

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 4/2018

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo
Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze
Giuseppe Caia
Paolo Carnevale
Marta Cartabia
Giuseppe de Vergottini
Pietro Giuseppe Grasso
Guido Greco
Natalino Irti
Anne-Marie Le Pourhiet
Stelio Mangiameli
Fabio Merusi
Jorge Miranda
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca
Gaetano Silvestri
Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli
Flaminia Aperio Bella
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier

SOMMARIO 4/2018

saggi

- Franco Modugno, *Interpretazione costituzionale* 515
- Francesco Cerrone, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione* 545
- Valeria Marcenò, *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé". Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge* 633
- Federico Savastano, *L'opportunità di un modello comune per l'acquisizione della cittadinanza europea* 655

osservatorio

- Antonio Bellizzi di San Lorenzo, *Fenomenologia giuridica del bene alimentare* 683
- Marco Cappai, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM* 703

recensioni

- Marco Ruotolo, *Per una rifondazione del progetto di integrazione europea. Recensione a Economia e diritto dei mercati nello spazio europeo. Dall'età antica all'età globale, a cura di A. Cantaro, Milano 2018* 757

INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Specificità dell’interpretazione costituzionale. – 1.1. Specificità dell’oggetto – e, quindi, delle tecniche – dell’interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista intrinseco). – 1.1.1. La trama delle disposizioni costituzionali. – 1.1.2. La materia delle disposizioni costituzionali. – 1.1.3. *Segue*: le tecniche tipiche dell’interpretazione costituzionale. – 1.2. Specificità degli agenti dell’interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista estrinseco). – 2. Interpretazione conforme a Costituzione (ovvero: l’argomento sistematico della conformità a Costituzione). – 2.1. I limiti all’(esperimento del tentativo di) interpretazione conforme a Costituzione. – 2.1.1. Il limite testuale. – 2.1.2. Il limite del “diritto vivente”. – 2.1.3. Il limite dell’applicazione di una norma di dubbia (improbabile) costituzionalità. – 2.2. Il ruolo della Corte costituzionale e quello dei giudici comuni nell’interpretazione conforme a Costituzione. – 3. In conclusione.

Introduzione

Si sente spesso parlare di “interpretazione costituzionale”, ma i significati attribuiti a questa locuzione possono essere molteplici. Per poter affrontare il tema, mi riprometto allora, preliminarmente, di individuare il senso, o i sensi, di questo sintagma.

Entrambi i termini di cui esso si compone – il sostantivo “interpretazione” e l’attributo “costituzionale” – sono, infatti, carichi di ambiguità e dipendono da precise scelte, delle quali si dovrà rendere conto, sia pur per brevi cenni.

* Il presente lavoro riproduce la *Lectio magistralis* tenuta presso l’Università degli Studi di Camerino il 10.4.2019 e, per tale ragione, sarà anche destinato agli *Annali della Facoltà Giuridica* dell’Università degli Studi di Camerino. La *Lectio* riprende in parte, in forma sintetica e aggiornata, riflessioni che ho già svolto altrove e delle quali si darà conto in nota.

Quanto al sostantivo “interpretazione”, è chiaro che qui si prenderà in considerazione un tipo specifico di interpretazione, che è l’interpretazione *giuridica*, ossia l’atto con cui si attribuisce un senso, un significato ad un *documento giuridico*¹. Vi sono, certo, anche *fatti* produttivi di effetti giuridici, cui l’interprete è chiamato ad attribuire un significato, ma in tal caso l’attività di attribuzione di senso consiste nella *individuazione* degli effetti giuridici ad essi ricollegati da una o più norme, una volta *accertata* l’esistenza del fatto. Ben diversa è, invece, l’interpretazione di un atto giuridico imputabile alla volontà umana – di regola contenuto in un atto *scritto*, che ne documenta il contenuto – ove l’interprete non si limita alla individuazione degli effetti giuridici da esso discendenti, ma *presuppone l’attribuzione del significato all’atto stesso*, ossia al *documento* che lo accompagna. Dunque, l’interpretazione giuridica, *in senso stretto*, è interpretazione di documenti giuridici, ossia di *testi*, formulati in *termini linguistici*, stabili, che – in quanto tali – *esigono* un’attribuzione di senso.

Più complessa è l’individuazione del significato da attribuirsi al predicato “costituzionale”, poiché della “costituzione” si danno almeno tre significati e, dunque, occorre specificare il senso in cui si intende il predicato per comprendere quello che si attribuisce al sintagma.

Ecco i tre significati di “costituzione”:

1) Costituzione *in senso formale*; ossia una legge distinta dalle altre leggi, perché consegnata in apposito documento, appunto costituzionale. Quindi *costituzione scritta*.

2) Costituzione *in senso sostanziale*; ossia insieme delle *norme* che sono a *fondamento* di un determinato ordinamento giuridico (nella specie, di un ordinamento giuridico statale) e che ne caratterizzano la fisionomia e il positivo assetto. S’intende, dunque, che la costituzione in senso sostanziale è cosa diversa dalla costituzione materiale di cui discorreva Mortati².

3) Costituzione come *documento*, quindi costituzione scritta, nel suo *rapporto* con le altre leggi; nel senso specifico della sua *superiorità*, ossia – e meglio – del suo *essere condizione* di validità delle altre leggi.

Di conseguenza, si capisce subito che avremo almeno altrettanti significati ben distinti di “interpretazione costituzionale”:

1) Interpretazione (*ricerca del significato*) della disposizione di un testo scritto, di una Costituzione, come legge formale o documentale;

¹ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2015, 1.

² C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940.

2) Interpretazione, o meglio *individuazione*, delle norme che sono a fondamento di un ordinamento giuridico (nella specie: statale) e che ne caratterizzano la fisionomia, rendendolo, per es., monarchico, repubblicano, parlamentare, presidenziale (*i.e.*: leggi elettorali, leggi sulla cittadinanza, sul territorio, sulla normazione);

3) Interpretazione del rapporto tra Costituzione e leggi, ossia, in definitiva, della conformità o disformità di queste ultime rispetto alla Costituzione.

Si capisce pure che i tre significati si intersecano, poiché una costituzione formale (scritta) è pur sempre posta a fondamento dell'ordinamento ed è pure condizionante la validità delle altre leggi; così come la costituzione in senso sostanziale è ugualmente incidente sul rapporto con le altre norme particolari costitutive dell'ordinamento.

Ciò detto, non mi occuperò del secondo significato di “interpretazione costituzionale”, poiché in relazione alla costituzione intesa in senso sostanziale l'attività del giurista non concerne tanto la ricerca del significato di un testo, quanto l'*individuazione* delle norme che, insieme al testo costituzionale, caratterizzano un ordinamento statale. Non si tratta dunque di attività *interpretativa* in senso stretto, come sopra precisato.

Prenderò, invece, in considerazione il primo ed il terzo dei significati di “interpretazione costituzionale”, per i quali l'attività ermeneutica consiste in un'interpretazione di testi scritti, che dunque segue – non può non seguire – anzitutto le *regole linguistiche*.

Ciò comporta che, come si distingue tra enunciato e significato, così non si può non distinguere tra quello che è l'enunciato costituzionale e il significato che gli si attribuisce. Nella letteratura giuridico-costituzionale tale distinzione è stata denominata come distinzione tra disposizione e norma dal mio Maestro Vezio Crisafulli³; ed a tale terminologia intendo riferirmi.

Ciò non di meno, proprio da qui nascono i primi interrogativi: data la distinzione, è l'interpretazione costituzionale (ossia, l'interpretazione delle disposizioni costituzionali) diversa e distinguibile dalla *normale interpretazione delle disposizioni legislative*?

³ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, 195 ss.

1. *Specificità dell'interpretazione costituzionale*

Si potrebbe ritenere che, essendo l'interpretazione giuridica operazione di attribuzione di significati (norme) da enunciati (disposizioni), essa attenga al diritto in quanto fatto di enunciati, non rilevando, insomma, la peculiarità dell'oggetto dell'interpretazione. E, difatti, non sono mancati in dottrina tentativi di escludere l'esistenza di profili di specialità dell'interpretazione del testo costituzionale⁴.

Intendo invece qui dimostrare che l'interpretazione costituzionale presenta diversi elementi di specificità rispetto all'interpretazione dei comuni testi normativi, da un punto di vista *intrinseco* e da un punto di vista *estrinseco*⁵.

Nel primo senso – quello *intrinseco* – l'interrogativo circa la specificità dell'interpretazione costituzionale è subordinato a quello relativo alla peculiarità del suo *oggetto*: ove si ritenga che le disposizioni costituzionali, singolarmente o nel loro insieme, presentino caratteristiche peculiari rispetto alle altre disposizioni normative, occorre verificare se tali peculiarità si traducano nell'esigenza di uno statuto autonomo della loro interpretazione.

Nel secondo senso – quello *estrinseco* – occorre valutare se i *soggetti* dell'interpretazione del testo costituzionale siano i medesimi deputati ad interpretare gli altri testi normativi e se possiedano i medesimi *poteri*, nell'uno e nell'altro caso.

1.1. *Specificità dell'oggetto – e, quindi, delle tecniche – dell'interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista intrinseco)*

L'affermazione che il testo costituzionale non è un documento normativo come qualsiasi altro è affermazione largamente condivisa e quasi autoevidente, quantomeno sul piano assiologico e della capacità condizionante le fonti dell'ordinamento. Quello che in questa sede occorre indagare è, invece, un profilo diverso – per quanto, come si vedrà, ai primi connesso – di specificità del documento costituzionale, e riguarda il suo essere un *testo* diverso dagli altri testi normativi, sul piano *linguistico*.

Dal punto di vista strutturale, infatti, le costituzioni si compongono

⁴ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, in cui v., in particolare, l'Appendice su "L'interpretazione costituzionale".

⁵ Per questa impostatura, G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 904 ss.

per la gran parte di enunciati contenenti *formulazioni di principio* piuttosto che di *regole* deontiche; clausole *aperte*; disposizioni caratterizzate da una *vaghezza* tale da essere state qualificate dalla giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione – addirittura – come disposizioni meramente programmatiche, non immediatamente precettive, ma bisognose di applicazione ed attuazione legislativa.

Non appena istituita, la Corte costituzionale, sulla scorta della dottrina crisafulliana⁶, ha negato quest'ultima tesi, affermando la piena precettività di tutte le disposizioni costituzionali, incluse quelle di principio o dal tenore letterale vago o ambiguo. È proprio a partire da qui, dunque, che sorgono i più rilevanti problemi ermeneutici: come estrarre da disposizioni di tale tenore delle regole, delle norme? Possono applicarsi ad enunciati di questo tipo i comuni canoni interpretativi elencati dall'art. 12 preleggi e, in particolare, l'ordine da esso indicato?

La questione non si pone tanto o solo sul versante dei rapporti gerarchici fra la disposizione sull'interpretazione e l'oggetto interpretando – versante che, pure, possiede un qualche rilievo, giacché ammettere che l'art. 12 preleggi si applichi all'interpretazione costituzionale rischia di esporre gli interpreti della Costituzione «alla mercé degli organi della legislazione ordinaria»⁷ –, ma soprattutto, per quanto qui preme osservare, sul piano ontologico, della compatibilità di quei canoni e criteri interpretativi con l'oggetto cui si pretende di applicarli.

E da quest'ultimo punto di osservazione – che non esclude la qualifica di meta-norma dell'art. 12 preleggi e guarda a quest'ultimo anche quale positivizzazione di criteri *comunque sia* logicamente immanenti all'attività interpretativa dei comuni testi giuridici – la risposta al quesito non può non essere negativa, se solo si pone mente a due elementi di peculiarità delle disposizioni costituzionali: la loro *trama* e la *materia* su cui vertono.

1.1.1. La trama delle disposizioni costituzionali

Le Costituzioni svolgono un compito o, meglio, un insieme strettamente interconnesso di compiti *specifici* all'interno dell'ordinamento giuridico statale (delineati dall'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme e du citoyen* del 1789), ossia: quello di fissare i principi basilari volti a modellare i rapporti politico-sociali; quello di porre le norme fondamentali

⁶ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.

⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 311; ma v. anche F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova 1998, 84.

che valgono a caratterizzare l'identità e la fisionomia di ciascuno Stato, i confini e le attribuzioni dei suoi poteri; quello di individuare il nucleo dei diritti, dei doveri e delle libertà garantiti dall'ordinamento. Questo complesso di compiti richiede alla costituzione di individuare elementi non immanenti e contingenti, ma capaci di durare nel tempo, alla prova dell'evoluzione storica e sociale, politica ed economica. Si tratta di *vocazione a durare* che assume una sicura specificità nella Carta costituzionale poiché, mentre ogni altra fonte normativa si rivolge – normalmente – a fattispecie future generali ed astratte, solo la Costituzione lega la persistenza della propria vigenza all'esistenza dell'ordinamento giuridico cui appartiene⁸, tanto da potersi a dirittura configurare come identica a quest'ultimo, quale *ordo ordinans*.

Nella redazione delle sue disposizioni si adopra, allora, un linguaggio consono all'obiettivo della loro persistenza nel tempo: enunciati di particolare "ampiezza" (vaghezza o ambiguità) e porosità, sinteticità o ellitticità. I compiti assegnati al testo costituzionale determinano l'*impossibilità* per la gran parte delle sue disposizioni di essere dettagliate, la loro peculiare *trama aperta*, suscettibile, da un lato, di *evoluzione* in relazione al corso del tempo con una certa flessibilità⁹ e, dall'altro, di aprirsi all'*integrazione* da parte dell'attuazione legislativo-applicativa e delle prassi.

Sul primo versante, la tensione fra interpretazione testuale-origina-ria e interpretazione evolutiva è una tensione caratterizzata da profili di peculiarità quando l'oggetto dell'attività interpretativa è il testo costituzionale. L'interprete sarà, infatti, sempre chiamato a guardare alla Costituzione contestualmente come luogo di fissazione dei valori fondamentali e irrinunciabili, ma contemporaneamente anche ad assicurarne la persistenza e la modulazione secondo le mutevoli esigenze ordinamentali e sociali. Com'è stato efficacemente detto, «la costituzione reale serve a garantire la stabilità nel mutamento, e il mutamento nella stabilità, il concetto di costituzione è il luogo della metamorfosi della stabilità»¹⁰.

Sul secondo versante, la Costituzione, in quanto manifestazione istantanea, puntuale, irripetibile (o straordinariamente ripetibile), per realizzarsi deve proseguire, svolgersi, attuarsi in una funzione ordinaria e

⁸ M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 45 ss.

⁹ S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947.

¹⁰ F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma 2011, 14.

primaria che ne assicuri al tempo stesso il mantenimento e lo sviluppo¹¹. Così, la necessità delle disposizioni costituzionali di principio di essere integrate da altre fonti dell'ordinamento – *in primis* dalla legge –, dalle prassi degli organi costituzionali e dall'interpretazione giudiziale – specialmente, promanante dall'organo qualificato, come si vedrà *sub* 1.2. – comporta che l'interpretazione costituzionale consista sempre in una *duplex interpretatio*, poiché la ricerca del significato della disposizione costituzionale non potrà prescindere dalla lettura congiunta, *sistemica*, all'interno della Costituzione e con le ulteriori disposizioni e prassi che ad essa danno attuazione e forma (si pensi solo, per fare uno fra i moltissimi esempi possibili, all'interpretazione evolutiva dell'art. 75, comma 2, Cost. ed a come essa si sia nutrita di argomenti ricavati dal complessivo sistema costituzionale all'interno del quale l'istituto referendario si colloca, oltre che dell'attuazione nella prassi di quell'istituto, che ne hanno richiesto una modulazione in ragione a strumenti dappprincipio non ipotizzati dal Costituente, o quanto meno, non pienamente rispondenti all'originaria conformazione del *referendum* abrogativo).

Dunque, è innegabile che dinnanzi a disposizioni di principio (come molte di quelle che aprono la Carta costituzionale) o a disposizioni vaghe (come molte di quelle contenute nella parte dedicata ai diritti e doveri) o, comunque sia, dotate di un certo margine di indeterminatezza (come molte di quelle relative alla forma di governo e all'assetto dei poteri) l'interprete non possa seguire l'ordine dei criteri ermeneutici suggerito dall'art. 12 preleggi, poiché il testo apre ad un ventaglio di possibilità di senso che necessita di essere orientato mediante l'utilizzo di diversi criteri interpretativi (quello sistematico, quello dell'interpretazione evolutiva), in linea con il canone della totalità di bettiana memoria¹².

1.1.2. La materia delle disposizioni costituzionali

Ad analogo approdo – quello della *solo parziale* utilizzabilità dei comuni canoni interpretativi – conduce pure la considerazione della speciale materia su cui verte principalmente una costituzione: materia “*politica*”, nel senso di cui si diceva sopra, ossia di preordinazione delle dinamiche politico-sociali. E, com'è stato detto in modo molto efficace,

¹¹ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 210.

¹² E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, 15 ss.

se la Costituzione è preordinata ad agire sulle dinamiche politico-sociali, «ciò che viene in primo piano è l'indeclinabile esigenza di un'interpretazione politicamente consapevole, dove la fedeltà al testo ed all'*intentio* non si misura in chiave meramente grammaticale ma per la capacità di dare prosecuzione agli intendimenti costituenti»¹³.

È, quest'ultimo, un elemento di importante contenimento del protagonismo interpretativo cui, per l'altro versante, la peculiare trama delle disposizioni costituzionali sembrerebbe vocare l'attività interpretativa a loro indirizzata. I contesti umani, culturali e sociali che entrano nel normale circuito interpretativo, orientando la ricerca di significato dell'interprete, vengono infatti *esaltati* dall'oggetto dell'interpretazione e dal suo contenere principi e valori fondamentali, fondanti e costitutivi dell'assetto politico-sociale.

Che la materia della Costituzione sia *politica* implica allora la sussistenza di *peculiari limiti* all'attività interpretativa e alla possibilità dell'interprete – pure dell'interprete qualificato, la Corte costituzionale – di pronunciarsi o di intervenire, financo in caso di “*rottura*” o di “*modificazioni tacite*” della Costituzione. Si pensi, ad esempio, alle cd. *political questions* o alle numerose aree in cui il Giudice costituzionale esercita un *self restraint*, perché afferenti all'intangibile discrezionalità legislativa. O si pensi alle disposizioni costituzionali che disciplinano la forma di governo, la cui formulazione letterale è stata significativamente lasciata aperta all'integrazione non solo legislativa, ma soprattutto mediante prassi, consuetudini, convenzioni costituzionali. Ebbene, dinnanzi all'attività integrativa del disegno costituzionale svolta da queste fonti-fatto e da questi comportamenti degli organi costituzionali, l'interprete costituzionale può, certo, vagliare la loro conformità (o meno) alle disposizioni della Carta fondamentale, ma non possiede strumenti per agire avverso una loro disformità dalla Costituzione. Tanto è vero che la consuetudine *contra Constitutionem*, se è giuridicamente inammissibile (vietata), si può realizzare *de facto* e, se si realizza, può giungere alla modifica del diritto costituito.

