a critiche, probabilmente destinate all'insuccesso”. In argomento G. Pino, *op. cit.*, p. 132, opportunamente evidenzia che pure termini valutativi e indeterminati forniscono indicazioni agli interpreti perché non possono “letteralmente significare qualsiasi cosa”: “dato un certo testo, alcune possibili interpretazioni *sicuramente* non sono corrette”.

⁵⁵ Del resto, se per contesto deve intendersi quel che si trova oppure “opera dietro, davanti od oltre il testo” (P. Häberle, *La Costituzione «nel contesto»*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2002, p. 7), quel che, cioè, si può “rinvenire *aliunde*”, ne consegue che i contesti apportano il loro massimo contributo significativo nella c.d. interpretazione combinatoria/sistematica (basata, per l'appunto, sul “combinato disposto” di più previsioni rispetto a quella di partenza, ovvero comunque sull'uso di più norme per ricostruire un'unica fattispecie): C. Lavagna, *op. cit.*, p. 37. V. anche E. Betti, *op. cit.*, p. 791, secondo cui l'apprezzamento interpretativo, anziché fare affidamento sul talento soggettivo, dovrebbe dipendere “dalla linea di coerenza logica e assiologica che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità”.

essere realizzata o talmente ingiusta da determinare prima o poi il venire meno dell'osservanza di essa"⁵⁶.

Forse peggiore, forse ancora più patologica sarebbe la conversione del giurista da collaboratore critico a servitore cieco del legislatore o di altri pubblici poteri, pronto ad assecondarli supinamente qualunque disegno o comando essi abbiano in mente di attuare o impartire⁵⁷. La sua "obbedienza pensante", se non deve degenerare in arbitrio, in travisamento del dato normativo⁵⁸, neppure può tramutarsi in sostanziale rassegnazione, in passiva accettazione del medesimo dato. Con un atteggiamento così remissivo egli finirebbe per confondersi con i soldati che, "reclutati e messi in fila dal regime", professano una "fede in un'idea formale del diritto, come sola forma della forza" (non meno snaturante e deleteria di un'opposta "fede in un'idea materiale di diritto", basata, invece, sull'"abbandono delle forme 'positive' di produzione del diritto")⁵⁹.

Sia come sia, in ciascuna delle ipotesi su considerate, il cultore del diritto in quanto tale non esisterebbe più perché darebbe fondo alla propria riserva di coscienza critica, perché metterebbe da parte la propria responsabilità socio-culturale, perché farebbe a meno della propria dignità scientifica, acquisendo, semmai, quelle rivenienti da altre forme di legittimazione, di natura politica, democratica, se non addirittura rivoluzionaria.

⁵⁶ E. Giannantonio, *op. cit.*, p. 381. Come già accennato in esordio di questo scritto, il giurista appare piuttosto un mediatore, "sia perché l'interpretazione presuppone un delicatissimo, e talvolta precario, rapporto dialogico fra gli organi dell'ordinamento, e fra questi e i cittadini, sia perché l'interpretazione, pur essendo sempre creativa, non si riduce ad un mero gioco della discrezionalità": C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 87 ss. e p. 523 ss.

⁵⁷ A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie contemporanee*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 9 maggio 2013, p. 2 ss., prendendo spunto da quei brani evangelici che ricordano come l'uomo non possa essere servo contemporaneamente di due padroni, evidenza che il giurista o serve la Costituzione, aderendo *in toto* al sistema di valori in essa delineato, o aderisce ad un diverso sistema di valori, propugnato dal "regime di turno", al cui servizio, più o meno ipocritamente, pone la propria competenza scientifico-professionale. Simile la posizione di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 185 ss., per il quale "l'*engagement*" del giurista impone "due lealtà" (sia ai superiori valori costituzionali che al sistema, ai precedenti, alle logiche e alle prassi politiche e istituzionali all'interno dell'organizzazione nella quale si trova ad operare) la cui "collusione va intensamente ricercata per essere virtuosa". Ma allorché – precisa sempre Azzariti – le due lealtà dovessero entrare in tensione o peggio in insanabile conflitto, rendendo impossibili l'armonia e persino il compromesso tra le rispettive ragioni, al giurista non è più dato alcun "orizzonte di senso" per il suo impegno politico-istituzionale: egli, nell'accettarlo o mantenerlo, "oltrepassa un guado" e così "si perde" e "si dannava".

⁵⁸ G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione* (2006), in Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 159 ss.

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.

4. La legittimazione della magistratura. L'intraprendenza pretoria come passaggio talvolta obbligato per restituire unità e coerenza all'ordinamento e attenuarne il divario con la società. L'esigenza di nuovi raccordi inter-istituzionali. Il giudice costituzionale come organo diversamente politico (rispetto a quelli legislativi ed esecutivi).

Il discorso non è molto diverso per il giurista pratico, per il magistrato. Neanche lui si legittima *dal basso*, con un'investitura popolare diretta. Si legittima *dall'alto*, per la sua capacità tecnica di *rendere giustizia*, di offrire un servizio essenziale a tutti i possibili fruitori i quali confidano nel fatto che la tutela di determinati diritti e la soddisfazione di determinati bisogni siano sottratti alle fluttuazioni occasionali della politica⁶⁰. In altre parole, esistono “valori meta-democratici” che rappresentano un limite dialettico al principio democratico, o della sovranità popolare, sicché giurisprudenza, in generale, e quella costituzionale, in particolare, non possono rappresentare la prosecuzione della contesa politico-parlamentare, ma, al limite, la “*longa manus*” nel tempo del potere costituente⁶¹.

Così, ciò che è *regola* per il legislatore diviene *eccezione* per il giudice. Mentre il primo, dovendo esprimere l'indirizzo della contingente maggioranza al potere, è portato a ricominciare daccapo, a riscrivere integralmente le leggi, il secondo, dovendo innanzitutto salvaguardare la continuità della Costituzione, tende a confermare i precedenti, oppure a modificarli gradualmente, per distinzioni e aggiustamenti

⁶⁰ In questi termini G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022, p. 29, il quale stempera le differenze tra giustizia comune e costituzionale: “Se i giudici comuni hanno il dovere di “rendere giustizia”, individuando la norma applicabile al caso concreto, traendola dalle leggi in vigore, anche combinando tra loro frammenti di norme con tecniche di composizione sistematica alla luce dei principi costituzionali, la Corte costituzionale ha il medesimo dovere di “rendere giustizia” (costituzionale), fornendo al giudice *a quo*, su sua richiesta, ciò che a questo manca per dare una risposta adeguata (alla Costituzione) alle parti che attendono la sua decisione”. In senso almeno parzialmente difforme, v. A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2001, p. 59, secondo cui tecniche e linguaggio abitualmente usati dai giudici costituzionali risultano perlopiù sconosciuti o inutilizzati da quelli comuni.

⁶¹ Cfr. A. Ruggeri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2017, p. 12 ss., i quali precisano che “le Corti sono indispensabili (allo stesso regime democratico) non “benché” siano carenti di legittimazione democratica, ma – al contrario – proprio “perché” ne sono prive”. A parere di L. Mezzetti, *loc. cit.*, la giustizia costituzionale gode comunque di una legittimazione democratica in quanto tale giustizia “è contemplata da una Costituzione democratica, venuta ad esistenza con un procedimento democratico”. L'A. aggiunge che gli organi di giustizia costituzionale sono i “commissari per il futuro” del potere costituente da cui hanno ricevuto mandato a “proteggere, adeguare e aggiornare le opzioni seguite in sede di adozione dell'atto fondativo dell'ordinamento”.

progressivi, giungendo molto raramente a veri e propri *revirement* che peraltro non giovano alla sua reputazione⁶².

Anche laddove, eccezionalmente, serva abbandonare questo più rassicurante atteggiamento di *self-restraint*, la magistratura costituzionale, ad ogni modo, *non parte mai da zero*, ma pur sempre da alcuni suoi precedenti, magari – come bene sottolinea Niccolò Zanon – quelli rimasti un po' nascosti, “sottotraccia”⁶³. Inoltre, in simili circostanze, essa fa massimo ricorso a quegli strumenti retorici ed espedienti tecnici normalmente utilizzati per rendersi comprensibile e convincente: opera lunghi *excursus* storici di istituti e discipline⁶⁴; dà conto del dibattito dottrinale⁶⁵, forense⁶⁶, politico e persino delle idee (sull'esito da dare al giudizio di legittimità pendente) di enti e associazioni di varia natura⁶⁷; richiama il diritto comparato, europeo e internazionale, nonché, di conseguenza, la giurisprudenza di altri giudici⁶⁸; effettua complessi bilanciamenti tra principi e interessi in (apparente o reale) conflitto⁶⁹; cura molto la pubblicità della propria attività, anche mediante relazioni annuali, conferenze e

⁶² G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, in www.associazionedeicostituzionalisti, 20 ottobre 2004, p. 7.

⁶³ N. Zanon, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴ L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, p. 589.