Questo elemento, se da un lato decreta un limite delle possibilità dell'attività interpretativa costituzionale, dall'altro *ne qualifica ulteriormente la specificità*, poiché solo l'interpretazione costituzionale si dirige non già semplicemente allo specifico oggetto del suo interesse – la

¹³ R. NANIA, P. SAIITA, *Interpretazione costituzionale*, in S. CASSESE (dir.) *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano 2006, 3211.

disposizione costituzionale – ma anche, *necessariamente*, all’*integrazione* del suo oggetto, della quale è chiamata a vagliare la possibilità, ossia la compatibilità con la Costituzione formale. Questo significa che «*il diritto costituzionale si distingue da ogni altro (ramo del) diritto nel preciso senso che il fatto qualificato della volontà delle decisioni politiche, lato sensu, proprio dei soggetti e degli organi costituzionali, ossia dei poteri supremi, reca in sé un momento giuridico ineliminabile e, in definitiva, un momento normativo, oltre e di là dagli enunciati della Costituzione, che l’interpretazione costituzionale è volta a scoprire*»¹⁴.

Si conferma, dunque, che l’interpretazione costituzionale è una *interpretazione sistematica necessaria*.

1.1.3. Segue: *Le tecniche tipiche dell’interpretazione costituzionale*

Si conferma, pure, la solo parziale utilizzabilità dei comuni canoni e criteri dell’interpretazione, con la conseguenza che l’interprete è tenuto, quanto meno, ad accompagnare il loro utilizzo ad *altri tipi di argomentazione*.

Ma quali sono questi particolari tipi di argomentazione, queste *tecniche tipiche* dell’interpretazione costituzionale?

Data la posizione di vertice del sistema e fondamento dell’ordinamento del testo costituzionale, l’interprete costituzionale è chiamato, in primo luogo, alla *fondazione* (enucleazione) e alla ponderazione (*bilanciamento*) dei principi fondamentali. D’altro canto, è difficile dubitare che la costruzione (fondazione, ponderazione) dei principi costituzionali possa prescindere dai “valori” evocati dalle discipline normative (specie costituzionali). Ed è altrettanto difficile dubitare che – indipendentemente dalle disposizioni positive che pongano precise regole di prevalenza di un principio su un altro – il *bilanciamento* tra diversi (due o più) principi possa compiersi prescindendo dai “valori” che ne hanno reso possibile la costruzione (fondazione, ponderazione).

Ma la contiguità tra “principi” e “valori” non esclude *la differenza* che tra di essi intercede.

Se *i valori*, in sé e per sé, non sono fini, essi *non sono* propriamente neppure *principi*.

Si può dire che i principi sono eminentemente *valori giuridicizzati*, accolti in forme giuridiche, per cui l’operatore-interprete, specialmente

¹⁴ F. MODUGNO, *Specificità del’interpretazione costituzionale*, cit., 212 s.

quello dotato di poteri decisionali (e, di riflesso, la scienza giuridica), nell'interpretazione-applicazione del diritto, prendendo le proprie decisioni (e la scienza del diritto ripercorrendone le giustificazioni), si ispira a tali valori rendendoli per ciò stesso principi di diritto operanti.

Questa è fondamentalmente l'ipotesi che sembra preferibile circa il rapporto tra valori e principi. I primi, come tali, appartengono ad un'area che potrebbe dirsi "etica", e, comunque sia, pre-giuridica; i secondi al mondo del diritto.

Ora, la diversa appartenenza (dei valori e dei principi) a sfere distinte non comporta affatto una cesura. Si può dire, ad es., che, a differenza dei principi, «i valori (...) di per sé, non esprimono un dover essere giuridico»¹⁵. Ma, se tradotti in principi – e in principi di carattere prescrittivo – essi finiscono per esprimerlo (tramite i principi che ad essi si ispirano). Tanto più che i valori già «presentano, in genere, una connotazione teleologica (che si esprime nella tensione alla realizzazione)», dal momento che «non si tratta (...) di entità statiche ed inerti, ma di entità dinamiche, ciascuna delle quali (...) esige la propria concretizzazione»¹⁶.

Una volta che i valori si traducono (o si tramutano) in principi, la inclusione di un valore in un principio giuridico comporta che si istituisca un preciso, determinato, universo assiologico che potremmo anche denominare "ambito" assiologico (o, nella terminologia giuridica corrente, "materia") e, una volta che i valori si giuridicizzano, sostanziando principi giuridici, la loro ponderazione e il loro bilanciamento possono essere indirizzati e guidati fino al punto di far assorgere uno dei due (o più) valori a *valore preminente*, senza peraltro che il valore o i *valori recessivi* possano essere *radicalmente sacrificati*.

Va rilevato, infatti, che i principi costituzionali (come del resto tutti i principi) sono *concorrenti*, al punto che, con qualche esagerazione, è stato affermato che *i principi vanno sempre in coppia*, nel senso che per ogni possibile caso si presentano principi concorrenti che giustificano decisioni diverse e contrastanti¹⁷.

Com'è stato giustamente affermato, «alle formulazioni dei principi costituzionali può cioè essere attribuito un determinato significato sulla base di considerazioni testuali, di considerazioni relative alle intenzioni

¹⁵ A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2001, 7.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, 1985, in ID., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986, 117.

dell'organo costituente e agli scopi che questo intendeva perseguire, di considerazioni relative agli scopi che questi principi hanno di per sé, alla luce dei valori che si assumono rilevanti, in quanto degni di tutela da parte di una costituzione “buona” o “giusta”»¹⁸.

Ciò non toglie – ed anzi implica – che, proprio perché i principi costituzionali (ed i retrostanti valori) “rilevanti” nell'operazione di interpretazione ad essi conforme delle disposizioni legislative sono molteplici, non è lecito operare nel senso di una unilaterale considerazione di un singolo principio costituzionale pretermettendo gli altri.

Ciò non di meno, proprio per la molteplicità dei principi e per la diversità dei loro contenuti, essi si possono presentare in conflitto, rivelando una *antinomia* «per la quale nessun ordinamento giuridico pre-dispone un criterio di soluzione»¹⁹. Non valgono ovviamente i criteri cronologico, gerarchico e di competenza poiché i principi costituzionali, essendo desumibili dal testo costituzionale, si presentano come principi coevi, paritari (reciprocamente incondizionati) ed entrambi “competenti” (ricavabili o proponibili cioè come significati di disposizioni emesse da uno stesso soggetto: il potere costituente).

In qual modo, dunque, è possibile eliminare o, comunque sia, “superare”, a traverso ponderazioni e bilanciamenti, un conflitto tra principi concorrenti?

In questo quadro, «il maggior problema che tale complessità assiologica pone è quello delle priorità, per risolvere i conflitti potenziali o attuali tra valori». Se è vero che «in molti casi, il problema è risolto dalla Costituzione, la quale procede direttamente al bilanciamento tra i valori da essa riconosciuti», è però altrettanto vero che, se la composizione va trovata «nello specifico dosaggio tra gli elementi antagonisti concretamente realizzato dalla singola, positiva, disciplina costituzionale», è proprio all'interpretazione di quest'ultima che l'operatore-interprete non può non rivolgersi per la “costruzione” di principi e per la soluzione dei relativi conflitti. Così, soprattutto, allorché «il testo costituzionale esplicita chiaramente le priorità sulla cui base costruisce le proprie costituzionali prescrizioni»²⁰.

Quando la giuridicizzazione dei valori non dia luogo alla preminenza

¹⁸ E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999, 449.

¹⁹ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già dir. da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, contin. da P. SCHLESINGER, Milano 2004, 136.

²⁰ Citazioni tratte da A. D'ATENA, *Lezioni*, cit., 17 s.

di un principio su di un altro, vi sono «tensioni irrisolte per la cui soluzione sono state proposte in dottrina «due strade»: «la prima strada è quella della necessaria mediazione legislativa. Alla stregua della quale, si ritiene che le priorità vadano stabilite dal legislatore, con autonoma decisione politica»²¹.

La seconda è invece l'altra – seguita dalla giurisprudenza costituzionale – del bilanciamento e contemperamento di principi, nessuno dei quali può venire radicalmente pretermesso nell'applicazione al (e nella soluzione del) caso concreto. La combinazione dei principi costituzionali richiede allora, in estrema sintesi, il raggiungimento di un equilibrio 1) aderente al caso o fatto specifico oggetto del giudizio; 2) che non intacchi il minimo di valore – il nucleo essenziale – di ciascuno di essi; e che 3) contestualmente assicuri la compatibilità della soluzione con l'ordinamento complessivo (sia in atto, sia con riferimento alla sua plausibile proiezione futura).

Non si tratta, quindi, di un controllo diretto sulla ragionevolezza delle scelte legislative, ma di una *tecnica interpretativa* tipica delle disposizioni costituzionali dalle quali possano desumersi (o per le quali possano proporsi) principi sistematicamente coesistenti e collidenti con altri principi, congiunta al controllo di costituzionalità delle disposizioni legislative dalle quali debbono desumersi (o per le quali debbano proporsi) i principi ispiratori, per poterli raffrontare con i principi costituzionali (*duplex interpretatio*).

1.2. Specificità degli agenti dell'interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista estrinseco)

Nel nostro ordinamento giuridico, così come in altri in cui la Costituzione è “garantita”, è istituito un organo che è chiamato ad essere interprete *privilegiato* della Costituzione; privilegiato dalla circostanza di avere l'*ultima parola* in punto di interpretazione e applicazione del testo costituzionale nella sua interezza, quanto meno all'interno dell'ordinamento stesso. Così, le argomentazioni e le tecniche utilizzate da questo speciale Giudice acquisiscono un ruolo e una forza particolare – appunto, specifica – nel circuito ermeneutico di attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali.

Le tecniche specifiche dell'interpretazione costituzionale (il bilan-

²¹ *Ibid.*, 19.

ciamento dei principi costituzionali e il giudizio di ragionevolezza), pur essendo, infatti, modi di argomentare tipici della Corte costituzionale, devono essere utilizzate dagli altri giudici e interpreti della Costituzione, in quanto, come si è visto, la specificità *oggettiva* del suo testo richiede specifiche modalità di ricerca del suo significato. Ed è la Corte costituzionale stessa che non solo lo ha *riconosciuto*²², ma a *richiedere* un sempre maggior utilizzo di queste specifiche tecniche argomentative da parte di altri soggetti dell'ordinamento, quando sollecita, ad esempio, l'esperimento da parte dei giudici comuni del tentativo di interpretazione conforme della legge a Costituzione, prima di optare per la sollevazione della questione di legittimità costituzionale.

Non è, dunque, su questo piano che possa cercarsi e rinvenirsi una specificità *estrinseca* dell'interpretazione costituzionale, ma solo sul piano dei diversi *poteri* attribuiti dall'ordinamento positivo alle interpretazioni costituzionali svolte dai diversi soggetti.

Allora, mentre l'interpretazione giudiziale, anche qualora riguardi la Costituzione, non avrebbe nulla di specifico rispetto all'interpretazione degli altri agenti e operatori del diritto, *l'interpretazione costituzionale è specifica se resa dalla Corte*. Ed è specifica non solo per la ragione che, in quanto ultima, essa impone *a tutti* gli operatori ed interpreti di tenerla in considerazione, ma – di più – perché l'ordinamento qualifica, in talune occasioni, questa interpretazione come *decisoria e vincolante*.

Qui, però, è necessario precisare.

La dichiarazione di incostituzionalità della legge, in quanto sorretta dall'interpretazione del parametro costituzionale – oltre che della legge interpretata –, *vincola* tutti i soggetti dell'ordinamento non solo quanto all'effetto della combinazione delle due interpretazioni (l'annullamento della legge o atto avente forza di legge), ma anche quanto all'interpretazione costituzionale presupposta. Così non è invece, ad esempio, per le sentenze interpretative di rigetto o – ancor meno – per le ordinanze interpretative di inammissibilità, non vincolanti gli altri giudici, per quanto dotate di una peculiare *autorevolezza* in punto di interpretazione costituzionale.

Ma vi è di più, poiché, se l'opera di *costruzione* dei “principi costituzionali” a partire dai valori evocati dalle (impliciti nelle) disposizioni costituzionali, nonché di ponderazione, di bilanciamento fra di essi, è istituzionalmente affidata, in primo luogo, alla Corte costituzionale

²² Si v., ad es., la sent. n. 171 del 1996.

nell'ambito della attività di interpretazione della Costituzione, e se costesti principi assorgono, al pari di tutte le (altre) norme costituzionali, a parametro di costituzionalità delle leggi, le disposizioni legislative debbono conformarsi (anche) ad essi, pena la illegittimità di queste ultime dichiarabile dalla Corte costituzionale. Poiché, in particolare, la portata dei principi costituzionali non dipende affatto dal contenuto delle norme legislative, in quanto è invece la portata di queste ultime ad essere determinata sulla base dei principi, è pure possibile che la disformità delle norme dai principi sia solo eventuale e non necessariamente conduca alla loro invalidità. Le norme o regole legislative sono cioè interpretativamente desunte da (o proposte per) gli enunciati legislativi e, solo a seguito di quest'opera ermeneutica, potrà eventualmente ragionarsi di un contrasto tra norme o regole e principi. In altri termini è possibile evitare il conflitto, rendendo conformi le norme ai principi.

È, dunque, nella interpretazione costituzionale intesa nel terzo significato – come rapporto tra Costituzione e leggi – che si snoda e si qualifica la specificità della interpretazione costituzionale in senso estrinseco o soggettivo. Ed è, pertanto, di questo terzo significato che ora vengo ad occuparmi.

2. *Interpretazione conforme a Costituzione (ovvero: l'argomento sistematico della conformità a Costituzione)*²³

È ovvio che l'interpretazione degli enunciati legislativi in modo da renderli conformi ai principi e alle norme costituzionali spetti, in primo luogo, alla Corte costituzionale, specie in un sistema di controllo "accentrato" di costituzionalità delle leggi nel quale queste ultime possono essere dichiarate illegittime solo da essa. Avendo la Corte, come ogni giudice, il potere di interpretare la legge, è possibile – come è accaduto sempre nel corso della nostra esperienza – che sia la Corte stessa a compiere l'interpretazione "adeguatrice" della legge alla Costituzione, emettendo decisioni "interpretative" della *quaestio legitimitatis*, desumendo cioè dalla disposizione legislativa un significato (una norma) non incostituzionale.

²³ Sull'interpretazione costituzionalmente conforme, una posizione a sé occupa il ricco e articolato saggio di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, 2016, 391 ss., che merita un'attenta e approfondita disamina, alla luce delle argomentazioni sostenute dall'ampia revisione delle teorie dell'interpretazione. Ad essa sarà dedicato un apposito lavoro.

Ma anche i giudici comuni, al momento della sollevazione davanti alla Corte della (pregiudiziale) questione di costituzionalità della legge, individuano la norma che ritengono incostituzionale (o di dubbia costituzionalità) dopo aver interpretato l'enunciato legislativo. Ora, in questa necessaria attività interpretativa può rientrare *anche* la interpretazione "adeguatrice" o "conforme" a Costituzione che eviti di sollevare, con riferimento alla norma individuata, la questione di costituzionalità e di applicare quindi in giudizio la norma medesima.

L'interpretazione costituzionale diventa così (una) *condizione necessaria* per la stessa *interpretazione legislativa*: quest'ultima non può prescindere dall'interpretazione dei (collegati e collegabili) enunciati costituzionali. Il giudice, nell'interpretare la legge, deve anzi ricercare un significato che si accordi con il significato desumibile da (o proponibile per) gli enunciati costituzionali.

Ciò, perché la "superiorità" o "condizionalità" della Costituzione rispetto alla legislazione, lungi dal risolversi nella mera relazione – che può essere negativa – di validità-invalidità, *implica* anche – in positivo – la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima, poiché le disposizioni normative prodotte dalle fonti diventano norme solo a seguito della interpretazione degli (attribuzione di significato agli) enunciati linguistici prodotti dal legislatore. E allora, se non c'è ancora la norma, non si può discutere di validità-invalidità.

La interpretazione conforme non comporta dunque, di per sé, la disapplicazione della legge, poiché, in quanto rivolta alla individuazione della norma, e spettante ad ogni giudice, è logicamente anteriore alla possibile antinomia tra norma legislativa e principio o norma costituzionale; antinomia, questa sì, risolubile dalla sola Corte costituzionale. Icausticamente è stato detto che «l'*incostituzionalità* della legge è il fallimento dell'interpretazione e la *dichiarazione* d'incostituzionalità è in funzione del successo dell'interpretazione»²⁴, nel senso che «il "fallimento dell'interpretazione" si ha quando non è possibile trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso»²⁵.

Se così è, allora l'interpretazione della legge conforme a Costituzione altro non è che un'applicazione dell'interpretazione sistematica, poiché «la legislazione ordinaria non fa sistema in sé medesima, bensì con la

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 258.

²⁵ *Ibid.*, 256 s.

normativa costituzionale»²⁶. Se «le disposizioni legislative devono essere interpretate, nel loro complesso, e mai isolatamente, nella loro portata testuale e letterale», se «tra i vari significati possibili, l'interprete deve cioè preferire quello che meglio si concili con il sistema, con il contesto normativo nel quale si inserisce», al fine di rendere “concreto” l'ordinamento, allora «l'interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione (specie ove quest'ultima abbia i caratteri della rigidità) ha proprio questo obiettivo: assicurare la coerenza dell'ordinamento, la quale (...) “deve essere ormai cercata sul piano costituzionale”»²⁷.

In questo modo la Costituzione stessa, «*la Costituzione repubblicana*» si erge a «*fondamento di una “nuova teoria dell'interpretazione” dei testi normativi*»²⁸.

Questa “nuova teoria dell'interpretazione”, allora, presenta alcuni problemi *specifici*, che hanno impegnato a lungo la riflessione dottrinale, come pure la Corte costituzionale, e specialmente: 1) problemi di individuazione dei limiti che incontra il tentativo di esperimento dell'interpretazione conforme da parte dei giudici comuni; 2) problemi di qualificazione del tentativo del giudice *a quo* di esperire l'interpretazione conforme come obbligo *di risultato* ovvero come obbligo, per così dire, *di diligenza*.

Le due questioni – o, meglio, aree problematiche – sono strettamente interconnesse, poiché la questione dei limiti all' (esperibilità del tentativo di) interpretazione conforme incide sulla qualifica del relativo “onere” da parte dei giudici comuni e sul riconoscimento degli elementi di diversità del ruolo della Corte costituzionale nell'individuazione del significato di un enunciato normativo conforme a Costituzione. Com'è stato di recente, efficacemente, affermato nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018* del Presidente della Corte costituzionale, «è immaginabile che il costante e generalizzato riferimento alla Costituzione permetta ai giudici comuni di conformare ad essa le leggi», ma solo «quando ciò sia consentito dall'esercizio dei comuni canoni ermeneutici»: il potere interpretativo dei giudici non può, infatti, «spingersi

²⁶ F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., 68 e 79.

²⁷ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle norme sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, 2013, ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, 121 s. e ivi citato per l'ultima espressione L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 109 s.

²⁸ M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, 2012, ora in ID., *Interpretare*, cit., 25.

oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire»²⁹.