⁶⁵ Pertanto, se – come sostiene R. Guastini, *op. cit.*, p. 56 – le argomentazioni dei giuristi (accademici) fungono spesso da “direttive *de sententia ferenda*” (rivolte ai giudici per suggerire loro come interpretare una disposizione e/o decidere una controversia o una classe di controversie), significa – riprendendo A. Falzea, *op. cit.*, p. 673 ss. – che diventa “un’aggravante per i giudici la non corretta applicazione del diritto positivo quando la [...] dottrina] ne abbia offerto in concreto la possibilità” (e, viceversa, “un’attenuante se la non corretta applicazione è preceduta da una inadeguata coltivazione [dottrinale] degli istituti”). Con specifico riguardo ai rapporti tra dottrina e giurisprudenza costituzionale, in Italia, v. D. Tega, *Il ruolo della dottrina nell’istruzione della causa davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. III, Torino, 2016, p. 2387 ss.

⁶⁶ Per ciò stesso – sempre secondo A. Falzea, *op. cit.*, p. 664 ss. – quello che viene enfaticamente definito come diritto giurisprudenziale è in realtà anche “il frutto combinato del lavoro dei giuristi e dell’intera prassi giuridica”.

⁶⁷ Così N. Zanon, *op. cit.*, p. 2, il quale include, tra gli altri indici rilevatori di un mutamento della coscienza sociale, di cui i giudici costituzionali dovrebbero prendere atto, anche la formazione di tendenze dottrinali autorevoli, persuasive e condivise; la presentazione di vari progetti di legge presso le istituzioni rappresentative; l’esistenza di norme esterne all’ordinamento statale quantunque solo di *soft-law*; l’emanazione di numerose ordinanze di rinvio che indicano concordemente come definire la questione sollevata (p. 14 ss.).

⁶⁸ Sul tema, in part., G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione costituzionale*, Bologna, 2010, e A. Ruggeri, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità “intercostituzionale”*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 2/2022, p. 1 ss.

⁶⁹ V., *ex multis*, A. Morrone, (voce) *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, 2008, p. 185 ss., e, di recente, R. Bin, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Lo Stato*, n. 18/2022, p. 257 ss.

comunicati stampa⁷⁰; dilata il più possibile regole processuali troppo stringenti, a partire da quelle sull'accesso al processo per finire a quelle sugli effetti temporali delle decisioni⁷¹; sprona, critica, ammonisce gli altri poteri dello Stato, talvolta mettendoli, per così dire, in mora prima di giungere all'*extrema ratio* di sostituirsi (comunque mai totalmente e definitivamente) ad essi. Emblematica in tal senso è la tecnica delle sentenze di *mera incompatibilità* (*Unvereinbarkeitserklärung*) che pronuncia il Tribunale costituzionale tedesco e a cui sembra sia di recente ispirata la Corte costituzionale italiana nel risolvere la delicatissima vicenda del suicidio assistito (indicata anche come caso Cappato)⁷².

Ma, al di là della particolarità di simili pronunce, v'è da riconoscere, in senso più ampio, come le Corti costituzionali (o supreme, quando preposte pure al controllo sulle leggi), massimamente in tema di libertà fondamentali, non si limitino più ad una difesa esclusivamente "reattiva", ma esercitino una funzione "proattiva" agendo alla stregua di "fattori di evoluzione progressiva del diritto"⁷³. Può pure sostenersi, allora, che la Costituzione in larga misura "vive" nel senso attribuito del giudice chiamato a garantirla, purché si precisi poi che quest'ultimo, lungi dall'operare nel "vuoto pneumatico", è immerso nella "società aperta degli interpreti" e propenso al confronto dialettico con tutti loro e prevalentemente con studiosi accademici e magistrati comuni⁷⁴.

Non sembra che di contro si possa dire che sull'altare della giustizia costituzionale sia

⁷⁰ Afferma E. D'Orlando, *La legittimazione del Verfassungsgerichtshof e la metamorfosi della giurisdizione costituzionale in Austria*, in M. Calamo Specchia (a cura e con introduzione di), *Le Corti costituzionali*, cit., p. 56, che le diverse forme di pubblicità, da tempo anche in formato elettronico, sull'operato del giudice delle leggi contribuiscono "a consolidare, in modi diversi, la sua legittimazione".

⁷¹ Quanto al primo aspetto di tale dilatazione si rinvia, per tutti, a S. Staiano, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, p. 1 ss.; per approfondimenti circa il secondo v. N. Fiano, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2021, p. 1 ss., nonché la bibliografia ivi riportata.

⁷² Rilevano tale fonte d'ispirazione, tra gli altri, M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 novembre 2018; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2017 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 662; M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, p. 291.