Quali sono, dunque, questi ostacoli che provengono dalla *lettera* della legge o dal *contesto logico-giuridico* nel quale essa si inserisce? E quando tali ostacoli possono ritenersi *insuperabili*, così da impedire al giudice comune di procedere autonomamente all'interpretazione conforme a Costituzione e da richiedere *necessariamente* l'intervento della Corte costituzionale?

Nei paragrafi che seguono si cercherà di dare risposta partitamente a ciascuna di queste domande.

2.1. I limiti all'(esperimento del tentativo di) interpretazione conforme a Costituzione

2.1.1. Il limite testuale

Perché il giudice comune non debordi, non si faccia scudo, cioè, dell'argomento dell'interpretazione conforme a Costituzione per disapplicare, di fatto, la norma e sostituirla con una diversa (cosa che l'accenramento del sindacato di legittimità costituzionale impedisce), occorre verificare, in primo luogo, quali siano i *limiti* dettati dall'«orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere»³⁰.

Sul significato da attribuire al c.d. limite testuale nell'interpretazione conforme occorre, infatti, cercare di fare chiarezza. Il limite testuale, se inteso nel senso di giustificare la sola interpretazione c.d. dichiarativa o letterale, escluderebbe ogni altro argomento ermeneutico, ossia una qualsiasi interpretazione c.d. correttiva o integrativa del testo; ciò che però, in via generale, è escluso dallo stesso art. 12 preleggi che affianca e, in ogni senso, contrappone, in via alternativa, al criterio della interpretazione letterale ogni argomento ispirato alla c.d. intenzione del legislatore

²⁹ Corte costituzionale, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, reperibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf, spec. 7.

³⁰ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale*, cit., 123 e, più di recente, ID., *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, 22.10.2018, 3 ss. del testo dattilografato.

(e quindi alla *ratio legis*). Si noti poi che la stessa c.d. interpretazione sistematica è variamente modulabile: è (già) sia l'interpretazione endo-testuale (praticabile all'interno dello stesso testo, come prescrive l'art. 12 al. preleggi: «senso (...) fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»), sia l'interpretazione inter-testuale (tra diversi testi normativi), sia l'interpretazione condizionata dalla superiorità (condizionalità) di altro testo, indipendentemente dalle tesi che riconducono questo terzo tipo al precedente.

L'interpretazione conforme a Costituzione – in quanto tale – appartiene a quest'ultima categoria ed è, per ciò stesso, un'interpretazione inter-testuale, in cui i testi da confrontare ed eventualmente da adeguare sono costituiti da disposizioni condizionanti e da disposizioni condizionate. Ne discende – pianamente – che la disposizione condizionata (quanto alla validità) dalla condizionante è altresì prima ancora, condizionata (quanto all'interpretazione) dalla medesima, così che la *norma risulta dalla necessaria interpretazione congiunta di ambe le disposizioni*. Dopo la interpretazione conforme da due (o più) disposizioni risulta una sola norma (o normativa, che dir si voglia).

E quest'ultima è, probabilmente, la specificità più rilevante dell'interpretazione costituzionale, poiché solo in questo caso la *duplex interpretatio* si risolve in una *interpretazione unitaria* che rende conforme la norma di legge alla Costituzione. Se l'interpretazione conforme, ossia la produzione di *una sola* norma o normativa risultante dalla *duplex interpretatio* si rende possibile, allora non si avranno più due norme in contrasto suscettibili di essere confrontate al fine di eliminazione della norma condizionata. E il confine di questa “possibilità” è delimitato – anche – dall'*orizzonte di senso* del testo della disposizione: la proposta soluzione ermeneutica «deve pur reggere alla prova della «lettera», alla quale si deve tornare per verificare che l'allontanamento dalla stessa (dal «significato iniziale») non si sia tradotto in un suo travalicamento (come accadrebbe ove il «nuovo significato» non trovi fondamento alcuno nell'enunciato oggetto di interpretazione)»³¹.

Insomma, se l'interpretazione conforme non risulta possibile (o, meglio, il giudice la ritenga *difficile*), adottando *tutti* i possibili argomenti ermeneutici a disposizione, non resta che sollevare la questione di legittimità costituzionale; se l'interpretazione conforme risulta possibile, ossia

³¹ Così, M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 5 del testo dattilografato e, ivi richiamato, V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 207, per il riferimento alle espressioni «significato iniziale» e «nuovo significato».

se dal confronto tra la disposizione legislativa e quella costituzionale risulta una sola norma (o normativa) applicabile al caso concreto, si spiega invece perfettamente l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale volto a sollecitare il giudice comune all'opera di collaborazione interpretativa (o di sindacato «accentrato collaborativo»³²), prima di sollevare la questione di costituzionalità.

Ne consegue che la incidentalità del giudizio costituzionale non è affatto “cancellata”, per la semplice ragione che un giudizio costituzionale non è stato (ancora) introdotto, trattandosi di verificare le condizioni della sua instaurazione. Né si può dire che con ciò si sia introdotto un controllo para-diffuso di costituzionalità, perché il giudice comune, nell'interpretare la legge in modo conforme a Costituzione, confronta i due rispettivi enunciati, prima ancora (e al fine eventuale) di fissare (dedurre o proporre) la norma (di legge) sulla quale soltanto può vertere il vero e proprio controllo (accentrato) di costituzionalità.

Tanto meno poi si vanifica, in tal modo, il principio dell'annullamento delle leggi illegittime ad opera della Corte costituzionale, poiché il giudice comune non può né disapplicare (come accade nel controllo diffuso), né, ancor meno, annullare le norme legislative illegittime, spettando il relativo potere alla (sola) Corte costituzionale, anche appunto (o soprattutto) a fine di certezza e di estensione *erga omnes* degli effetti. Operando nel senso della interpretazione conforme, il singolo giudice comune *si limita a desumere* dalla disposizione di legge (o a proporre) *la norma* che ritiene non-incostituzionale e non ha ragione quindi di sollevare la *quaestio*, mentre è soltanto una diversa interpretazione seguita o proposta da altri giudici e consolidata nel c.d. “diritto vivente” che, offrendo così una normativa di dubbia costituzionalità, può richiedere, a fini di certezza e con efficacia *erga omnes*, in ultima istanza, la dichiarazione di incostituzionalità.

2.1.2. Il limite del “diritto vivente”

Ecco, dunque, la necessità di rispondere ad un ulteriore quesito: l'interpretazione conforme a Costituzione è “prevalente” anche rispetto al formatosi “diritto vivente”, rappresentato da una costante e generale interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni legislative (soprattutto

³² Secondo la felice formula di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012.

se avvalorata dalla giurisprudenza “nomofilattica” della Cassazione, o, comunque sia, dai giudici di ultima istanza), di dubbia costituzionalità?

Sulla questione si rinvencono esplicite affermazioni nella giurisprudenza costituzionale, secondo le quali «al giudice non è precluso, *nell'esercizio dei poteri interpretativi che gli sono propri e che non richiedono alcun avallo costituzionale*, pervenire ad una lettura della norma *secundum constitutionem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco»³³.

Ora, una simile prevalenza del metodo della interpretazione conforme sul c.d. diritto vivente (sintagma, peraltro, «dai confini sempre abbastanza vaghi nella sua definizione, per cui ne era derivato, in capo alla Corte, un ampio margine di discrezionalità, non sempre utilizzato in maniera coerente, nel decidere quando un “diritto vivente” potesse effettivamente dirsi formato»³⁴) potrebbe ritenersi giustificata allorché la Corte «rivolge esplicitamente ai giudici *l'invito* a seguire una interpretazione conforme, anche in presenza di un diritto vivente o di un orientamento giurisprudenziale univoco»³⁵, poiché il giudice ha «solo la facoltà, e non già l'obbligo, di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale»³⁶, data la “libertà interpretativa” di ogni giudice.

E, tuttavia, non può non tenersi pure in considerazione che, in presenza di consolidati indirizzi giurisprudenziali incostituzionali, esiste nell'ordinamento una “vivente” norma incostituzionale, che deve – in quanto tale – essere dichiarata incostituzionale dal Giudice della legittimità³⁷. Alla luce di queste considerazioni, si capisce subito come risultasse problematico l'indirizzo della Corte costituzionale che tramutava l'*invito* al giudice *a quo* all'interpretazione conforme a Costituzione in *perentorio onere*, con conseguente dichiarazione di inammissibilità di questioni sollevate dai giudici «in quanto finalizzate a chiedere un avallo alla propria opzione interpretativa, tale da superare quella di altri giudici (spesso dei gradi superiori del giudizio)»³⁸. In questa maniera la Corte, rinunciando

³³ Corte cost., sent. ordd. n. 158 del 2000, n. 367 del 2001, n. 3 del 2002 (primo corsivo mio).

³⁴ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE e C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino 2008, 110.

³⁵ *Ibid.* (corsivo mio).

³⁶ Corte cost., ord. n. 252 del 2005, e già ord. n. 3 del 2002.

³⁷ V. CRISAFULLI, *Il “ritorno” dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, 895.

³⁸ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo*, cit., 111.

ad entrare nel merito di una questione pure eventualmente sorretta da una interpretazione divergente da quella consolidata in diritto vivente, ma «quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici superiori», effettivamente induceva, irragionevolmente, il giudice «a seguire un'interpretazione in certo senso "suicida"»³⁹.

Come si vedrà di qui a breve, questo rischio è stato, almeno in parte, scongiurato dal più recente indirizzo della Corte costituzionale che – finalmente – ammette la necessità di intendere la questione interpretativa come una questione afferente al merito del sindacato di costituzionalità⁴⁰.

Certo è però che «nel rapporto tra diritto vivente ed interpretazione conforme, la Corte costituzionale mostra (...) di dare la prevalenza alla seconda, venendo quindi il primo ad assumere la natura di criterio residuale»⁴¹, come appare evidente «allorché la questione di costituzionalità sia promossa dalla stessa Corte di cassazione, con la quale quindi il giudice costituzionale viene a porsi in dialogo diretto, potendo sembrare, in alcuni casi, che la posizione assunta da quest'ultimo venga, in qualche misura, a porre in discussione o a delegittimare la funzione nomofilattica della prima»⁴².

Tuttavia, può osservarsi che la *interpretazione costituzionale*, nella sua specificità di interpretazione delle leggi conforme a Costituzione, viene inevitabilmente a *sovrapporsi* alla stessa tradizionale *funzione nomofilattica*, o, per meglio dire, a riempire quest'ultima di un *nuovo contenuto necessario*, come risulta inequivocabilmente, per es., dalla sentenza costituzionale n. 332 del 2001, nella quale si asserisce che la qualificazione come «diritto vivente» di una certa interpretazione da parte della Cassazione «non può vincolare, da sola, il giudice di legittimità ad un'opzione interpretativa pur ritenuta lesiva di valori costituzionali, atteso che *proprio alla Corte di cassazione l'ordinamento attribuisce la funzione di nomofilachia, cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l'evoluzione nel tempo, del diritto vivente*» (corsivo mio). Ed è difficile contestare una simile asserzione. È la stessa formazione del diritto vivente a doversi ritenere condizionata dal tentativo di interpretazione conforme. In altri termini, la doverosità (o, meglio, l'onerosità) dell'interpretazione conforme, sottolineata anche al livello della funzione di nomofilachia, offre la *prova provata* che la specificità della interpretazione costituzionale (come inter-

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *V. infra*, § 2.2.

⁴¹ R. ROMBOLI, *Loc. ult. cit.*

⁴² R. ROMBOLI, *Op. cit.*, 111 s.

pretazione conforme a Costituzione) non è “riservata” alla Corte costituzionale, ma è diffusa, “distribuita” fra tutti i livelli della giurisdizione.

D'altra parte, questa diffusione della interpretazione costituzionale, come interpretazione conforme a Costituzione, con la connessa (conseguente) crisi del c.d. diritto vivente, può generare (e ha generato) conflitti tra i vari giudici e, soprattutto, fra la Corte costituzionale e la Cassazione, conflitti che non sempre si risolvono con la prevalenza della interpretazione resa dalla prima⁴³. Non è, infatti, possibile ritenere che la interpretazione resa dalla Corte costituzionale prevalga su quella della Cassazione. Dovrebbe pertanto privilegiarsi la decisione interpretativa di rigetto «quando la Corte costituzionale intenda confermare il (o conformarsi al) diritto vivente, non già quando ritenga che sia da preferire una soluzione ermeneutica diversa da quella scaturita dalla giurisprudenza consolidata»; caso – quest'ultimo – in cui converrebbe optare per una decisione interpretativa di accoglimento⁴⁴.

Ora, più in generale, che l'invito al giudice a seguire un'interpretazione conforme a Costituzione non si identifichi affatto, comunque sia, con un vincolo all'interpretazione resa dalla Corte costituzionale, e che neppure l'onere di interpretazione conforme possa escludere la “libertà” interpretativa dei giudici, risulta dalla significativa sentenza costituzionale n. 470 del 2002, nella quale si afferma, con estrema chiarezza, che *l'interpretazione resa dalla Corte costituzionale non è affatto vincolante per i giudici in genere e soprattutto per la Cassazione*, la quale «rifiutando di far propria l'interpretazione prospettata da questa Corte e contestualmente sollevando questione di legittimità costituzionale (...) non altro ha fatto che esercitare il potere-dovere di interpretare la legge che l'art. 101 Cost. riconosce a qualsiasi giudice e certamente riconosce ad un giudice cui, “quale organo supremo della giustizia”, l'ordinamento giudiziario (art. 65) affida il compito di assicurare l'“esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge”. Del tutto corrette, quindi, sono, quali esercizio del potere-dovere di interpretare la legge, le considerazioni svolte dal rimettente nel *dar conto delle ragioni per le quali disattende l'interpretazione* proposta dalla sent. 242/1999 di questa Corte: la quale, quindi,

⁴³ Si v. a mero titolo esemplificativo, Corte cost., sentt. n. 322 del 2001, n. 477 del 2002, n. 399 del 2005.

⁴⁴ Così, M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 7 del testo dattilografato e, ivi citati, G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, I, 101; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano 1994, 339 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 154.

non può che prendere atto della conclusione raggiunta dal rimettente circa l'“unica” interpretazione compatibile con il tenore letterale della disposizione in questione» (corsivi miei).

Come si vede, nel bilanciamento tra il valore supremo e pervasivo della Costituzione – per cui il giudice deve cercare di interpretare la legge, ove possibile, in armonia con la Costituzione – e il valore del principio costituzionale della soggezione dei giudici “soltanto alla legge” (e, nella specie, alla legge ordinaria) e della conseguente “libertà” interpretativa dei giudici, quest'ultimo può perfino prevalere sul primo, ove le «ragioni per le quali si disattende l'interpretazione» resa dalla stessa Corte costituzionale vi siano e siano esposte *in modo convincente*, e tali da proporre perfino l'interpretazione letterale come l'unica sostenibile. Ciò non toglie che, in altra occasione, ove la scelta interpretativa del giudice non fosse suffragata da ragioni convincenti (o non fosse affatto ragionevolmente sostenuta) sarebbe il primo principio a prevalere sul secondo comportando l'onere della interpretazione adeguatrice.

La “libertà interpretativa” di ogni giudice (ed anzi di qualsiasi operatore del diritto) è in definitiva condizionata dalla ragionevolezza e accettabilità del ragionamento ermeneutico.

2.1.3. *Il limite dell'applicazione di una norma di dubbia (improbabile) costituzionalità*

In concreto, allora, quando è superato il limite della interpretazione conforme? La risposta è agevole: quando non è (ossia *non si reputa*) possibile desumere da (o proporre per) un testo legislativo una norma conforme a Costituzione e, al tempo stesso, *si omette di sollevare davanti alla Corte la questione di costituzionalità*. In altri termini, quando si applica una norma di dubbia (*improbabile*) costituzionalità e non quando si riesce a desumere da (o proporre per) un testo legislativo in combinazione con la norma (o con il principio) costituzionale una normativa che, per ciò stesso, non è costituzionalmente inadeguata.

Se l'interpretazione conforme non riesce, o se altri giudici dissentono dall'interpretazione conforme adottata da un singolo giudice che è riuscito nell'opera adeguatrice, non riuscendo, da parte loro, nell'operazione di conformazione o di adeguamento, ad essi spetterà di sollevare la *quaestio* e offrire alla Corte l'opportunità per una decisione, la quale sarà necessariamente risolutiva soltanto nel caso la Corte si pronunzi per l'incostituzionalità. Se si riflette sul serio su quest'ultimo punto, ci si av-

vede che non sempre (ma solo eventualmente) la pronuncia costituzionale riesce a soddisfare quei requisiti di certezza e di efficacia generale che gli avversari della dottrina dell'interpretazione conforme adducono a sostegno della propria tesi.

Il vero è che il nostro sistema di giustizia costituzionale non offre alternative: o il giudice comune riesce nell'opera di interpretazione conforme, e allora la normativa di legge è immediatamente applicabile; o non riesce e allora è possibile che la Corte la dichiari incostituzionale. Non si può tralasciare di osservare che il nostro ordinamento – a differenza di altri – è ispirato ad un *principio di presunzione di legittimità costituzionale della legislazione*⁴⁵ e non offre la possibilità di un ricorso diretto dei cittadini alla Corte costituzionale. Non solo la mediazione del giudice comune è, pertanto, giuridicamente obbligatoria e imprescindibile, ma, proprio per questo, in essa è ricompresa – *naturaliter* – la possibilità di interpretare la legge da applicare in modo costituzionalmente adeguato.

Occorre però avvertire che sarebbe possibile che il giudice comune (ricorrendo alla “interpretazione conforme” e non all’analogia) disapplichi la disciplina vigente, ma ad una precisa indispensabile condizione. E la *condizione – condicio sine qua non* – è rappresentata da una *pregressa decisione di accoglimento* della Corte costituzionale che abbia dichiarato *incostituzionali discipline simili* alla disciplina vigente, *sulla base di un principio costituzionale* (o di un complesso di principi costituzionali) *individuato con chiarezza dalla Corte costituzionale*. Poiché ogni disposizione legislativa è riconducibile ad un principio, la dichiarazione di incostituzionalità di una determinata disposizione legislativa comporta generalmente che il principio sulla quale essa poggia sia “espunto” dall’ordinamento alla pari della disposizione dichiarata incostituzionale. Può accadere, peraltro, che la Corte dichiari incostituzionale il “solo” principio e non la disposizione (ciò accade nelle c.d. sentenze additive di principio, nelle quali il principio “aggiunto” dalla Corte sostituisce il principio espunto, lasciando, di regola, al legislatore e al giudice, rispettivamente, il compito di adeguare le disposizioni legislative al “nuovo” principio, ovvero di desumere e proporre interpretativamente dalle disposizioni tuttora vigenti norme adeguate al “nuovo” principio)⁴⁶.

Se la giurisprudenza costituzionale dichiara incostituzionale un prin-

⁴⁵ M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della “interpretazione conforme a”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 1222.