⁷³ M. Taruffo, *Le funzioni delle Corti supreme. Cenni generali*, in AA.VV., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011, p. 14 e p. 23.

⁷⁴ A. D'Atena, *op. cit.*, p. 184. Sul concetto di "società aperta degli interpreti della Costituzione" si rinvia a P. Häberle, voce *Potere costituente (teoria generale)*, trad. it. di F. Politi e S. Rossi, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 2000, p. 8 ss., nonché a E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000.

stato oramai sacrificato il principio della separazione dei poteri o quelli di legalità, della certezza del diritto e della sua uniforme applicazione. Del resto, esistono fenomeni ben più impattanti su tali principi: si pensi alla massiccia e confusa produzione di leggi-provvedimento da parte del Parlamento e, in senso opposto, di atti con forza di legge da parte del Governo; alla proliferazione di Autorità amministrative esercitanti funzioni, oltre che di vigilanza, anche regolatorie e paragiurisdizionali; allo sviluppo di una sorta di *common law* europea che attenua i tratti distintivi dei sistemi di *civil law*, sempre più soggetti anch'essi al dovere dello *stare decisis*; all'erosione della sovranità statale da parte sia di regioni maggiori (federalismo esterno) che di regioni minori (federalismo interno); alla tendenza delle imprese a seguire una propria *lex mercatoria* che travalica confini e leggi dei diversi ordinamenti.

Ebbene, in un simile scenario, definito talora “nichilista” talaltra “postmoderno”⁷⁵, in cui sembrano regnare la *frammentazione*, l'*incompletezza*, l'*occasionalismo* e il *relativismo*, l'asse portante dell'ordinamento – a meno di non voler rinunciare definitivamente alla ragione pratico-assiologica, per consegnarsi totalmente “alla ragione formale e procedurale”⁷⁶ – si sposta inevitabilmente “dal momento potestativo e autoritario del comando a quello ermeneutico e della concretizzazione”⁷⁷. Sono di conseguenza gli interpreti qualificati, in prevalenza Corti e Tribunali costituzionali, a doversi preoccupare di recuperare unità e coerenza al sistema normativo, nonché di irreggimentare il divenire storico in una dimensione giuridica che non è solo limite e garanzia, bensì anche “radicamento e legame, coesione comunitaria e contrasto alla frantumazione”⁷⁸. E ciò pare avvalorare ulteriormente quell'impressione da cui abbiamo presso le mosse e che abbiamo più volte ribadito, ossia che il procedimento interpretativo sfugge “ad una

⁷⁵ V., rispettivamente ed esemplificativamente, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, e G. Grisi e C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno*, cit.

⁷⁶ V. Possenti, *Relativismo e nichilismo nell'ordine politico-giuridico*, in *Direito e Justiça*, n. especial 2008, reperibile anche su <https://revistas.ucp.pt>, p. 203 ss., spec. p. 216 ss., precisa che in questo modo ci si affiderebbe alla casualità, alla contingenza, all'instabilità, quindi all'arbitrio e alla forza, separando il problema della giustizia da quello del diritto e, per converso, confondendo tra “*ordo* come ordinamento razionale e *ordo* come ordine e comando”: infatti, i tanti atti normativi esistenti, purché formalmente imputabili ad “una volontà dotata di potere”, potrebbero “ospitare qualsiasi scelta”, “andare in mille direzioni ed essere aperti a tutte le soluzioni”.

⁷⁷ G. Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 3649 ss.

⁷⁸ Così F. Severa, *Resistere o assecondare il nichilismo giuridico. Alcune considerazioni sullo spazio giuridico a partire da un recente studio sul tema*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2021, p. 11, dopo aver premesso che la giurisprudenza ai nostri tempi è portata inevitabilmente ad enucleare dalle disposizioni scritte “norme sempre più svincolate dalla traccia originaria, ponendo le proprie decisioni-interpretazioni su un piano poetico e non meramente ermeneutico” (p. 5 ss.).

verifica in chiave di verità”, prestandosi invece “ad un giudizio di plausibilità argomentativa e di condivisione”⁷⁹.