⁴⁶ Cfr., ad es., Corte cost., sentt. n. 265 del 2010; n. 164 e n. 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 e n. 213 del 2013.

cipio giuridico vigente, ovvero “aggiunge” un principio costituzionalmente “dovuto”, o, meglio, “sostituisce” un principio giuridico vigente con un “nuovo” principio costituzionalmente adeguato, si può arrivare perfino ad apprezzare (pur senza condividere) quella proposta «che consiste nel relativizzare un po’ il monopolio attribuito al giudice costituzionale» – superando, o, per dire meglio, svelando, una impossibile rigorosa, netta, linea di demarcazione tra produzione normativa, da un lato, e interpretazione di enunciati normativi, dall’altro; e quindi tra interpretazione (a tutto campo o, come suol dirsi “*tutto considerato*”) e disapplicazione di norme giuridiche – nel preciso senso che, «qualora esista una giurisprudenza del tribunale costituzionale da cui *derivino chiaramente l’incostituzionalità* di una determinata legge, il giudice comune potrebbe disapplicare tale legge per conto proprio, senza dover sollevare la questione dinanzi al tribunale costituzionale» (corsivo mio); con la conseguenza che, «se il tribunale costituzionale ha dichiarato l’invalidità di una determinata legge, il giudice comune può *non prendere in considerazione*, in base alla propria autorità, *un’altra legge* che abbia un *contenuto identico o simile* alla legge già invalidata»⁴⁷.

È evidente che sarebbe più corretto parlare in proposito, più che di leggi o di atti legislativi, di disposizioni o enunciati legislativi; e sarebbe utile precisare che la c.d. disapplicazione della norma risultante dalla interpretazione della disposizione conforme al principio costituzionalmente adeguato è sottoposta a *due rigorose condizioni*:

a) che la *ratio decidendi* circa l’incostituzionalità della disposizione legislativa, o, per dir meglio, il principio costituzionalmente “adeguato” (aggiunto o sostituito dalla Corte costituzionale) *risulti con chiarezza* dal dispositivo (o dalla motivazione) della sentenza costituzionale (ossia non sia, a sua volta, ragionevolmente discusso o discutibile);

b) che l’interpretazione assunta alla base della decisione costituzionale sia contenuta in una sentenza “di accoglimento” della *quaestio legitimitatis*, e non sia in una decisione “di rigetto” o di inammissibilità (sia perché l’interpretazione non è “riservata” alla Corte costituzionale e *ut sic* non è vincolante per i giudici comuni; sia perché la sola interpretazione assunta alla base di una dichiarazione di incostituzionalità fa invece tutt’uno con quest’ultima con vincolo *erga omnes*).

⁴⁷ V. FERRERES COMELLA, *Commento*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli 2013, 313 (corsivi miei).

2.2. *Il ruolo della Corte costituzionale e quello dei giudici comuni nell'interpretazione conforme a Costituzione*

Certamente, tutto ciò comporta bensì un'espansione dei poteri giudiziari, rispetto agli altri poteri dello Stato, ma tale espansione è inevitabilmente collegata ad una caratteristica dell'odierno Stato costituzionale, secondo la quale nel bilanciamento tra il principio della superiorità globale della Costituzione che riguarda e avvince tutti gli operatori giuridici (massimamente i giudici) e il "monopolio" del sindacato di costituzionalità attribuito alla Corte è il primo a prevalere, mentre il secondo mantiene pure una sua indiscutibile, persistente valenza nell'esclusivo potere attribuito alla Corte costituzionale di dichiarare l'invalidità della legge con efficacia *erga omnes*⁴⁸.

Com'è stato efficacemente sintetizzato, «appartiene (...) alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione compete alla Corte, anziché ai giudici comuni, salve le ipotesi in cui il contrasto è *di mera apparenza*, in quanto ricomponibile attraverso l'interpretazione»⁴⁹. Quando il contrasto non è invece ricomponibile in via interpretativa, l'ordinamento *richiede* l'intervento della Corte costituzionale, in quanto organo di garanzia, strutturato e organizzato proprio al fine di assicurare la più seria ponderazione delle *effettive* questioni di legittimità costituzionale: i suoi «equilibrati criteri di composizione»; l'«ampia collegialità»; il «confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici»; «la pubblicità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce» rendono il sindacato accentrato un'«architave, *non surrogabile*» del controllo di costituzionalità⁵⁰.

Alla luce di queste considerazioni, ben si comprendono le ragioni per cui la Corte costituzionale ha modificato l'atteggiamento seguito sino a poco tempo fa – ossia quello per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché *non è possibile* darne interpretazioni costituzionali»⁵¹, conseguentemente sanzionando il mancato conseguimento

⁴⁸ F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 2412.

⁴⁹ Corte costituzionale, *Relazione annuale 2018*, cit., 7 (corsivo mio).

⁵⁰ *Ibid.* (corsivo mio).

⁵¹ Corte cost., sent. n. 356 del 1996 (corsivi miei).

dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice *a quo* con decisioni di inammissibilità – in favore del più recente indirizzo «secondo il quale il dovere del giudice comune di sperimentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle leggi si assolve anche attraverso una motivazione che dia conto delle ragioni per le quali, a parere di quel giudice, la lettera o il contesto normativo non consentono di procedere in tal senso, mentre attiene poi al merito della questione, di competenza della Corte, verificare se davvero tale interpretazione sia o no praticabile»⁵². In altre parole, oggi non si chiede più al giudice un convincimento intorno all'*incostituzionalità* di *tutti* i significati estraibili dall'enunciato normativo, «bensì un convincimento tanto sulla *difficoltà* di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione, quanto sulla *probabilità* che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma»⁵³.

Quello del giudice *a quo* è insomma un onere di motivazione, un *obbligo di diligenza* e non di risultato; e la motivazione è condizione necessaria, quanto *sufficiente*, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto *persuasiva*. Ovvero, se pure la Corte costituzionale ritenesse possibile individuare una norma conforme a Costituzione nell'enunciato legislativo oggetto del controllo di costituzionalità, e dunque non fosse persuasa dalla motivazione sul punto dell'ordinanza di rimessione, ciò non costituisce un vizio procedurale, “sanzionabile” con l'inammissibilità (come pure, si è visto, a lungo è stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale stessa): è invece un problema di merito, risolubile mediante *sentenza* interpretativa (di rigetto o di accoglimento).

Così, in particolare, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015, ove, a fronte di un «tentativo, in concreto effettuato dal *giudice a quo*, di utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione» e della *consapevole esclusione* di tale possibilità da parte del rimettente, «il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile», la Corte afferma che «la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare

⁵² Corte costituzionale, *Relazione annuale 2018*, cit., 8, e ivi richiamate, tra le più recenti, Corte cost., n. 15, n. 77 e n. 91 del 2018.

⁵³ F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 18.4.2014, 23.

propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità»⁵⁴.

Affermazioni analoghe – di sufficienza della *esplorazione della possibilità* di un'interpretazione conforme a Costituzione e della *consapevole esclusione* della stessa, da parte del giudice *a quo*; di necessità di entrare nel *merito* della controversia, da parte della Corte costituzionale – sono state poi costantemente ripetute⁵⁵, tanto da costituire oramai un solido punto di riferimento. Alla luce di questa giurisprudenza, affinché si possa ritenere adempiuto il dovere del giudice di tentare l'esperimento dell'interpretazione conforme a Costituzione, occorre un «accurato ed esaustivo esame delle alternative poste a disposizione dal dibattito giurisprudenziale, se del caso per discostarsene motivatamente. Solo se avviene ciò infatti si può dire che l'interpretazione adeguatrice è stata davvero “consapevolmente esclusa” dal rimettente»⁵⁶. Rimane, certo, sanzionabile con l'inammissibilità il mancato tentativo – o la mancata motivazione in ordine al tentativo – di interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice rimettente⁵⁷.

Il *vero limite* all'interpretazione conforme non è allora rappresentato dalla impossibilità, ma piuttosto dalla “*improbabilità-difficoltà*” riconosciuta al giudice di interpretare le disposizioni legislative in modo conforme alle norme (e ai principi) costituzionali⁵⁸; «improbabilità che va misurata alla luce sia della “lettera” sia dell'eventuale diritto vivente»⁵⁹. Ove tale *improbabilità* – non già *impossibilità* – sussista, le porte della decisione di merito devono intendersi dischiuse: se il giudice, ancorché abbia profuso il richiesto sforzo interpretativo, ritenga *difficile* (alla luce della lettera e del diritto vivente) esperire l'interpretazione conforme, la questione dovrà essere decisa nel merito «e, nello specifico, rigettata, ove

⁵⁴ Qualche “anticipazione” del *revirement* può intravedersi nelle sentt. n. 235 del 2014 e n. 51 del 2015, ove si afferma che «per aversi una questione di legittimità validamente posta, è sufficiente che il giudice *a quo* fornisca un'interpretazione non implausibile della disposizione contestata».

⁵⁵ Cfr. Corte cost., sentt. n. 262 del 2015; n. 36, n. 45, n. 95, n. 111, n. 173, n. 204, n. 219 del 2016; n. 42, n. 53, n. 69, n. 180, n. 194, n. 208, n. 213, n. 254 del 2017, oltre alle sopra menzionate decisioni del 2018.

⁵⁶ Corte cost., n. 221 del 2015 e n. 253 del 2017.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., n. 177 del 2016; n. 97 e n. 253 del 2017.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 42 del 2017.

⁵⁹ M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 6 del testo dattilografato.

la Corte ritenga possibile un'interpretazione alternativa, che non sia implausibile»⁶⁰.

Se, poi, la motivazione della Corte costituzionale sul punto è persuasiva per i giudici comuni, allora questi ultimi potranno «collaborare», applicando (ma non disapplicando) la legge nel senso della interpretazione conforme già resa dalla Corte. Ma il giudice comune può invece dissentire, perché, nel nostro ordinamento, da un lato il singolo giudice gode di libertà decisionale (e quindi interpretativa) e, dall'altro, la giurisdizione costituzionale *non* è una giurisdizione d'interpretazione⁶¹, come lo è, invece, per es., quella della Corte di giustizia. In altri termini, le "interpretazioni", pur se adeguatrici, della Corte costituzionale non sono vincolanti (se non, forse, per il giudice *a quo*). *Il potere della Corte costituzionale è solo quello di dichiarare l'incostituzionalità di una norma*. Ciò comporta *naturaliter* l'interpretazione del disposto legislativo, ma questa interpretazione, come tale, non è vincolante se non è colpita (come norma) dalla censura di incostituzionalità. Quella che resta integra, dopo una decisione di rigetto (anche interpretativa), è dunque la disposizione, a sua volta suscettibile di ulteriore interpretazione (anche difforme dalla interpretazione della Corte che l'ha salvata dall'incostituzionalità).

L'unica via per restituire *certezza*, allora, in caso di *mancata collaborazione* fra giudici comuni e Corte costituzionale, è quella di una successiva decisione di accoglimento, interpretativa o manipolativa, «con la quale la Corte, preso atto del maturare di un consolidato orientamento giurisprudenziale di segno contrario, lo "rimuove" pronunciando l'incostituzionalità o della disposizione o della norma incostituzionale da essa ricavata»⁶².

3. *In conclusione*

Si può dire, in conclusione, che l'interpretazione costituzionale è chiamata a risolvere *problemi specifici*, che «non emergono o non hanno

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ V. per es. A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano 1967, 17.

⁶² Lo rileva, correttamente, M. RUOTOLO, *Loc. ult. cit.*, che fa riferimento alla nota giurisprudenza relativa al contrasto interpretativo fra Corte costituzionale e Corte di Cassazione sul calcolo della durata massima dei termini di fase della custodia cautelare (dalla sent. n. 292 del 1998 alla decisione n. 299 del 2005).

neppure senso in altri [testi normativi]»; problemi specifici che «dipendono dai diversi modi di concepire la costituzione»⁶³.

Guardando alla Costituzione *in senso formale*, come *testo scritto*, le specificità di quel testo, determinate dallo specifico compito (o insieme di compiti) assegnato alla costituzione in un ordinamento giuridico, pongono in essere problemi altrettanto specifici, che non potrebbero porsi in relazione a nessun altro testo normativo⁶⁴. Allo stesso modo, guardando alla Costituzione come *documento*, nel suo *rapporto* con gli altri documenti normativi, la speciale condizionalità delle norme e principi costituzionali rispetto alle leggi genera la necessità, “diffusa”, di applicare l’argomento sistematico della conformità in termini assolutamente specifici⁶⁵.

Per ciò la risposta alla domanda con cui si è aperta la lezione, “che cosa è una costituzione” o, meglio, che significato si dà al termine “costituzione” – e, quindi, all’attributo “costituzionale” – è *centrale* nell’interpretazione costituzionale: non solo o non tanto per le ragioni riportate in principio (delimitare l’oggetto di studio), ma soprattutto perché questa domanda – e la risposta che ad essa si dà – si ripercuote su tutti gli interpreti della Costituzione, così che il *risultato* dell’attività interpretativa costituzionale *dipende* dalla risposta che ciascun giudice, ciascun giurista, ha fatto propria.

In sintesi, si potrebbe quindi dire che «*la specificità dell’interpretazione costituzionale è diretta conseguenza della specificità dei problemi che il testo costituzionale suscita*»⁶⁶.

⁶³ G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., § 5.

⁶⁴ *Supra*, sub §§ 1 ss.

⁶⁵ *Supra*, sub §§ 2 ss.

⁶⁶ F. MODUGNO, *Sulla specificità*, cit., 243.

IN MARGINE AD UN FRAMMENTO DI STORIA
E TEORIA DELLE FONTI: LE NORME SULLE NORME
IN TEMA DI INTERPRETAZIONE

Sarebbe strano, del resto, in un'epoca come la nostra,
esigere dagli uomini la chiarezza

Fëdor Dostoevskij, *I fratelli Karamazov*

SOMMARIO: 1. La discussione sull'interpretazione giuridica: le norme sulle norme. – 2. *L'interpretatio* dei dottori e dei Tribunali: il *casus legis* fra *rationes* e *auctoritates*. – 3. I divieti di motivare allegando le opinioni dei dottori. – 4. Dal *référé législatif* al *déni de justice*. – 5. Le regole sull'interpretazione nei codici dell'ottocento: problemi ermeneutici e problemi socio-istituzionali. – 6. Interpretazione come creazione? A proposito dell'uso della metafora. – 7. Il positivismo codicistico: l'interpretazione come dichiarazione della volontà legislativa. – 8. Linee di tensione: giudici e dottrina fra positivismo giuridico e correnti antiformaliste. – 9. L'erosione sotterranea dei dogmi positivistici e il problema dei limiti ai poteri interpretativi del giudice. – 10. Trasformazioni dei principi generali: costituzione, rapporti fra ordinamenti, tecniche interpretative e formazione del giurista. – 11. Le norme sulle norme: Zitelmann e la norma generale negativa. – 12. Implicazioni antiformaliste della dottrina delle norme sulle norme. – 13. La recezione di Zitelmann in Italia e il problema di una dottrina per il riconoscimento del diritto. Le norme strumentali secondo Betti. – 14. Dalle norme sulle norme alle norme di riconoscimento. – 15. Principi del diritto, canoni ermeneutici e dimensione pratica dell'interpretazione giuridica: la sensibilità del giurista fra *quaestio iuris* e *quaestio facti*.

1. *La discussione sull'interpretazione giuridica: le norme sulle norme*

La discussione intorno all'interpretazione giuridica ha trovato nel passato più remoto e in quello più vicino a noi, e ancora trova, ai giorni nostri, ospitalità sia in via via rinnovate stagioni di riflessione scientifica che in circostanze originate da prassi, legislazioni, giurisprudenze. Una

valutazione complessiva di questo dato dovrebbe tener conto di una pluralità di elementi. Da un lato, è sin troppo ovvia la considerazione per cui, in fondo, il fatto che sull'interpretazione non sia mai cessata e non cessi la disputa è la banale conseguenza della importanza e centralità di essa per tutta l'esperienza giuridica. Dall'altro, è forse, almeno in certa misura, difficile sottrarsi all'impressione che le controversie sull'interpretazione ospitino e rinnovino argomenti, punti di vista, tesi già sostenuti nel passato, anche remoto. E tuttavia, nonostante si tratti di un campo molte volte arato, è davvero arduo esprimersi, in termini generali, sull'interpretazione, che è area non ristretta al solo ambito giuridico. Si tratta di un tema, è ben noto, sconfinato e percorso da una ricerca filosofica complessa, che dovrebbe essere attentamente meditata, anche da chi si proponga di limitarsi ai temi dell'interpretazione giuridica. Per un verso, dopo Schleiermacher, Dilthey, Husserl, Heidegger, Betti, Gadamer, Ricoeur, Habermas e Blumenberg, ritenere che i problemi interpretativi specifici del giurista possano essere affrontati prescindendo da una seria ponderazione dei percorsi complessivi dell'ermeneutica è insostenibile. Per l'altro, questi specifici problemi del giurista non derivano soltanto dalle peculiarità del circolo ermeneutico che connota la *quaestio iuris*, ma dall'innesto di questa sulla concreta vicenda, sul caso e le sue particolarità. Vorrei pertanto toccare alcune questioni che riguardano l'interpretazione giuridica tenendo conto di questo suo costitutivo carattere, che deriva dal suo orientamento pratico. Tale orientamento, indirizzando la valutazione del giurista verso la soluzione di questioni che investono l'azione umana, questioni che derivano dall'indirizzo normativo che all'azione stessa è dato da un fine regolativo, imprime una configurazione complessa all'interpretazione giuridica. Come accennato, questa complessità si compone dei materiali che determinano la concreta configurazione dei fatti, nel loro svolgimento temporale e per il loro determinato accadere e presentarsi alla valutazione giuridica; e si compone, altresì, dei materiali della *quaestio iuris*, che non sono composti solo di testi normativi ma rinviano ad apprezzamenti molto più articolati di quelli destinati ad una mera indagine testuale.

In questo ordine di idee vorrei ritagliare, nella vastissima area dell'interpretazione giuridica, il tema più circoscritto delle norme sulle norme (o norme di secondo grado, o strumentali) in materia di interpretazione: certamente si tratta di tema per nulla originale, molte volte trattato, in epoche diverse, e ancora oggi al centro di dibattiti. L'art. 12 delle preleggi è discusso in ordine alla sua idoneità a produrre effetti giuridici ed al

vincolo che può derivare, per l'interprete, dalla gradazione che da esso si ricava: dall'interpretazione della lettera della legge, a quella della volontà del legislatore; e poi, al ricorso all'analogia ed ai principi generali; e ancora, alla sua controversa applicabilità anche ai precetti costituzionali.

Tuttavia, oggi la discussione sembra essersi, almeno in certa misura, polarizzata intorno alle questioni connesse al più generale tema dei rapporti fra legislatori e giudici. Su questo argomento, di recente, il dibattito scientifico si è intensificato ed è ricco di analisi, riflessioni, punti di vista anche legati agli sviluppi più recenti. Un aspetto particolarmente significativo di questo dibattito torna a porre un tema che ha tutta una sua storia, quello del c.d. diritto di creazione giudiziaria, cioè della competenza (da alcuni sostenuta, da altri avversata) dei giudici a creare (in qualche modo) il diritto, ciò che implicherebbe un'accezione dell'attività interpretativa dei giudici (e dunque, potremmo dire, del nesso fra attività interpretativa ed applicazione della legge) che sottintenda un suo ruolo nomopoietico¹, connesso alla rilevanza dei principi e del mutamento della coscienza sociale.

Vorrei peraltro, riprendendo dapprima l'analisi storica che dobbiamo a Gorla, notissima ma, a mio parere, forse non adeguatamente valorizzata, 1) ricordare, con la guida degli studi del grande comparatista, quale sia stato l'itinerario complesso che ha condotto alla formulazione, in alcuni ordinamenti europei di *civil law* (ma non in tutti), dei precetti in tema di interpretazione; successivamente, 2) considerare come questi precetti si siano inseriti in contesti che erano in profondo mutamento non solo rispetto alle originarie intenzioni di coloro che quelle regole avevano formulato, redigendo i titoli preliminari ai codici europei, ma

¹ Le indicazioni di dottrina a proposito dei precetti in tema di interpretazione, è chiaro, dovrebbero essere molto ampie se anche volessi riferirmi ai soli contributi più recenti e, nel provvedervi, il rischio sarebbe per me quello di trascurare qualcuno. Vorrei allora limitarmi a citare due contributi fra i più impegnati sul fronte della rivalutazione della prescrittività dell'art. 12, che però non trascurano di misurarsi con le contrarie opinioni: mi riferisco ad A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino 2011, 20 ss. e 172 ss., e a M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano 2016, 391 ss. ed in particolare 434 s. (ma *passim*); e due autori, che molto si sono spesi sul versante opposto ma con diverse prospettive, cioè F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008; *Interpretazione giuridica* 1, *Logetto*, Padova 2015; e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1991; *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008. Il dibattito richiamato nel testo sui rapporti fra giurisdizione e legislazione è, come accennato, ricco di molti contributi: vorrei limitarmi a ricordare quello su "Giudici e legislatori" promosso dalla direzione di *Diritto pubblico* e poi pubblicato sulla medesima *Rivista*, 2016, 483 ss., con numerosi interventi.

anche rispetto alle acquisizioni che si erano consolidate nel corso del secolo XIX negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale. In fondo il secolo XIX fu, allo stesso modo, il tempo in cui maturarono sia le dottrine giuspositive sia la loro contestazione antiformalista; sia la grande fioritura concettuale che la reazione antidogmatica. E fu anche un tempo in cui il rapporto fra legislatori e giudici, fra potere politico e magistratura, subì trasformazioni decisive, che ebbero grande influenza sul terreno dell'interpretazione. 3) Dedicare alcune considerazioni al ruolo dei precetti in materia di interpretazione, presi di mira, contestati ma usciti infine indenni sullo scorcio dei primi decenni del XX secolo, poi anche nel secondo dopoguerra, con l'avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano. Seguirò il filo delle riflessioni sull'argomento di Zitelmann e di Betti, anche queste notissime ma a mio parere, come già quelle di Gorla, forse non adeguatamente valorizzate o fraintese; ed ancora, tenendo conto altresì della ricerca di Giuliani, quest'ultima decisamente trascurata ma preziosa, a mio parere, per problematizzare l'atteggiamento dei giudici sul terreno dell'attività interpretativa. 4) Riflettere sul ruolo delle norme sulle norme in tema di interpretazione in un contesto in cui principi costituzionali, integrazione sovranazionale, evoluzione dell'interpretazione adeguatrice sembrano suggerire all'interprete interrogativi di fondo intorno ai suoi compiti nelle società contemporanee. È sufficiente una dotazione di norme sulle norme per rispondere a questi interrogativi? In che senso è decisiva una riflessione sulle norme di riconoscimento del diritto per affrontare la complessità dell'esperienza giuridica contemporanea? Le questioni sollevate possono aiutarci ad affrontare il tema cruciale del rapporto fra legislazione e giurisdizione e perciò ad esprimere un'opinione sull'attivismo giudiziale in ambito interpretativo, e sulla competenza giudiziaria a creare diritto?

2. *L'interpretatio dei dottori e dei Tribunali: il casus legis fra rationes e auctoritates*

È ben noto che la formulazione dell'art. 12 delle preleggi del 1942 ripete quella del codice del 1865, però con la rilevante differenza nella qualificazione dei principi generali: del diritto, nella formulazione del 1865, dell'ordinamento giuridico dello Stato, in quella del 1942². Il testo

² Questa differenza di formulazione può essere, ed è effettivamente stata, apprezza-

dell'art. 12 ha però una storia più antica, che non si arresta risalendo al 1865. Come già accennato, dobbiamo alle ricerche di Gorla³ una brillante e profonda storiografia dei precetti in tema d'interpretazione ed è bene partire – richiamo così il lessico impiegato da Gorla stesso – dai precedenti meno immediati di tali precetti. Vorrei riassumere l'itinerario della riflessione di Gorla, senza tuttavia trascurare i passaggi essenziali della sua ricerca, passaggi che, mi è parso, risulteranno preziosi anche ai nostri fini.

Il punto di partenza è il XVII secolo: in quell'epoca era ancora pienamente operante il principio dell'*interpretatio*, in virtù del quale, se ci si trovava di fronte al c.d. *casus legis*, di fronte ad un caso deciso, nel senso di regolato, dai provvedimenti del sovrano, o dalle consuetudini, o dagli statuti, o ancora (merita ricordarlo) dai testi romani del *Corpus iuris* (che occupavano larga parte del diritto privato) non c'era luogo per

ta diversamente: per esempio, svalutandola, osservando come “la ‘statualità’ dei principi generali era già affermata sotto l'impero del c.c. del 1865, almeno nei suoi ultimi tempi, nel senso che i principi generali si dovevano ricavare per deduzione dalle leggi dello Stato che li contenevano”, così G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 Disp. prel. cod. civ.* (1969), in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 445 (che i principi generali debbano essere “*desunti da enunciati normativi*” sostiene di recente M. LUCIANI, *op. cit.*, 422); ovvero valorizzandola, nel senso di sottolineare il “*mutamento lessicale*” con il quale il legislatore del codice vigente intese “*accentuare il carattere normativo*” del precetto, così A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. Rescigno, 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino 1999, 432 (secondo il quale la giurisprudenza, dopo l'avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano, ha interpretato un clima nuovo, di contestazione del tradizionale, rigido positivismo – dominante in Italia, come meglio vedremo più avanti, specie fra la fine del secolo diciannovesimo e tutta la prima metà, e oltre, del ventesimo – affermando il “*ricorso esplicito a principi sans texte formel (logici, economici, scientifici, ecc.)*, che permettono in taluni casi la tutela di diritti costituzionalmente garantiti”, con riferimento agli esempi della mora del debitore e della svalutazione monetaria, della dichiarazione di paternità naturale, del diritto alla riservatezza, del diritto alla salute ed alla salubrità dell'ambiente: v. 437 ss.).

³ Mi riferisco, evidentemente, al saggio già citato *I precedenti storici*, cit., ma – benché sia noto a chi ha accostato la riflessione di Gorla – è bene ricordare che questo saggio si inserisce come frammento di una serie di ricerche che Gorla aveva dedicato alla storia delle giurisprudenze e agli stili delle sentenze nell'età moderna, ricerche che non possono essere trascurate ma invece tenute ben presenti affrontando i temi legati all'interpretazione. Vorrei rinviare soprattutto a G. GORLA, *La giurisprudenza*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 263 ss.; ID., *I “grandi tribunali” italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, in *Quaderni del Foro it.*, 1969, cc. 629 ss.; ID., “*Iura naturalia sunt immutabilia*”. *I limiti al potere del “principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea*, *Atti in onore di B. Paradisi*, Firenze 1982, 629 ss.

l'*interpretatio*. È necessario altresì rammentare che la maggior parte dei testi ai quali riferirsi per il *casus legis* avevano carattere casistico, per es. gran parte dei testi dei giureconsulti romani e dei rescritti imperiali inseriti nel *Corpus iuris*⁴. Se, invece, mancava il caso regolato dalla legge (nel senso ora detto), il *casus legis*, allora si apriva il campo dell'*interpretatio* dei dottori e dei tribunali. Questo campo si componeva di ragioni e di autorità. Sulle prime, è importante richiamare alcune annotazioni di Gorla: le *rationes* non debbono essere intese modernamente, come fossero espressione di libero raziocinio individuale e dunque come criteri meramente soggettivi di ciò che è giusto⁵. In un'ottica che vorrebbe rendere comprensibile ai suoi contemporanei un fenomeno che appartiene ad un'altra epoca, Gorla tenta una comparazione: le *rationes* potrebbero forse essere intese come principi generali del diritto positivo (o del *ius commune*) che non erano però ricavati per deduzione da testi legali. Questi principi sovrastavano, invece, i testi legali e sovrastavano altresì una visione puramente ideale della natura delle cose; e questo perché essi si legavano, molto concretamente, al piano di una data società, storicamente determinata. Erano principi generali storicamente determinati⁶.

Sulle seconde, cioè sulle *auctoritates*, Gorla annota che non erano altro che depositi di *rationes*; se non lo erano più per non essere aggiornate – o non lo erano all'origine – si poteva criticarle o aggiornarle con nuove *rationes*. Le *auctoritates* erano pertanto *interpretationes* già affermate, giurisprudenza (dottorale o giudiziale), si diceva, e per esser tali dovevano decidere precisamente il caso, essere in *puncto*. Come si vede, l'*interpretatio* implicava un ruolo, se vogliamo dir così, creativo dell'interprete, ma è importante chiedersi in che senso questo ruolo fosse creativo. Certamente non si trattava di una *creatio ex nihilo*, poiché l'interprete doveva farsi guidare da *rationes* e da *auctoritates*; però, laddove poteva

⁴ V. G. GORLA, *I precedenti*, cit., 446 ss.

⁵ Opportunamente Gorla riporta una citazione tratta da "un autore che rappresenta uno speculum delle idee e della prassi dell'epoca" (*op. ult. cit.*, 448) tratta cioè da *Dello stile legale* (appendice al IV volume de *Il Dottor Volgare*) del Cardinal De Luca, grande autorità non solo per il XVII ma anche per il XVIII secolo, citazione che recita: "non si deve intendere di quelle (ragioni) che a ciascuno persuade il suo cervello, ovvero il proprio discorso o lume naturale..., ma si deve intendere delle ragioni derivanti da principi legali e dalle regole e massime certe della facoltà legale, sicché siano ragioni legali e non naturali solamente". V. anche ID., *La giurisprudenza*, cit., 279.

⁶ G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., 448, che aggiunge come, nello stesso tempo, si parlasse anche di *ratio naturalis* e di *aequitas*, però un'*aequitas* che non era mera giustizia del caso concreto ma criterio di adeguamento alle esigenze economiche e sociali sopraggiunte, criterio in specie fatto valere nei confronti dei testi romani.

darsi *interpretatio*, egli era abilitato a risolvere questioni non regolate dal *casus legis*, da una disposizione legale⁷.

⁷ Gorla non trascura che, a comporre l'*interpretatio*, ed anzi ad assumere in essa un ruolo importante, era anche l'argomento *a similibus ad similia*, in virtù del quale "si argomentava da un 'caso deciso dalla legge' per un altro 'non deciso', cioè dove mancava la legge espressa o il 'caso precisamente deciso dalla legge'" (op. ult. cit., 449). Si è già ricordato, tuttavia, che il "caso deciso dalla legge" era molto spesso formulato in termini casistici, non generali ed astratti. Pertanto, l'argomento *a similibus ad similia* – saremmo tentati di dire, l'argomento analogico – presenta differenze rispetto a quello che vorrebbe estrarre la soluzione di un caso, per il quale la lettera dei precetti normativi è deficiente, dalla volontà del legislatore, espressa bensì per altra fattispecie ma dalla quale potrà trarsi una *identitas rationis* che autorizzi il ragionamento analogico (si v., al riguardo, anche per una storia di questa concezione del ragionamento analogico, N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Milano 1938). Presenta differenze, perché l'argomento *a similibus* inseriva "il problema discusso in una tradizione, attestata da un'autorità civile o religiosa [onde] mettere in rilievo la somiglianza del caso da decidere con una decisione anteriore riconosciuta oppure sussumerlo in un testo legale che trattasse casi della stessa specie: sia per mezzo dell'argomento a simili sia per mezzo della sussunzione, si sentiva come giusta una decisione conforme alla regola di giustizia che esige un trattamento eguale per casi essenzialmente consimili" (così C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), trad. it. di G. Crifò, Milano 1979, 30). Sia che si trattasse di comparare il caso ad una precedente ed attestata soluzione, sia che si trattasse di compararlo ad un testo legale, la valutazione sulla somiglianza si realizzava fra problemi concreti, su casi, e non si procedeva per via astratta, estrapolando una *identitas rationis*. L'argomento *a similibus*, combinato con altri (per es., l'*argumentum a contrario* o quello *a maiori ad minus*) era alla base di tutta una metodologia del ragionamento giuridico che possiamo qualificare analogico solo avendo ben chiara la differenza con l'analogia moderna; una metodologia imperniata, lo si comprenderà, su un'*ars distinguendi*, sulla attitudine a cercare e trovare somiglianze e distinzioni (cfr. J.A. C. THOMAS, *The Art of Distinguishing*, in *L'educazione giuridica*, II, *Profili storici*, Perugia 1979, 207 ss., che osserva come il *distinguishing* sia stato "the safety-valve of the law" e "the principal manifestation of judicial freedom"; tuttavia esso "is inseparably bound up with determination of the ratio decidendi, the binding element, of the case cited as a precedent"), dove il controllo logico della *similitudo* "est vérifié par le biais d'un procédé dialectique de réfutation, qui élimine ce qui est inapproprié", e dove alla sua argomentazione "se rattachent les fictions juridiques (jurisprudentielles) par lesquelles le juge étend – pour de raisons d'équité – les solutions à des cas semblables. La liberté d'interprétation basée sur la similitudo rationis étend les pouvoirs du juge, qui sont contrebalancés par la responsabilité commune. Donc le revers de la théorie de l'interprétation doit être recherché dans le traité de la responsabilité du juge; la pathologie des l'interprétation judiciaire est étroitement liée à la pathologie de la conduite du juge" (in tal senso A. GIULIANI, *Le raisonnement par analogie*, in *Rapports nationaux italiens au Congrès international de Droit comparé* (Budapest 1978), Milano 1978, 82 e 84, ma anche, in sintesi, ID., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 431, n. 17). Questi brevi cenni su quella che Giuliani chiamava l'analogia argomentativa dovrebbero renderci (non edotti ma almeno) consapevoli della complessità del tema, che non è solo di ordine logico ma implica il rinvio ad un quadro complessivo: culturale, etico, istituzionale, al livello di razionalità e moralità di un'epoca, aveva scritto, ad altro proposito, lo stesso A. GIULIANI, in *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 441, ma anche ID., *Il modello di legislatore ragionevole (riflessioni sulla Filosofia italiana della le-*

Quando, specie a cavallo fra i secoli XVI e XVII, il gioco fra *rationes* e *authoritates* si spostò dai grandi dottori (decisivi per i secoli XII – XIV) ai grandi tribunali⁸, gradualmente le stesse *authoritates* vennero a comporsi di precedenti giudiziari, elaborati da tribunali composti da giudici molto qualificati e non più, come accadeva prima, da giudici del tutto profani di diritto o poco più, giudici che si limitavano a recepire di sana pianta, nelle loro sentenze, l'*interpretatio* elaborata dai dottori con i loro *consilia*⁹. In questo stesso periodo, annota Gorla, si manifestò la tendenza

gislazione), in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Napoli 29-31 maggio 1989, Milano 1992, 14.

⁸ L'espressione "grandi tribunali", nel sottolineare prestigio ed autorità di cui godevano quei corpi, riprende la stessa terminologia allora usata: cfr. G. GORLA, *Lo stile delle sentenze – Ricerca storico-comparativa*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1967, cc. 357 s.

⁹ Sulla reazione all'autorità dei dottori, che caratterizzò l'azione dei grandi Tribunali, almeno in linea di massima, dalla Rota romana a quelle toscane, dai Senati di Piemonte e Savoia al Sacro Regio Consiglio napoletano, le ricerche di Gorla sono decisive, anche per aver ampiamente richiamato studi più antichi, come quelli di Richeri, Forti, Piola Caselli, e poi Pertile, Schupfer, Solmi, Sclopis, Chevailler, Dionisotti, ecc., sui quali non possiamo soffermarci qui. Basti ricordare che questa reazione non era priva di fondamento: benché sia stata indiscutibile la "importantissima funzione per la uniformazione e lo sviluppo del diritto in una Italia politicamente frazionata senza grandi corti giudiziali di giuristi all'altezza di quel compito", funzione appunto svolta, durante la rinascita economico-sociale e culturale dell'Italia nei secoli XIII-XV, dal *consilium sapientis*, dai dottori, tuttavia fenomeni di corruzione, di confusione, di scandalo erano sorti per effetto del sovrapporsi, per es., di *consilia* contraddittori, anche a breve distanza di tempo, e per l'eccessivo potere acquisito dai dottori senza che ad esso corrispondesse più, peraltro, l'alta qualità delle loro opere giuridiche. È ancora notissimo il libello di Muratori *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) che denunciava nella sua critica (in parte superficiale ed ingenerosa) anche l'azione dei Senati e delle Rote. Su tutto ciò v. G. GORLA, *Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico" della giurisprudenza napoletana nel 1700*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 757 ss., che ricorda come la contestazione dei "difetti della giurisprudenza", specie delle citazioni acritiche, nelle sentenze dei giudici, di *consilia* o *responsa* provenienti non da dottori autorevoli ma da autori oscuri, con il *coté* di decisioni fondate su argomenti contraddittori e soluzioni confusionarie, era già stata del cardinal De Luca; nonché ID., I "Grandi Tribunali" italiani, cit., cc. 632 ss. (per quanto concerne i Senati di Piemonte e Savoia), cc. 637 s. (per quanto riguarda la Rota romana e quelle toscane), c. 639 (sul Sacro Regio Consiglio) e cc. 639 ss. (per la reazione contro l'autorità dei dottori e per la citazione fra virgolette sopra riportata). Diversa la situazione in Francia ed in Inghilterra: cfr. cc. 641 s. Molto importante ricordare qui, fra le tante osservazioni preziose, non solo l'estensione e la penetrazione del valore vincolante dei precedenti giudiziari raggiunta dalla giurisprudenza dei Senati di Piemonte e Savoia (cc. 632 ss.) e, più in generale, dalla giurisprudenza dei grandi Tribunali (cc. 642 ss., dove si sottolinea, fra l'altro, come nelle sentenze di questi giudici si fosse raggiunta una tecnica molto raffinata ed accurata di citazione dei precedenti giudiziari, per es. distinguendo fra precedente *in puncto* e precedente per analogia, e fra questi ed il mero *obiter dictum*:

dei principi a riservarsi l'*interpretatio* per le materie investite dalle loro leggi (costituzioni, editti, ordini) e per i casi nuovi o dubbi. Perciò l'*interpretatio* spettava ai grandi Tribunali per gli statuti comunali e per il diritto romano e comune; e spettava al principe per le sue leggi, con l'effetto di produrre una specie di ripartizione del relativo potere. Da notare che, per il diritto privato, gli interventi del principe erano rari, e sporadici anche in altri settori, sicché il campo dell'*interpretatio* dei grandi Tribunali era assai vasto: questa, in estrema sintesi, "è la situazione che si trova agli inizi del secolo XVIII"¹⁰.