Di certo non si può negare come, percorrendo questa strada, resti comunque piuttosto alto il prezzo da pagare in termini di incertezza e di imprevedibilità, ma si deve pure ammettere che, *rebus sic stantibus*, essa sia l’unica che, se non altro, “permette al diritto di avvicinarsi alla giustizia”⁸⁰. Detto diversamente: al cospetto di una sorta di “fluidificazione” dell’originario disegno costituzionale, almeno nella sua parte organizzativa⁸¹, nonché della debolezza degli organi politico-rappresentativi, troppo spesso cedevoli rispetto al potere così di altre istituzioni pubbliche come di imprese, banche e mezzi di informazione⁸², diviene non solo tollerabile ma persino auspicabile un’*intraprendenza pretoria*, specie dei giudici delle leggi, volta, oltre che a restituire un minimo di ordine alla congerie di regole giuridiche da osservare, soprattutto – come scrive Aharon Barak – a riempire il fossato che la separa dalla società contemporanea e a proteggere la democrazia e il pluralismo che a quest’ultima naturalmente si accompagnano⁸³.

V’è da aggiungere, poi, che lo stesso principio di separazione dei poteri andrebbe letto sempre meno *in chiave statica*, come mera garanzia di indipendenza o divieto di interferenza, e sempre più *in chiave dinamica*, come esigenza di leale collaborazione o – se si preferisce comunque mantenere una certa distanza tra controllore e controllato – perlomeno come ricerca di nuove forme di equilibrio e comunicazione inter-istituzionali⁸⁴. Di certo, anche per assicurare maggiore seguito e omogeneità di

⁷⁹ N. Lipari, *op. cit.*, p. 300, nota 14.

⁸⁰ P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri del diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2018, p. 23.

⁸¹ In tal senso D. Tega, *La Corte costituzionale alla ricerca della legittimazione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, p. 82 ss., sulle orme di E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 69.

⁸² Del problema, oggi ai più ben noto, si occupava già oltre mezzo secolo fa N. Bobbio, *La resistenza all’oppressione*, oggi, in AA.VV., *Studi sassaresi*, vol. III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, p. 23 ds.

⁸³ A. Barak, *L’exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2/2006, p. 231, come citato da L. Mezzetti, *op. cit.*, p. 192. *Contra* A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, p. 156 ss.: all’Autrice sembra comunque preferibile affidare la decisione sui diritti “ad una maggioranza, probabilmente inetta e forse pure arrogante ma almeno elettiva e politicamente responsabile, [... piuttosto] che ad una minoranza, sia pure filosoficamente illuminata, ma non elettiva né politicamente responsabile”.

⁸⁴ In quest’ordine di idee, *ex aliis*, M. Picchi, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, p. 1 ss.; M.E. Ruggiano, *La “leale collaborazione tra i poteri” ha ultimato la sua parabola. Brevi considerazioni a*

esecuzione alle decisioni riguardanti la legittimità delle leggi, sarebbe d'aiuto l'introduzione di qualche correttivo. Uno potrebbe essere stabilire incontri a cadenza fissa tra giudici costituzionali, Governo e Parlamento, seguendo il modello di quelli che avvengono ogni anno in maniera informale in Germania⁸⁵. Un altro potrebbe essere inserire il controllo di costituzionalità come fase, se non proprio necessaria, almeno eventuale del procedimento legislativo, sulla falsariga di quanto accade in Francia⁸⁶. E un terzo correttivo potrebbe essere ampliare il ruolo della magistratura costituzionale con una funzione anche di tipo consultivo da esercitare almeno per quelle ipotesi di riforma che toccano i rami più alti dell'ordinamento (tra cui quelle riguardanti l'organizzazione e il funzionamento della stessa magistratura), così come sperimentato, benché solo in via di prassi e con risultati non sempre soddisfacenti, in Austria⁸⁷.

Ad ogni buon conto, prescindendo dalle peculiarità di ciascun sistema nazionale, resta una diffusa esigenza che se non altro alcune decisioni più rilevanti vengano prese “in forma dialogica, ovvero sia attraverso un procedimento aperto e partecipato in cui i diversi organi costituzionali collaborano alla garanzia dei diritti e all'attuazione della Costituzione”⁸⁸.

Né ci sarebbe da nutrire eccessivo timore per la maggiore contiguità tra giustizia costituzionale e politica che così si favorirebbe. In fondo, lo stesso giudice delle leggi *fa politica*, sebbene nel senso più alto del termine: fa politica perché agisce a favore non di

marginale della sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n. 14/2020, p. 132 ss. Paiono discostarsi da tale impostazione N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, p. 92 ds., e l'ulteriore dottrina che questi richiama.

⁸⁵ La proposta è stata avanzata, in qualità di Presidente della Corte costituzionale italiana, da M. Cartabia, *Relazione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, p. 18. Insiste molto sulla necessità di introdurre nuove sedi di raccordo tra legislazione e giurisdizione o perlomeno di utilizzare meglio quelle già esistenti (specificamente previste, in Italia, dai regolamenti di Camera e Senato), da ultimo, P. Bonini, *La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*, in *Consulta online*, n. 3/2022, p. 993 ss.