3. I divieti di motivare allegando le opinioni dei dottori

Nel secolo XVIII, specie per il diffondersi dell'illuminismo e della sua mentalità, i modi di decidere le cause da parte dei Tribunali e la giustizia nel suo complesso furono oggetto, come già notato (v. *supra*, nota 9) di preoccupazioni e di critiche, in larga misura motivate dalle disfunzioni che si verificavano nell'amministrazione della giustizia. I mali maggiori erano ricondotti alla confusione creata dalle *auctoritates* dei dottori e al modo di allegarle e alla confusione dei testi legali. A Napoli, la polemica si estese (ai) ed investì gli stessi Tribunali, la loro *interpretatio*, il loro modo

insomma, i grandi tribunali, con le loro motivazioni, provvedevano spesso ad un esame attento delle fattispecie e operavano il *distinguishing* "con tecniche che ricordano e superano quelle dei giudici inglesi". A questo proposito si v. anche G. GORLA, *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 317 ss.), ma anche il loro potere di interinazione (un potere che, com'è noto, avevano anche i Parlamenti francesi), cioè di "registrare...le leggi e altri provvedimenti del Re, che non potevano entrare in vigore senza tale registrazione...Il Senato, cioè, esaminava se tali leggi o provvedimenti erano 'conformi al pubblico bene' e a certi principi di giustizia o del diritto comune: se non li riteneva tali, il Senato aveva il potere di fare rispettosa rimostranza al Re, prima di applicarli. Soltanto dopo tre intimazioni motivate del Re, il Senato doveva registrare" (cc. 634 s.), ma talvolta ne furono necessarie sei, benché di rado "il Principe si ostinava 'a cagione dello scandalo che ne nasceva'" (*ibidem*). È noto che, secondo Gorla, "in certi casi e in certo senso" e rispetto alle condizioni dell'epoca (c. 635) l'interinazione poteva valere, diremmo oggi, come sindacato preventivo di costituzionalità, cioè come controllo giudiziale effettuato alla luce di principi fondamentali del diritto di allora, per bilanciare il potere normativo del principe. Si v., altresì, ID., "Iura naturalia sunt immutabilia", cit., 662 ss., con particolare riferimento alla *interinatio*, ma *passim*, per i limiti al potere del principe che derivavano dall'azione di Tribunali supremi e per il tentativo di individuare ed illustrare il contenuto di singoli *iura* (639 ss.) ed i mezzi o *questiones* per rendere effettivi tali limiti (644 ss.).

¹⁰ G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., 453.

di applicare le leggi. Gorla si sofferma sulle regie costituzioni piemontesi del 1723 e del 1729 e sul dispaccio di Ferdinando IV di Napoli del 1774 ed acutamente osserva come queste disposizioni fossero importanti perché, diremmo oggi, indicavano indirettamente le fonti di produzione del diritto ed anche la loro gerarchia; perché introducevano un criterio di individuazione dei soli autori le cui opinioni potessero aver rilievo nelle decisioni dei giudici; soprattutto, perché ci si preoccupava del modo di decidere le liti, di fondare le sentenze, di allegare le autorità¹¹.

Le regie costituzioni piemontesi del 1723 e del 1729 (queste ultime, poi riprodotte in successive del 1770) contenevano indicazioni precise: né i giudici nelle sentenze né gli avvocati nelle proprie “allegazioni” avrebbero potuto riferirsi ad altro se non alle regie costituzioni, agli statuti locali, alle medesime decisioni dei Tribunali e alla legge comune (diritto romano), escludendo ed anzi proibendo il ricorso alle opinioni dei dottori (pena, la sanzione della sospensione dall’ufficio). Nel testo del 1723 queste erano ammesse solo se si fossero fondate, oltre che sull’autorità delle stesse sentenze dei Tribunali, sull’autorità della ragione naturale o delle genti o nella disposizione della legge comune, ma l’eccezione scomparve nel 1729, benché si possa ritenere che il ricorso alle *rationes* – ma non più alle *auctoritates* – potesse ancora avere un margine per effetto del rinvio alla *ratio naturalis* e delle genti.

La novità di questi precetti risiedeva perciò nel rilievo che assumevano le decisioni dei Tribunali – beninteso, dei soli grandi Tribunali – a scapito dell’autorità dei dottori. Specie nelle costituzioni del 1729 (e poi del 1770) questo rilievo sembrava tale da far assumere alle *rationes* dei Tribunali il rango di fonte del diritto, poiché vi si affermava più chiaramente (di quanto non avvenisse in quelle del 1723) che “*per la decisione delle cause si osservino unicamente* [oltre che le regie costituzioni, gli statuti, il diritto comune] *le decisioni dei Nostri magistrati*”. Gorla ricorda, tuttavia, che se i poteri d’*interpretatio* dei Tribunali erano estesi ed investivano la stessa pregressa giurisprudenza dei Tribunali medesimi, anteriore alle costituzioni qui citate, era però esclusa l’*interpretatio* delle costituzioni del principe, a lui riservata. Fuori da questo ambito, nel dominio della legge comune e degli statuti, l’*interpretatio* avrebbe continuato ad articolarsi su *rationes* e *auctoritates*, ma non dei dottori bensì dei Tribunali¹². Ed è forse questa l’osservazione più interessante, al

¹¹ V. G. GORLA, *op. ult. cit.*, 454.

¹² Ancora G. GORLA, *op. ult. cit.*, 454 ss., ma anche ID., I “*Grandi Tribunali*”, *cit.*, cc. 640 ss.

di là dello stesso tenore delle citate costituzioni del 1723 e del 1729, se è vero che, nel corso del secolo XVIII, l'invadenza dell'autorità dei dottori fu contrastata dai principi non solo in Piemonte ma anche a Roma e in Toscana, con la collaborazione di Senati e Rote. Il fatto è che questi Tribunali supremi, se non ignoravano certo il contributo dei dottori, specie di quelli famosi come Bartolo o Baldo, decidevano poi “*in base ai propri 'legal reasonings', alle proprie 'rationes'*”¹³. Insomma, appare qui in speciale rilievo l'itinerario argomentativo seguito dal giudice, un rilievo che deriva dalla percezione che, tramite la *ratio decidendi*, fosse possibile ricondurre la decisione giudiziale ai suoi fondamenti normativi – anche se questi potevano anche consistere in precedenti giudiziali – e contenere così il potenziale di arbitrarietà sprigionato dalle sentenze dei giudici, specie se non motivate o motivate richiamando l'autorità di dottori.

Il dispaccio del re di Napoli Ferdinando IV del 23 settembre 1774 conteneva, a sua volta, una decisa polemica contro l'autorità dei dottori “*che àn purtroppo nelle loro opinioni e alterato e reso incerto e arbitrario il diritto*”; così le decisioni dei giudici non avrebbero più dovuto fondarsi sulla “*nuda autorità dei dottori...ma sulle leggi espresse del regno e comuni*”. Per questo aspetto, dunque, il provvedimento del re di Napoli sembrava calibrato allo stesso modo delle costituzioni piemontesi: autorità e ragioni dottorali erano un ostacolo per l'amministrazione della giustizia nel settecento e nella penisola, a nord come a sud, nel regno sabaudo come a Napoli, si cercava di rimuoverlo. Forse, a Napoli era ancora più evidente che altrove che il problema che queste riforme intendevano affrontare riguardava, per dirlo in sintesi, l'abuso dell'*argumentum ab auctoritate*, un abuso che era favorito dalla prassi dei giudici napoletani di non motivare le sentenze. Il dispaccio del 1774 imponeva tale motivazione, imponeva cioè che “*in qualunque decisione...si spieghi la ragione di decidere*”.

Si trattava di reagire non solo alla suddetta prassi ma, più in generale, a quella, diffusa anche in altre parti di Italia, di “*citare le dottrine dei dottori in modo acritico e senza ragionamenti*”, dove per dottrine “*si intendevano le soluzioni date (dai dottori e dai tribunali) a dei casi pratici, che si presentavano come quaestiones, e che riguardavano la quaestio sub iudice*”¹⁴. Fondare la decisione di una causa “*sull'ipse dixit (o l'ipsi dixit*

¹³ Cfr. G. GORLA, *op. ult. cit.*, c. 640.

¹⁴ Così G. GORLA, *Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico"*, cit., 763. Si trattava, dunque, di una letteratura casistica e non di argomenti astratti, teorici, dottrinari, insomma, nel senso moderno del termine. Gorla chiarisce questo punto analizzando il linguaggio

runt), *senza aggiungermi alcun argomento tratto dalle rationes, o senza impegnarsi, all'occorrenza, in una critica delle autorità mediante le ragioni*¹⁵, era appunto ciò che non poteva più accettarsi, che ripugnava ad una nuova mentalità che si andava diffondendo e che stigmatizzava ormai non solo l'abuso ma anche l'uso dell'*argumentum ab auctoritate*, del rinvio alla autorità dei *Consilia* o *Responsa* dottorali senza che il giudice facesse ricorso diretto ad una argomentazione a sostegno della propria decisione. Detto altrimenti, rinviare ad un'*auctoritas*, anche se prestigiosa e fondata, nonché *in puncto*, cioè precisamente attinente alla *quaestio* dedotta in giudizio, non era considerato più sufficiente, ed era anzi, come sappiamo, inibito dai provvedimenti dei sovrani che stiamo esaminando. Il giudice avrebbe potuto certamente tener conto, nell'elaborare la sua decisione, delle *auctoritates* e, ancor più, se era giudice colto, delle *rationes* che le giustificavano.

Tuttavia, il divieto che gli veniva imposto di allegare e fondare sulle autorità le proprie decisioni lo sospingeva verso l'esame della propria giurisprudenza e delle sue ragioni, verso la elaborazione cioè di *proprie* ragioni, che se per un verso non dovevano recidere mai del tutto il legame con la passata elaborazione giuridica (quella del diritto romano e dei dottori medievali) per l'altro, e sotto vari aspetti, la superavano nel tener conto delle trasformazioni culturali, economiche e sociali, cioè nel tener conto del cambiamento legato al tempo, all'aspetto storico-evolutivo dell'interpretazione e applicazione del diritto. Mi pare si possa riconoscere in queste esigenze di argomentazione appropriata delle decisioni giudiziali un orientamento di fondo dell'esperienza giuridica, non solo moderna, che è ancora oggi centrale per la sua qualificazione come esperienza pratica, come meglio si vedrà più avanti.

usato da De Luca, da Muratori, da De Jorio, ecc. L'opera del cardinale Giovan Battista De Luca – come si è già ricordato, grande giurista, poi giudice della Rota romana – sia la già cit. operetta *Dello stile legale*, annessa al famoso *Dottor Volgare*, sia il monumentale *Theatrum veritatis et justitiae*, è preziosa per la ricerca di Gorla, poiché da essa egli può ricavare con chiarezza che il c.d. dottrinarismo giuridico, lo stile dottrinale, coincideva con le tesi di coloro – c.d. *prammatici* – che sostenevano fosse necessario, per il giurista, uno stile “*nello scrivere, ed anche nel giudicare o consigliare*”, uno stile contrapposto a quello c.d. *discorsivo*, o *raziocinativo*. I seguaci dello stile dottrinale, “*che nei tempi correnti molto trionfa, ed ha il maggior seguito, dannando lo stile discorsivo ovvero raziocinativo, dicono che nella facoltà legale sia rossore e vergogna il parlare senza l'autorità delle leggi e dei dottori. Che però frequentemente per le loro penne o bocche corre quella proposizione, che vaglia più una dottrina che cento raziocini; e che sia cosa da povero dottore il camminare con le ragioni*” (capitolo VI dello *Stile legale*, cit. da G. GORLA, *op. ult. cit.*, 760).

¹⁵ V. ancora G. GORLA, *op. ult. cit.*, 761.

Bisogna tuttavia aggiungere, per ora, che esiste una differenza importante fra le costituzioni sabaude ed il dispaccio napoletano: quest'ultimo non si limitò a vietare la citazione dell'autorità dei dottori ma si propose di eliminare anche l'*interpretatio* dei tribunali. Quando non vi fosse "legge espressa per il caso" (cioè il tradizionale *casus legis*, di cui s'è detto supra, § 2) e "si abbia a ricorrere alla interpretazione o estensione della legge; vuole il Re che questo si faccia nei giudizi in maniera che le due premesse dell'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse e letterali. E quando il caso sia tutto nuovo, o talmente dubbio che non si possa decidere né colla legge, né coll'argomento della legge, allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà sua per attendere il Sovrano oracolo"¹⁶. Ora,

¹⁶ Impossibile non notare che Ferdinando IV sembrava così riprendere il divieto voluto da Giustiniano: v. il *Codex*, 1, 17, 2, § 21, in fine, che attribuiva all'imperatore non solo il potere di fare le leggi ma anche di interpretarle. Del resto, anche nella Francia dell'*Ancien Régime*, l'art. 7, tit. I, dell'*Ordonnance civile* del 1667 aveva stabilito che "Si dans les jugemens des procès qui seront pendans en nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter: mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer pardevers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention". Per il testo dell'*Ordonnance v. Code Louis*, I, *Ordonnance civile* 1667, Milano, 1996, con introduzione di N. Picardi. Come si vedrà fra poco, il dispaccio del 1774, allo stesso tempo, precorreva il *référé législatif* della rivoluzione. Si noti, peraltro, che il divieto di *interpretatio* stabilito con l'*Ordonnance* riguardava solo i provvedimenti normativi che promanavano dal re, non anche i precetti desumibili dal diritto romano e dalle *coutumes*, e che solo nel 1790, con l'istituzione del *référé législatif*, tale divieto fu esteso anche a questi ultimi. Anche Federico il Grande, con il *Kabinettsorder* del 1780, stabilì che il giudice dovesse rivolgersi, in caso di dubbio interpretativo, ad apposita commissione legislativa: un vero e proprio *référé*, che fu accolto anche nell'ALPS del 1794, cioè nel codice territoriale prussiano. Si noti, ancora, che dal tenore letterale del dispaccio napoletano si comprende la preoccupazione di scongiurare che l'interpretazione analogica, fondata, come si è visto, sull'argomentazione *a similibus* (v. supra, n. 7) potesse muovere dal ricorso alle *auctoritates* o alle *rationes*: quando fosse necessario, stabiliva il dispaccio, "ricorrere all'interpretazione o estensione della legge", bisognava che si procedesse con meccanica deduzione, riferendosi esclusivamente alla lettera espressa di un testo di legge e, in mancanza, riferendo al re la questione. Sul ruolo di Bernardo Tanucci v. R. AJELLO, *Arcana iuris: diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli 1976, cap. I; sulla sua politica giudiziaria, che si avvale di una pluralità di dispacci (non solo di quello del 1774), una politica che sembrava ispirata al modello prussiano e quindi ad una configurazione burocratica del ruolo del giudice, v. diffusamente, e in termini rivelatori, la ricerca di A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, 89 ss. Si v. anche le pagine dedicate da R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, sub art. 12, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma 1974, 204 ss.: "non deve apparire strano che i legislatori, perduta la pazienza, abbiano ricorso alla maniera forte, riservando a se stessi l'interpretatio", benché poi rendendosi conto che "il principe non poteva far giorno e notte l'oracolo".

è verosimile ritenere che il dispaccio, ispirato come fu dal Tanucci, fosse di schietta impronta illuminista: spettava al titolare della funzione legislativa non solo fare le leggi ma anche interpretarle, poiché l'interpretazione ed applicazione delle leggi che non si potesse decidere sulla base di un testo espresso di legge, che non fosse cioè puramente meccanica, doveva essere sottratta ai giudici, seguendo una concezione rigida, montesquieuiana, della divisione dei poteri. Però dietro il divieto di *interpretatio* dei tribunali si celava anche un aspro giudizio negativo, una sfiducia del re e del suo *entourage* nei confronti dei tribunali napoletani, "*motivata con una generale sfiducia verso i tribunali stessi*", sfiducia che sembrava insinuare che i giudici "*usino della incerta autorità dei dottori per giudicare arbitrariamente e parzialmente*"¹⁷. Ma il dispositivo congegnato dal dispaccio non poteva funzionare – qui Gorla ha gioco facile nel notarlo¹⁸: immaginare che l'*interpretatio* dei tribunali potesse essere soppiantata dal rinvio al *casus legis* (cioè al caso espressamente deciso dalla legge) e, in sua assenza, al *référé* allo stesso re, significava travolgere con un solo tratto la tradizione dell'*interpretatio* per affidare la relativa funzione alle cancellerie governative, investendole, con un'ingente massa di casi, di un ruolo che non erano certo pronte a svolgere. Il dispaccio cadde nel 1791.

4. *Dal référé législatif al déni de justice*

Ancora più radicale, nel tentativo di escludere ogni forma di *interpretatio* dei giudici, fu la legislazione rivoluzionaria francese. Procederò qui in estrema sintesi, al cospetto di un tema percorso da molte ricerche e che presenta numerosi risvolti. Ebbene, Gorla richiama l'attenzione su due aspetti di quella legislazione: da un canto, quello dell'istituzione, cui già si è accennato, del *référé législatif* (art. 12 del decreto del 16 agosto 1790)¹⁹;

¹⁷ V. G. GORLA, *op. ult. cit.*, 766. Era, del resto, testimonianza evidente della sfiducia di cui si dice nel testo, lo stesso tenore letterale del dispaccio, dove la decisione di imporre la motivazione delle sentenze e di escludere che si fondassero sull'autorità dei dottori era basata esplicitamente sull'esigenza di "*rimuovere quanto più si possa da' giudizi l'arbitrio, e allontanare da' giudici ogni sospetto di parzialità*".

¹⁸ V. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12*, cit., 458.

¹⁹ La disposizione prevedeva che i giudici dovessero rivolgersi al legislatore "*toutes le fois qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi*". Tale necessità "*di interprétation sorgeva quando mancasse sul caso un texte exprés o précis de la loi, (o, come anche si diceva, quando la legge ne décide pas le cas), o quando il testo della legge fosse oscuro. Era il concetto del casus omissus o novus e del casus dubius*" (così G. GORLA, *op. ult. cit.*, 460).

dall'altro, quello dell'istituzione del *Tribunal de Cassation*, con decreto del 27 novembre – 1 dicembre 1790. Il *Tribunal* aveva la funzione di assicurare l'osservanza della legge, con il potere di cassare le sentenze che contenessero “*une contravention expresse au texte de la loi*”. Ora, Gorla mostra come questa *contravention* dovesse intendersi come contrasto con il caso deciso precisamente dalla legge, cioè – nell'alveo della tradizione del diritto comune – quando il giudice avesse deciso *contra casum legis*, dunque in contrasto con la precisa – nel senso di formulata in termini casistici – disposizione normativa e perciò anche fuori dall'ambito tradizionalmente affidato, come si è visto, ai poteri dell'*interpretatio*. Se il caso era precisamente definito dalla legge, ed applicabile perciò alla *quaestio sub iudice*, la sentenza che non provvedesse a tale (meccanica) applicazione avrebbe dovuto essere cassata. Che l'applicazione dovesse essere (puramente) meccanica era confermato dallo “*stesso stile degli arrets de Cassation*”²⁰, nei quali si citava il testo normativo²¹ (*vu l'article de la loi* o *vu le texte* del digesto o del codice giustiniano) – dal quale doveva risultare chiaramente la disciplina del caso – e mancava invece (almeno nei primi anni di applicazione del decreto) la motivazione. Motivare avrebbe infatti significato ammettere l'esigenza di una *interpretation* che era preclusa al giudice.