⁸⁶ V. M. Dogliani, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. «Il pendolo della Corte». Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, p. 84 ds.

⁸⁷ ... dove, invero, ripetutamente, per il tramite del suo Presidente, il *Verfassungsgerichtshof* ha manifestato disappunto nei confronti del Parlamento che talora ha disatteso le indicazioni del primo e talaltra addirittura ommesso di consultarlo: E. D'Orlando, *op. cit.*, p. 57 ds.

⁸⁸ Così T. Groppi, *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2-3/2010, p. 124, a commento delle soluzioni normative e giurisprudenziali, proprie di alcuni ordinamenti di *common law*, che comunque “lasciano ampio spazio di risposta al legislatore di fronte alle decisioni delle Corti”, delineando, di conseguenza, un “*weak systems of judicial review*” (p. 127).

una parte, ma di un'intera *polis*, che si riconosce nei valori e diritti costituzionali e pretende che, in modo o in un altro, essi siano realizzati⁸⁹. Il suo modo di fare politica, infatti, non è (o non dovrebbe essere) frutto “dell'agire strategico, del calcolo utilitaristico”, né, tantomeno, espressione di quel consenso limitato, contingente e variabile che sostiene formazioni di governo e maggioranze parlamentari e che si presume esistente fino alle elezioni successive: è legato, invece, al diverso consenso, di tipo trasversale, stabile e uniforme proprio dei “principi strutturali della società”⁹⁰ che, vieppiù consacrati in disposizioni costituzionali generiche e/o programmatiche, richiedono “un intervento attivo dello Stato”⁹¹ e, però, non sempre adeguatamente assicurato da quelle medesime formazioni e maggioranze⁹².

La conclusione, quantomeno nella specifica ottica qui considerata, non risulta molto diversa da quella che altrove abbiamo prospettato con riguardo al ruolo di garante della Costituzione svolto dal Presidente di una Repubblica parlamentare⁹³. Anch'egli, infatti, esprime una propria politicità che, appunto perché differente da quella connotante gli organi legislativi ed esecutivi, mentre gli impedisce di “essere parte”, gli consente – o meglio gli impone – di “prendere parte”⁹⁴, in veste di risolutore, a questioni, talvolta anche assai controverse, attinenti al corretto funzionamento dei meccanismi istituzionali, alla preservazione dell'unità nazionale e, in definitiva, alla salvaguardia dei capisaldi

⁸⁹ L'impostazione è condivisa da A. Torre, *L'intrinseca politicità della giurisdizione costituzionale*, in M. Calamo Specchia (a cura e con introduzione di), *Le Corti costituzionali*, cit., p. 395 e p. 398. V. R. Orrù, A. Ciammariconi, *Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mundam-se os tempos, mundam-se as vontades»?*, ivi, p. 261, secondo cui l'organo di controllo sulle leggi, pur operando a stretto contatto con la politica, deve sempre evitare di finirne assorbito, di confondersi con essa. Sulla diversa accezione del termine politicità in riferimento alla giustizia costituzionale, rispetto all'attività parlamentare, si rinvia alle pagine, sempre attuali, di C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, rist. 2014, nonché ai più recenti contributi presenti in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit.

⁹⁰ O. Chessa, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2004, p. 851 ss., in part. p. 869 e p. 925.

⁹¹ M. Cappelletti, (voce) *Giustizia*, in *Enc. sc. soc.*, vol. IV, Roma, 1994, p. 381.

⁹² Sul punto L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 17, riconduce anche alla crisi del *welfare* il rafforzamento del ruolo della giurisdizione: “nella latitanza e nella impermeabilità della politica e nell'inefficienza della pubblica amministrazione, le domande di giustizia vengono infatti rivolte alla magistratura, sollecitata ad intervenire dalle violazioni dei diritti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di questioni bioetiche e di abusi di potere”.

⁹³ Il riferimento è al nostro scritto *Note (sul dibattito) intorno alla rielezione del Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2022, p. 60 ss., spec. p. 77 ss.

⁹⁴ Le icastiche espressioni tra virgolette sono tratte da M. Luciani, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 569.

dell'ordinamento giuridico⁹⁵.