Così concepito il ruolo del *Tribunal*, il *référé législatif* ne costituiva allora il *péndant* più conseguente: fuori dall'ambito del *casus legis*, del caso precisamente deciso dalla legge, nel senso consolidato della tradizione del diritto comune, si apriva il campo della *interpretatio*, campo che, come già con il dispaccio di Ferdinando IV, si intendeva sottrarre al giudice e riservare al potere legislativo, che doveva perciò esprimersi

²⁰ V. G. GORLA, *op. ult. cit.*, 459.

²¹ È a questo proposito molto penetrante l'osservazione di Gorla (*op. ult. cit.*, 462, n. 26), per il quale l'originaria prescrizione dell'art. 17 del decreto 27 novembre – 1 dicembre 1790, che stabiliva come la decisione della Cassazione avrebbe dovuto contenere il testo di legge, fosse poi rimasta come “*un relitto nei codici di proc. civ. degli Stati Sardi del 1854 e del 1859 e nel c.p.c. del 1865 (art. 523, n. 4); relitto, perché ormai i giudici di Cassazione avevano il potere di interpretare le leggi... e la loro funzione non era più limitata alla applicazione del 'testo espresso sul caso'. L'art. 366, n. 4 c.p.c. del 1941 usa un'espressione 'indicazione delle norme di diritto'*”, ma questa indicazione ha ormai assunto una funzione diversa da quella originaria: non più, cioè, quella di delimitare il *casus legis* e di segnare il confine fra applicazione vincolata della legge ed *interpretatio*, bensì quella di *fondare i motivi del ricorso*, e Gorla insiste opportunamente sulla differenza concettuale che sta dietro, da un lato, l'indicazione dei “*testi di legge rispetto ai quali si pretendeva esservi (nella sentenza impugnata) contravention expresse*”; e, dall'altro l'indicazione delle norme di diritto (o di legge) su cui si fondano i motivi di ricorso.

tutte le volte che ci si fosse trovati davanti ad un *casus omissus*, o *dubius* o *novus*. Anche qui, come nel caso napoletano, una concezione rigida della separazione dei poteri imponeva che il giudice fosse escluso da ogni manifestazione del potere interpretativo, anche quando essa attenesse alla sola applicazione al caso *sub judice*. Come accennato in apertura del presente §, l'esclusione era ancora più radicale di quella disposta nel 1774 dal re di Napoli, poiché con il *référé* rivoluzionario si intese precludere drasticamente ogni argomentazione analogica, anche se desunta da testi di legge invece che da *rationes* o *auctoritates* (la prima, invece, ammessa, come si è visto, dal dispaccio napoletano: v. *supra*, nota 16).

Questo dispositivo istituzionale, come già quello promosso con il dispaccio del re di Napoli, non poteva funzionare e non funzionò: il *Tribunal* cominciò a motivare le sue sentenze e si ammise, perciò, la necessità di una *interpretation*. Con l'approvazione del *code civil* del 1804, come ben noto, la situazione fu capovolta: l'art. 4 stabilì che “*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”. Al posto del sistema del *référé* si impose al giudice di interpretare, si “restituì” al giudice questo potere, e si noti come il *code civil* non dettasse regole sull'interpretazione della legge, non contenesse cioè alcuna norma strumentale in materia di interpretazione – scelta che sarà confermata, un secolo dopo, dal BGB – come invece faranno (lo vedremo subito) i diretti antecedenti dei codici italiani del 1865 e del 1942, cioè quello austriaco del 1811 e quello albertino del 1838.

Tuttavia, è evidente che i poteri interpretativi dei giudici si situavano ormai, dopo l'approvazione del codice civile, in una situazione storica ed in un contesto culturale che erano in profondo mutamento. Con la codificazione cominciava a farsi strada l'idea che il giudice potesse rintracciare in essa una regola per ogni caso, idea che peraltro si affermerà solo più tardi. Il *Code*, che inaugura il secolo XIX, si limiterà, in proposito, a vietare espressamente gli *arrets de règlement* (art. 5): “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*”. Tuttavia, pare indiscutibile che l'ambizione sottesa alla codificazione fosse quella di elargire al giudice una guida sicura, non stabilendo i dettagli normativi puntualmente applicabili ad ogni caso, bensì elaborando principi e regole suscettibili di essere sviluppati nell'ambito dell'attività propria del giudice, ed anzi, più ampiamente, dell'interprete, al quale spettava, secondo Portalis (che presentò, come è notissimo, la relazione al codice

davanti al parlamento) “*pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application*”²².

Bisogna tuttavia persuadersi che le dimensioni del tema sono ancora più ampie e la loro complessità richiede la considerazione di una varietà di valutazioni: in Italia, per esempio, il periodo delle codificazioni preunitarie e poi di quella del 1865 coincise con il tentativo, da parte del governo, di “*asservire a sé la magistratura e di esautorarla come terzo potere*”, con provvedimenti che riguardavano “*la carriera dei magistrati, i loro trasferimenti e, in generale, il controllo del Ministro di Grazia e Giustizia sul corpo della Magistratura (Legge Rattazzi del 1859, che poi fu man mano estesa ai territori d’Italia annessi al Regno)*”²³. D’altra parte, in Francia (e poi nei Paesi influenzati dalla sua legislazione, come l’Italia) prima la legislazione rivoluzionaria, poi la codificazione napoleonica realizzarono il disegno di un ordinamento burocratico della magistratura, “*invano perseguito dalla monarchia assoluta*”: il divieto di emanare disposizioni di carattere generale e la sottrazione di ogni potere di *vérification* e di *enregistrement* degli editti regi – come quelli esercitati, con l’interinazione, dai grandi tribunali italiani e dai parlamenti francesi – trasformarono il profilo della magistratura rispetto a quello del potere politico. La prima non poteva più conservare un ruolo di contropotere rispetto al secondo e non si trattava più di “*dosare i poteri in modo che si limitassero e si frenassero a vicenda*”, poiché si trattava invece di assicurare una “*sintonia del potere amministrativo e di quello giudiziario con il potere legislativo*,”

²² Così J.É.M. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, in P.A. FENET (a cura di), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, I, Paris 1836, 470. La frase riportata nel testo, tratta dal *Discours préliminaire* di Portalis, merita di essere citata per intero: “*Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l’empire de l’usage, à la discussion des hommes instruits, à l’arbitrage des juges. L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes fécondes en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*” (pp. 469 s.). E ancora: “*De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s’accroît journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vraie supplément de la législation*” (*ibidem*). V. anche A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 1, *Le fonti scritte*, Torino 1998, 435, ma già P. KOSCHAKER, *L’Europa e il diritto romano* (1947), trad. it., Firenze 1962, 316 ss.

²³ Cfr. G. GORLA, I “*Grandi Tribunali*”, cit., c. 649. Si v., a questo proposito, almeno gli studi di M. D’ADDIO, *Politica e Magistratura*, Milano 1966, 35 ss. e 41; e di A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 102 ss. e, più ampiamente, l’intero cap. IV.

*al quale veniva attribuito un ruolo privilegiato, perché legittimato dalla rappresentanza popolare*²⁴. La questione dei poteri interpretativi del giudice, e dell'interprete in generale, nel nuovo ordine inaugurato dalle codificazioni dell'ottocento, non dovrebbe prescindere perciò da più ampie coordinate istituzionali, politiche, etiche. Su questo nesso, potrei dire, fra interpretazione, società ed istituzioni, nesso che mi sembra centrale anche per l'apprezzamento delle questioni più strettamente legate ai principi e alle tecniche argomentative usate per l'interpretazione ed applicazione giuridica, tornerò ancora in queste pagine.

5. *Le regole sull'interpretazione nei codici dell'ottocento: problemi ermeneutici e problemi socio-istituzionali*

Nel corso del secolo XIX le disposizioni contenute in due codificazioni, quella austriaca del 1811 (§§ 6 e 7) e quella albertina del 1837 (artt. 14 e 15), possono considerarsi “*precedenti storici immediati*”²⁵ dell'art. 3 preleggi del 1865 e dell'art. 12 preleggi del 1942. Se, per un verso, comparivano già, in questi precetti, formulazioni che poi ritroveremo nei codici italiani del 1865 e del 1942 – in particolare, quella secondo cui “*nell'applicare la legge non è lecito d'attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse e dalla (chiara: così il § 6 ABGB) intenzione del legislatore*”, come stabilito sia dall'art. 14 codice albertino che dal § 6 dell'ABGB – per l'altro sia l'art. 15 del codice albertino che il § 7 del codice civile austriaco usavano ancora una terminologia che, come sappiamo, era quella del diritto comune, e lo facevano per il caso in cui non si desse una diretta disciplina da parte del legislatore (modernamente, diremmo, nel caso in cui si dovesse ricorrere all'integrazione della legge). Qualora cioè, stabilivano quelle disposizioni, il caso, o la controversia (era dunque esplicito il riferimento al problema applicativo proprio del giudice) non potesse decidersi né “*dalla parola, (secondo le parole: così il § 7 ABGB) né dal senso naturale della legge, (secondo il senso naturale della legge: così il cit. § 7) si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise, ed ai fondamenti (motivi: cit. § 7) di altre leggi analoghe*”.

Riappariva perciò, in queste disposizioni, il concetto di *casus legis*,

²⁴ V. A. GIULIANI, N. PICARDI, *op. cit.*, 70 s.

²⁵ In tal senso G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., 445.

di legge espressa e precisa sul caso, che sappiamo essere espressione di un carattere prevalentemente casistico dei precetti del diritto comune e romano, un concetto la cui eco continuava a farsi sentire anche nel nuovo ambiente della codificazione. Anche il riferimento ai casi consimili sembrava rinviare all'uso dell'argomentazione *a similibus* propria del diritto comune già dai tempi dei glossatori. Le *rationes*, infine, apparivano trasfigurate nei principi generali (*di diritto*, secondo il codice albertino, *di diritto naturale*, secondo quello austriaco)²⁶.

Il detto riferimento alla tradizione del diritto comune era tuttavia speso, in quelle disposizioni codicistiche, per avvalorare un ruolo attivo del giudice nel processo interpretativo. Era ormai lontana, cioè, l'impostazione promossa, come si è visto, nella Francia del periodo rivoluzionario e a Napoli nel 1774: il giudice non era più un esecutore meccanico della volontà del legislatore. Certo, le parole della legge, il significato che poteva farsi palese dalla sua lettera, dovevano essere valutati dal giudice; e doveva essere valutata, e prima ancora ricercata, la sua volontà. Sappiamo che questi elementi (lettera e volontà) saranno al centro, nel corso del secolo XIX, di tutta una fitta rete di ragionamenti che ne renderanno complessa la decifrazione. Ma, per ora, vorrei limitarmi a notare, ancora seguendo Gorla, che lettera della legge e volontà del legislatore furono considerati elementi di un'attività di valutazione interpretativa che era restituita al giudice; che non si pretendeva di sottrargli tale valutazione per conferirla al legislatore; che la valutazione interpretativa, in assenza di precise disposizioni, poteva ed anzi doveva dirigersi verso l'argomentazione analogica e, nel caso che questa non soccorresse, verso i principi generali del diritto.

Era al centro dell'attenzione del legislatore codicistico il comportamento del giudice, la sua attività interpretativa in vista dell'applicazione, certamente anche i limiti di tale attività, alla luce sia dell'esperienza plurisecolare dell'*interpretatio* degli strati normativi del diritto comune (esperienza ricca, complessa, anche contraddittoria, ma che certamente non si poteva liquidare con un semplice tratto di penna), sia della nuova situazione prodottasi con la legislazione codicistica.

Le vicende storiche che, seguendo Gorla, abbiamo sunteggiato, spiegano cioè le ragioni per cui in questi precedenti normativi immediati delle, ancora vigenti, disposizioni preliminari in tema di interpretazione, il centro fosse il giudice e la sua attività interpretativa ed applicativa del

²⁶ Su tutto ciò v. ancora G. GORLA, *op. ult. cit.*, 465 s.

diritto, non invece l'interpretazione in sé considerata. Il fatto è che queste disposizioni affrontavano, prima ancora che un problema attinente alla ermeneutica giuridica, una delicata questione relativa ai rapporti fra poteri, questione tanto più delicata perché segnata da una serie di mutazioni profonde di tali rapporti, in cui erano coinvolti fattori istituzionali, sociali, etici, cui abbiamo già accennato²⁷. Si pensi, per suggerire solo qualche esempio della varietà e complessità di questioni coinvolte nel tema dei compiti del giudice, che mentre in Francia la Cassazione fu unica sin dal 1791 in Italia la pluralità delle Cassazioni contribuì, probabilmente – lo vedremo meglio fra poco – ad una visione rigida della legislazione codicistica come fattore di unificazione nazionale e come argine ad una regionalizzazione dell'interpretazione²⁸, e perciò anche come limite all'estensione e penetrazione dell'attività interpretativa del giudice.

Si pensi, inoltre, alle vicende che segnarono prima la magistratura sabauda e poi quella italiana, che furono oggetto di ricorrenti epurazioni da parte del potere politico. Il governo piemontese, poi quello italiano, cercarono, “*con leggi e provvedimenti vari... di asservire a sé la magistratura e di esautorarla come terzo potere. Questi provvedimenti riguardavano*

²⁷ Secondo Gorla le disposizioni in esame “*sia pure dettando al giudice i criteri per decidere le liti... contemporaneamente, e forse principalmente, almeno dal punto di vista storico, vengono a restituire o a riconoscere al giudice quel potere di interpretare le leggi che gli era stato contestato per tutte le leggi a Napoli nel 1774 e soprattutto durante la rivoluzione francese fino al code civil...; e che gli era stato negato, per quanto riguarda le leggi del principe, in Piemonte... Quegli articoli vengono così a risolvere un problema concernente i poteri del giudice*” (op. ult. cit., 466). Dunque, un *problema concernente i poteri del giudice*. Per un verso, come vedremo meglio più avanti, tali poteri erano al centro del tentativo di delimitazione dell'attività interpretativa del giudice, una delimitazione che stabiliva certamente vincoli (la lettera, la volontà del legislatore) ma che al tempo estendeva tale attività anche ai casi in cui la controversia si trovasse di fronte al *silence et obscurité de la loi*. Per l'altro, come detto nel testo, tali poteri non potevano essere letti se non nel più ampio quadro che caratterizzava le trasformazioni del ruolo del giudice nei rapporti fra poteri, un quadro certo non solo formale, cristallizzato in un modello astratto, ma composto di elementi che erano la storia stessa dei concreti rapporti fra istituzioni e, più ampiamente, delle trasformazioni sociali nelle nazioni europee. Si noti che sia il § 8 del c.c. austriaco che l'art. 16 di quello albertino riservavano al legislatore l'*interpretatio generalis et necessaria* (diremmo oggi: autentica). L'art. 16 cit. diventerà poi l'art. 73 dello statuto albertino: “*l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo*”. Si noti ancora che in Italia, nel passaggio dalle disposizioni preliminari al codice del 1865 a quelle del 1942, il ruolo del giudice è ulteriormente delimitato dal capo I delle preleggi, che nel 1942 indica le fonti del diritto segnando un perimetro più preciso rispetto a quello offerto dal solo art. 1 preleggi del 1865, che trattava esclusivamente delle leggi.

²⁸ V. G. GORLA, I “*Grandi Tribunali*”, cit., c. 650.

la carriera dei magistrati, i loro trasferimenti e, in generale, il controllo del Ministro di Grazia e Giustizia sul corpo della magistratura... Ne nacque quella che si poteva chiamare la onnipotenza del governo parlamentare. Nella 'divisione dei poteri' questi fece la parte del leone"²⁹.

Vorrei pertanto insistere su questo punto, sul quale del resto ancora tornerò: la discussione attorno all'interpretazione giuridica, come mostra la storia delle norme sulle norme in materia, non può concentrarsi esclusivamente sui temi strettamente ermeneutici. La speciale attenzione rivolta all'applicazione giudiziaria del diritto rivela un nesso che stringe insieme interpretazione, rapporti fra potere politico e magistratura, ruolo del giudice nella società, impatto di questo ruolo nell'opinione pubblica, peculiare esigenza di valutazione dei fatti addotti in una controversia giudiziale. Considerazione, questa, che vorrebbe confermare (vorrei sottolinearlo: non è vero il contrario, cioè che smentisca) l'idea che il giudice non sia in alcun modo unico interprete né interprete privilegiato, perché è invece il cittadino, ogni cittadino, l'interlocutore per antonomasia dell'esperienza giuridica³⁰. In fondo, proprio sul cittadino, su ogni cittadino, ricade infatti il nesso fra interpretazione giuridica, rapporti fra poteri, ruolo del giudice.

²⁹ G. GORLA, *op. ult. cit.*, c. 649. Si v. altresì, diffusamente, M. D'ADDIO, *Politica e magistratura*, cit., 20 ss., nonché A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 99 ss. (per il regno sabaudo); 106 ss. (per la situazione successiva all'unificazione, dall'ordinamento giudiziario del 1865 alla legge Orlando del 1908), secondo i quali, dopo l'unificazione, pur non essendo messa in discussione la concezione del giudice funzionario e la sua soggezione al controllo governativo, si andò tuttavia anche affermando "l'idea del magistrato come strumento neutrale per l'attuazione della legge. Il giudice assunse, in altri termini, la duplice veste di tecnico e di pubblico funzionario" (p. 112).

³⁰ V., a tal proposito, la critica condivisibile di M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 401 s. e 427 s., specie laddove afferma che le questioni interpretative ed applicative dovrebbero essere sottratte non solo al monopolio del giudice ma anche a quello del ceto dei giuristi ed invece estese "alla vita reale dei comuni destinatari dei precetti giuridici" (p. 428). Ciò perché, in fondo, l'esperienza giuridica, nella varietà delle sue manifestazioni, ha però questo tratto comune, che investe tutti gli interessati, riguarda tutti, non solo coloro che sono provveduti di preparazione tecnica; e, almeno per il mondo contemporaneo, potremmo ripetere l'osservazione di Tullio ASCARELLI, *Prefazione*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952, XIV, n. 7, che "il diritto, appunto perché fondato, in via definitiva, sulla generale concordanza, non è monopolio del giurista, ma patrimonio comune dell'umanità". Solo una rigida versione della concezione imperativa del diritto, forse ancora non del tutto scongiurata, potrebbe oggi sospettare di "irenismo" queste parole di Ascarelli.