5. Alcune considerazioni riassuntive e conclusive.

Il vecchio *Rechtstaat*, o Stato legale di diritto, era fondato sulla supremazia del Parlamento e sulla centralità della legge. Si trattava di un *ordinamento monoclasse* in cui la borghesia sommava al dominio socio-economico quello politico-istituzionale, occupando in modo pressoché esclusivo i seggi parlamentari e così manovrando a proprio piacimento la legislazione. All'epoca, benché con non poche forzature concettuali e pur sempre nell'interesse borghese all'immobilità dell'ordine sociale costituito, si pretendeva che “l'ufficio conoscitivo” dello studioso di diritto (e quello applicativo del giudice) cominciasse(ro) esattamente là dove finiva “l'ufficio produttivo” del legislatore⁹⁶.

Nell'odierno *Verfassungsstaat*, o Stato costituzionale di diritto, quella supremazia si è stemperata e suddivisa tra vari organi, anche di garanzia, e quella centralità è venuta meno a causa tanto della superiorità gerarchica di una Costituzione programmatica e progressiva quanto della proliferazione di fonti non legislative, comprese quelle di derivazione sovranazionale o comunque esterna. Siamo passati ad un *ordinamento pluriclasse* dove le istituzioni politiche sono accessibili e funzionali alla più vasta platea possibile di protagonisti e di interessi, nonché al loro confronto democratico, ma pur sempre all'interno di una solida cornice di principi condivisi sui quali “*non si vota*”⁹⁷. In questo modo, lo Stato costituzionale ha innanzitutto rivisitato il dogma giacobino secondo cui “la legge è espressione della volontà generale”, aggiungendovi “se non nel rispetto della Costituzione”⁹⁸. Ha inoltre posto a suo fondamento diversi principi di

⁹⁵ Il che – è appena il caso di accennarlo – non può certo portare ad una totale equiparazione del ruolo rispettivamente svolto dal giudice delle leggi e dal Capo di una Repubblica parlamentare. È sufficiente rilevare, oltre alla collegialità dell'organo di giustizia costituzionale (perlomeno dove quest'ultima si caratterizza come accentrata), la connotazione prettamente contenziosa della sua attività e i peculiari profili procedurali dei controlli (non solo sulla legge) che esercita, capaci, peraltro, di produrre effetti definitivi.

⁹⁶ A. Falzea, *op. cit.*, p. 665 ss.

⁹⁷ Lo rimarcano, *ex aliis*, G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 3, e A. Ruggeri e A. Spadaro, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸ D. Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, p. 63 ss. Come segnalato da A. Pizzorusso, voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, tomo II, Milano, 2007, p. 677, sul punto si era già tempo addietro espresso il *Conseil constitutionnel* francese, con pronuncia del 23 agosto 1985, n. 85-197, par. 27 («*la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans*

trasformazione dei rapporti economico-sociali che lasciano sovente ai loro destinatari, legislatore *in primis*, la scelta del “criterio d’azione” da seguire a seconda del mutare delle circostanze⁹⁹. E ha di conseguenza reso l’“*arte del legiferare*” un’arte difficile che spinge “in una *pluralità di direzioni*, spesso diverse e contrastanti”¹⁰⁰, e che finisce per disseminare di antinomie il terreno ordinamentale, senza peraltro nemmeno riuscire a colmarne tutti i vuoti.

Proprio perché gli esiti dell’attività nomopoietica risultano sovente contraddittori e comunque (costituzionalmente) insoddisfacenti, la scienza giuridica non può più essere considerata “passiva e impolitica”¹⁰¹: innalzata da “*bouche de la loi*” a “*problem solver*”¹⁰², non si accontenta di prendere conoscenza del suo oggetto di studio e/o di lavoro che, infatti, necessita sempre più di essere manipolato, trasformato, innovato¹⁰³. Dottrina e giurisprudenza, pertanto, partecipano attivamente all’evoluzione del diritto esercitando in maniera crescente un ruolo di impulso, controllo, aggiornamento e integrazione tendenzialmente “non nemico, ma cooperativo di fronte al grande malato rappresentato dal Parlamento”¹⁰⁴.

Occorre precisare, a scanso di equivoci, che le considerazioni da ultime esposte, alla stessa stregua di ogni altra precedente, non sono affatto da intendersi come preventivo avallo di qualsivoglia ipotesi di *protagonismo* o *sconfinamento* di teorici e pratici del diritto¹⁰⁵ e neppure come preconcepita contrarietà o anche soltanto tendenziale sfiducia verso la prospettiva della “riacquisizione di centralità” da parte delle istituzioni politico-rappresentative, prospettiva che, anzi, resta il nostro maggiore auspicio¹⁰⁶. Resta però il

le respect de la Constitution»), rimarcando con grande incisività la necessaria prevalenza del principio della certezza della Costituzione su quello della certezza della legge.

⁹⁹ In quest’ottica D. Grimm, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁰ N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 74.

¹⁰¹ M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione*, cit., p. 370. In verità, l’A. limita il riferimento solo alla giurisprudenza. Senonché, per tutte le ragioni suesposte, tale riferimento ben può essere esteso alla dottrina giuridica, specie costituzionalistica.

¹⁰² M. Taruffo, (voce) *Giurisprudenza*, in *Enc. sc. soc.*, vol. IV, Roma, 1994, p. 356.

¹⁰³ “Insomma, i giuristi si comportano un po’ come uno storico che interpolasse documenti apocrifi nel suo proprio archivio”: R. Guastini, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰⁴ D. Tega, *op. ult. cit.*, p. 82 ss.

¹⁰⁵ D’altronde, così come abbiamo preso in considerazione l’ipotesi, patologica, che la dottrina esorbiti dai propri compiti, alla stessa stregua non possiamo escludere *a priori* l’eventualità, altrettanto deprecabile, per quanto remota, che anche la giurisprudenza, inclusa quella costituzionale, “oltrepassi i limiti giuridici ad essa attribuiti ed eserciti in proprio, col pretesto di applicare la Costituzione, una attività politica effettiva” (del tipo, cioè, di quella spettante agli organi propriamente legislativi): D. Grimm, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁶ Lo stesso auspicio viene dichiarato da M. Ruotolo, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 889, il quale trova semplicistico reputare che “l’attuale, vero o presunto, attivismo giudiziario possa avere come necessaria conseguenza

fatto che, perdurando l'incapacità del legislatore di fare il proprio mestiere, l'attivismo di giudici e dottori del diritto, all'occorrenza spinto sino alla supplenza, diviene una vera e propria necessità da dover soddisfare piuttosto che solamente una mera opportunità da poter sfruttare.

Un *caveat* con cui potremmo chiudere la nostra riflessione è, dunque, proprio quello di fare sempre molta attenzione a non invertire il rapporto di causa-effetto tra i soggetti in discorso: non dovrebbe essere mai la forza della scienza giuridica a indebolire il legislatore, ma la debolezza del legislatore a rafforzare la scienza giuridica¹⁰⁷.

Abstract: Come dimostra anche la storia del diritto, compito della scienza giuridica, nelle sue due componenti di dottrina e giurisprudenza, non è solo quello di fare l'esegesi della legge o darne applicazione. Invero, i giuristi, specie in ambito costituzionale, possiedono una naturale propensione a costruire, piuttosto che a individuare, il diritto e a mediare tra testi (normativi) e contesti (sociali). Questa propensione emerge ancor più nettamente oggi a motivo, per un verso, di una Costituzione rigida e per valori che richiede loro prestazioni prima sconosciute e, per altro verso, di un quadro ordinamentale lacunoso e al contempo caotico che, dovuto anche a fattori esterni, comunque esige di essere continuamente ricomposto. L'autorevolezza e la legittimazione di carattere tecnico-scientifico, anziché politico-democratico, di cui essi godono rappresentano non già un impedimento, bensì il presupposto stesso per esercitare sempre più un ruolo di controllo, di impulso, di integrazione e persino di supplenza rispetto ad altri poteri costituzionali, Parlamento *in primis*.

Abstract: As the history of law also shows, the task of legal science, in its two components of doctrine and jurisprudence, is not only to make exegesis of the law or to give its application. Indeed, jurists, especially in the constitutional field, possess a natural propensity to construct, rather than identify, law and to mediate between (normative) texts and (social) contexts. This propensity emerges even more sharply today owing, on the

l'incremento della "passività" del legislatore (come se questo, quasi meccanicamente, fosse destinato a non prendere decisioni o comunque a rinunciare a prendere decisioni razionali, perché sa che sarà poi il giudice costituzionale a farlo!)"

¹⁰⁷ Per spunti in tal senso si rinvia a M. Luciani, *op. ult. cit.*, p. 368; P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008, p. 259; G. D'Amico, *Articolo 134*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, Bologna, 2018, p. 435.

one hand, to a rigid, value-based constitution that demands of them previously unknown performances and, on the other hand, to a patchy yet chaotic legal framework that, due in part to external factors, nonetheless demands to be continually reassembled. Their authoritativeness and legitimacy of a technical-scientific, rather than political-democratic, nature represent not an impediment but the very prerequisite for exercising more and more a role of control, impetus, integration and even supplanting other constitutional powers, firstly Parliament.

Parole chiave: dottrina – giurisprudenza – interpretazione – Costituzione – legislatore.

Key words: doctrine – jurisprudence – interpretation – Constitution – lawmaker.