6. Interpretazione come creazione? In margine all'uso della metafora

Torniamo, allora, all'art. 3 preleggi del 1865 e 12 preleggi del 1942. La ricerca storica di Gorla aveva l'obiettivo, che a me sembra sia stato pienamente conseguito, di spiegare la ragione per cui la formulazione letterale di queste disposizioni facesse riferimento esplicito alla (sola) interpretazione (e applicazione) giudiziale invece che all'interpretazione *tout court*. Tuttavia, è lo stesso Gorla a riconoscere che l'art. 3 e l'art. 12 furono e sono intesi (e lo furono anche dai loro redattori) nel senso “*che in essi si ponga e si risolva il problema della (delle regole di) interpretazione della legge riguardante l'interprete in genere*”³¹, benché sia la loro storia che la loro lettera suggerisca che essi erano piuttosto diretti ad affrontare il problema dei poteri e dei doveri del giudice e del modo di decidere le liti e non quello, riguardante ogni interprete del diritto (dunque ogni interessato), dei criteri da seguire per l'ermeneutica giuridica. Possiamo, a questo punto, tornare alla questione, da cui eravamo partiti, della c.d. creazione giudiziaria del diritto – questione che sembra spesso voler assorbire il problema dell'interpretazione giuridica, sia che si sostenga sia che si avversi una funzione nomopoietica del giudice – e ad una sua valutazione.

Vorrei a questo proposito notare che forse non si è abbastanza riflettuto sull'appropriatezza della metafora della creazione a proposito dell'interpretazione giuridica, appropriatezza che è discutibile. All'uso della metafora non si può beninteso imputare carenza di precisa denotazione, che non sarebbe possibile ottenere in generale con il linguaggio ordinario, tanto meno con il ricorso alla metafora. Si può tuttavia dubitare della idoneità della somiglianza che essa formula: nel nostro caso fra creazione del diritto e sua interpretazione. In effetti, altro è ammettere che, attraverso l'interpretazione, si contribuisca non alla creazione del diritto ma alla determinazione dei significati di ciò che è diritto, e che anzi il detto contributo sia necessario affinché quella determinazione avvenga. Altro è invece assumere senz'altro, in un'ottica di stipulazione definitoria, che se l'interpretazione giuridica è in qualche modo creativa, allora dovrebbe essere, se non creazione *ex nihilo*, almeno definizione delle condizioni di possibilità dell'agire di un altro attore³², come vorrebbe

³¹ V. G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., 470.

³² In tal senso M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p 423, sulla base di un tentativo di *definizione*, di stipulazione definitoria, del termine “creazione” per il campo dell'azione umana. Tentativo forse destinato all'insuccesso, se si parte dalla premessa che

Massimo Luciani. Ma se il giudice, e l'interprete in generale, è vincolato dalle condizioni di possibilità poste dal dato legislativo e, come lo stesso Luciani riconosce, anche da altri fattori, diversi dalla lettera dei precetti, tuttavia le sue interpretazioni ed applicazioni giudiziali sono, a loro volta, condizione di possibilità non solo dell'agire di tutti i consociati ma anche dell'azione dei pubblici poteri e dello stesso legislatore, che nella sua attività nomopoietica dovrebbe meditare le scelte da privilegiare anche alla luce dei possibili esiti interpretativi che su esse si eserciteranno e alla luce dei precedenti inerenti materie analoghe. In fondo, se l'attività interpretativa, come attività tesa all'intendere, è sempre processo triadico, che suppone due soggetti, l'emittente (o artiere) e l'interprete, e un'oggettivazione dell'attività del primo, che possa darsi all'impegno di sensibilità ed intelligenza del secondo, è piuttosto nei termini di una collaborazione, non di una creazione, che dovremmo intendere l'attività interpretativa³³.

il linguaggio ordinario, che anche il diritto usa, non è preciso ma confuso, aperto all'uso della metafora, e che in esso non può darsi esatta corrispondenza fra le parole e le cose: "i termini del diritto hanno una vasta area di significazioni", scriveva A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano 1954, 95. Sul nesso che lega la indefettibilità delle valutazioni da parte dell'interprete al linguaggio ordinario usato dal diritto v. anche T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., XXI s., secondo il quale un limite alla polisemia del linguaggio deriva (o dovrebbe derivare: sul punto tornerò più avanti), "dalle auto-interpretazioni lessicali del sistema", ma "la mancanza di un linguaggio convenzionale nel diritto non costituisce un semplice accidente dovuto a difficoltà pratiche... ma deriva... dalla impossibilità di ridurre un sistema dato ad un campo chiuso che elimini la necessità del ricorso alle valutazioni dell'interprete". Sul rapporto fra metafora e similitudine, a partire dalla *Poetica* e dalla *Retorica* aristoteliche, moltissimo ci sarebbe da dire, specie tenendo conto degli studi di Giuliani, ma non posso farlo in questa sede. Vorrei limitarmi a ricordare che "far metafora è vedere due cose in una sola" (così P. RICOEUR, *La metafora viva. Dalla retorica alla poetica: per un linguaggio di rivelazione* (1975), Milano 1981, p. 32), e perciò è essenziale un controllo sull'appropriatezza della similitudine istituita dalla metafora, specie nell'esperienza giuridica, nella quale il giurista dovrebbe spesso impegnarsi in un compito di correzione delle metafore: v. A. GIULIANI, *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 378.

³³ Il riferimento è alle pagine di E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), I, Milano 1990, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, 59 ss., spec. p. 65 s.: "L'energia evocativa del messaggio lanciato non è qualcosa di insito in esso di per sé solo, ma frutto di collaborazione da parte di chi è chiamato a raccogliarlo" (p. 65). Ed il messaggio non è semplicemente oggetto di un'apprensione meccanica, poiché il processo inventivo imputabile all'autore, all'emittente – nel nostro caso, al legislatore – subisce e deve subire una *inversione* nel processo dell'attività interpretativa: "Si tratta sempre – dinanzi all'opera compiuta e uscita dalle mani dell'artiere – di raccoglierne l'esigenza che sollecita la spontaneità spirituale di chi è chiamato ad intendere e che non può essere soddisfatta senza l'attiva collaborazione di interpreti. Esigenza, che parte da un oggetto, costituito da forme rappresentative, nelle quali l'altrui spirito si è oggettivato, e perviene ad un soggetto (inter-

Ciò detto, e con riserva di tornare sull'argomento, è ancora Gorla a

prete), che è spirito attuale, vivente e pensante, spronato e mosso ad intendere da interessi della vita presente, che possono essere variamente orientati" (p. 260). La collaborazione presuppone *rispetto* ed anzi *consonanza*: elaborando i canoni che dovrebbero garantire l'esito epistemologico dell'interpretazione, Betti mette a punto quello dell'*autonomia* ermeneutica, o dell'*immanenza* del criterio ermeneutico, in virtù del quale "*sensus non est inferendus sed efferendus... il senso di cui si tratta, non si deve indebitamente e surrettiziamente introdurre, ma si deve, al contrario, estrarre, ricavare dalla forma rappresentativa. Contro ogni arbitrio soggettivo, il canone in parola impone di rispettare l'oggetto nel suo peculiare modo di essere, ed esige che sia misurato col suo stesso metro*" (p. 305). Su questo canone v. anche ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, 2^a ed. riveduta ed ampliata, a cura di G. Crifò, Milano 1971, p. 14 (una completa sovversione del canone deriva dall'impostazione "postmoderna" di D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Cambridge(Ma)-London 1997, 180 ss., secondo il quale una componente strategica, cioè orientata a perseguire determinate *policies*, è non solo inevitabile ma anche compatibile con il ruolo del giudice: v. anche ID., *Due interpretazioni del postmodernismo come teoria giuridica dell'interpretazione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli 2001, 83 ss., spec. 90 s. Questa impostazione è ulteriormente esasperata da P.G. MONATERI, "*All this and so much more*": *critica all'argomentazione e non interpretivismo*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione*, cit., 163 ss., che arriva a ritenere che le attività interpretative dei giuristi non siano davvero interpretative ma "*problemi di 'governance'*" (p. 172), ma v. anche ID., *Correct our Watches by the Public Clocks. Interpretazione del diritto e nihilismo giuridico*, in G. VATTIMO, J. DERRIDA (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Bari 1998, 189 ss.). Se dunque è vero che Betti richiama il vincolo di subordinazione dell'interprete alla norma, come ricorda M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 433, è tuttavia necessario che il canone dell'autonomia dell'intendere, come meglio vedremo più avanti, dal quale quella subordinazione deriva, sia letto insieme agli altri canoni, così da rappresentare la complessità del processo dell'intendere, anche per il caso dell'interpretazione giuridica. Configura in termini diversi il rapporto triadico che caratterizza l'interpretazione G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 172, secondo cui il detto rapporto si realizza "*fra ciò che è interpretato, chi interpreta e il destinatario dell'interpretazione*". È difficile comprendere, tuttavia, come si possa ritenere di escludere dalla relazione interpretativa l'autore dell'oggetto interpretato, specie nel caso dell'interpretazione giuridica dove non è tanto rilevante la mera volontà soggettiva dell'autore – specie se intesa in termini psicologistici – ma certamente i suoi scopi, i suoi obiettivi, i suoi valori di riferimento, come meglio vedremo più avanti. D'altra parte, il destinatario dell'interpretazione è, appunto, tale, "destinatario", e come tale non partecipa del suo formarsi. Certo, come soggetto capace di partecipare, influenzandola con i suoi punti di vista, ad una discussione pubblica sull'interpretazione, anche ed in quanto direttamente coinvolto, come destinatario dell'altrui interpretazione ed applicazione del diritto, egli potrà dirsi partecipe di un contesto comunicativo nell'esperienza giuridica. Ma in quanto destinatario egli subisce l'interpretazione, che lo investe con le conseguenze che comporta nella sua propria vita. Fondamentale è poi meditare, a proposito del rapporto fra legislazione e giurisdizione, il contributo di A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., 13 ss.: dal punto di vista di Giuliani non si tratta certo di rimettere in discussione il principio di legalità e il valore della certezza del diritto ma di comprendere che "*l'aumento dei poteri del legislatore rompe l'equilibrio, determinando – al di là e contro le sue intenzioni – l'aumento*

ricordarci che, nel diritto comune, se poteva parlarsi di una funzione creativa della giurisprudenza si poteva farlo in senso molto diverso da quello in cui tale funzione creativa è riconosciuta (o negata) al giudice dopo l'avvento delle codificazioni³⁴. Come si ricorderà, infatti, l'*interpretatio* si apriva e fondava sul terreno dissodato dalle *rationes* e dalle *auctoritates* e al di là del *casus legis*, al di fuori cioè dei casi precisamente ed espressamente decisi dalla legge; inoltre, il *casus legis* aveva prevalentemente carattere casistico e solo a partire dalle moderne codificazioni prevalsero nella legislazione norme di carattere generalizzante. Ora, mentre i giudici del diritto comune, specie i grandi tribunali formati da esperti giuristi, intesero il proprio ruolo, in quanto titolari dei poteri di *interpretatio*, appunto e proprio come riconoscimento di un potere – che ne bilanciava altri – esercitabile in mancanza della precisa disposizione di legge, del *casus legis*; nel nuovo contesto, successivo alle codificazioni, il riferimento alla precisa disposizione di legge, nel senso del *casus legis* – lo nota lo stesso

incontrollabile dei poteri del giudice" (p. 28). Tutta l'argomentazione di Giuliani si basa su un'analisi storica dei poteri del legislatore e dei giudici, in virtù della quale egli sostiene che "il rapporto tra legislazione e giurisdizione è un aspetto particolare della divisione della conoscenza e della divisione dei ruoli nell'uso della conoscenza pratica" (p. 35). La storia di questo rapporto mostra che il ruolo del legislatore non è frutto "di sforzi conoscitivi individuali" ma "un capitolo della storia della intelligenza collettiva" e "le radici del diritto vanno ricercate in un patrimonio che è comune a tutta l'umanità" (p. 44). In fondo, "nel conflitto dei valori, nessuna ragione individuale è in grado di individuare la soluzione giusta ed opportuna: tale valutazione è un'impresa collettiva, che matura lentamente nel tempo e nel dissenso" (p. 45). Vedremo appunto più avanti – specie nel corso dei §§ 8 e, soprattutto, 9 – come la patologia dei rapporti fra legislazione e giurisdizione, con la pretesa della prima, seguendo il canone giuspositivo, di ridurre la seconda a meccanico esecutore della sua volontà, si sia tradotta proprio nell'opposta conseguenza di espandere i poteri del giudice.

³⁴ Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., 471 ss. Sugli eccessi di una "giurisdizione senza legislazione", che portò a Napoli verso un'anarchia istituzionale nel tardo diritto comune – e da cui derivò, come sappiamo, il dispaccio napoletano del 1774 – v. ancora A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 23 ss. Un'inflazione legislativa che "pretendeva di avere tante leggi quanti sono i casi" (p. 24), si tradusse in una crisi istituzionale profonda che sovvertì il ruolo del legislatore a vantaggio del giudice. Si v. anche R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, I, *La vita giudiziaria*, Napoli 1961; P.L. ROVITO, *Repubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento*, Napoli 1961. Su questi temi e su questo periodo della storia napoletana si stende il genio di Vico: "Perciò un tempo le leggi erano concepite con riguardo a ciò che accade per lo più, ora con riferimento ai fatti più specifici. Ed allo stesso modo un tempo c'erano poche leggi, innumerevoli privilegi; oggi ci sono leggi così specifiche che paiono essere innumerevoli privilegi" (*De nostri temporis studiorum ratione* (1708), trad. it., Pisa 2010, p. 111). Sull'inflazione legislativa ed i più recenti tentativi, tutti falliti, di porvi rimedio, v. *infra*, n. 75.

Gorla³⁵ – prese soprattutto a significare che, nonostante il suo difetto, la sua mancanza, il giudice poteva e doveva decidere, benché con i vincoli che gli derivavano dal procedimento analogico e dai principi generali. Quando le leggi erano prevalentemente casistiche – annota ancora Gorla – come nel diritto comune, si aprivano margini interpretativi significativi per il dottore e poi per il giudice, specie (non solo) perché nella prassi si pretendeva che il caso da decidere fosse strettamente, come si diceva, *in terminis*, puntuale rispetto al *casus legis*, che solo allora poteva dirsi vincolante. Successivamente, come abbiamo visto (sempre seguendo Gorla), prima a Napoli poi in Francia il *référé* ebbe proprio (ma in termini velleitari) la funzione di eliminare questo margine interpretativo, pretendendo di ridurre la funzione del giudice alla mera, meccanica, applicazione del *casus legis*³⁶. La legislazione codicistica superava questa pretesa: in un nuovo contesto, intessuto di precetti a carattere generale ed astratto e ormai lontano dalla stretta aderenza fra caso regolato dalla legge e caso *sub iudice*, lo spazio interpretativo del giudice risultava assai ampio ma per ragioni diverse, e il riferimento alla lettera, alla volontà del legislatore, all’analogia ed ai principi generali valse come individuazione di limiti che avrebbero dovuto segnare il perimetro.

Si tratta, allora, preso atto che le disposizioni delle preleggi in tema di interpretazione contengono un linguaggio che “*pur riecheggiando i suoi precedenti storici, è decaduto da quello di un grosso episodio dei rapporti o contrasti fra giudici e legislatori a quello di canoni sul modo di interpretare la legge concernenti tutti gli interessati*”³⁷, di seguirne ancora la storia per cercare di capire se ci sia (un) e quale sia (il) loro ruolo nell’esperienza giuridica contemporanea.

È necessario, in effetti, considerare che la storia delle norme sull’interpretazione è legata alle trasformazioni delle teorie sull’interpretazione giuridica e alle vicende culturali, sociali ed istituzionali che hanno influito sulla configurazione dei ruoli di legislazione, giurisprudenza teorica e pratica, interessi presenti nell’esperienza giuridica, valori che ne sono la base etica, economica, religiosa, ecc. Pertanto, è seguendo quella storia che la tesi dell’interpretazione giuridica come attività collaborativa, come elemento che concorre alla formazione di una più ampia e complessa esperienza, può essere confermata o smentita. Più in particolare, come si vedrà, quella storia è rilevante per coloro che si interrogano intorno ai

³⁵ V. G. GORLA, *op. ult. cit.*, 471 s.

³⁶ Su tutto ciò ancora G. GORLA, *op. ult. cit.*, 472.

³⁷ G. GORLA, *op. loc. ult. cit.*

contorni di questa collaborazione, specie sul compito decisivo dei giudici e su quello, più modesto, della dottrina. Ed è rilevante, inoltre, per chi intenda riflettere sul nesso che lega questi compiti ad una appropriata teorizzazione delle norme sulle norme, che sia cioè capace di fornire non una dottrina autoritativa sul terreno ermeneutico e su quello istituzionale dei rapporti fra poteri, bensì una elaborazione convincente su un piano gnoseologico, e perciò anche critico; e su un piano altresì giustificativo, e perciò legato alla dimensione pratica dei problemi giuridici che sono sempre problemi concreti, connessi a casi determinati, anche quando non nascano nel processo ma siano occasionati da altri contesti, comunque rilevanti dal punto di vista dell'esperienza giuridica. Queste considerazioni appariranno, si confida, più chiare già dal § che segue, specie nel mettere a fuoco un rapporto fra norme sulle norme e norme di riconoscimento (v. *infra*, nota 52), rapporto che, nell'economia di questo studio, è decisivo per comprendere non solo la storia dei precetti in materia di interpretazione ma anche per affrontare la crescente complessità dei problemi dell'ermeneutica giuridica.

7. *Il positivismo codicistico: l'interpretazione come dichiarazione della volontà legislativa*

Si comprenderà come superi ampiamente i limiti di questo lavoro una ricostruzione che investa la diversa calibratura dei titoli preliminari nei principali modelli di codificazione, cioè quella prussiana, quella austriaca e quella francese (che, com'è noto, optò per la soluzione di non elaborare un titolo preliminare ma di inserire all'inizio del *Code*, come premessa, e non come titolo preliminare, sei disposizioni, fra cui quelle già richiamate degli artt. 4 e 5 (*deni de justice e divieto di arrets de règlement*). Se è vero che l'affermarsi del positivismo giuridico tentò di accreditare soluzioni ermeneutiche imperniate sul primato della legge e sulla subordinazione del giudice, è altresì vero che nei diversi contesti storici – tedesco, austriaco, francese, italiano – queste soluzioni ermeneutiche furono poi tradotte attribuendo significati diversi ai principi contenuti nelle disposizioni preliminari. Giuliani, per esempio, segnala che l'irretroattività della legge era considerata con insofferenza dal legislatore francese, a differenza di quelli prussiano ed austriaco³⁸. Vorrei limitarmi a notare, tuttavia, che l'i-

³⁸ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 389 ss.

dea che l'interpretazione giuridica, provenisse dal giudice o da chiunque altro, non avesse altro ruolo se non quello di rintracciare ciò che già si trovava nelle leggi, poiché queste, ed in specie i codici, offrivano un materiale normativo pressoché completo all'interprete; questa idea, se non era stata nelle menti dei redattori dei codici, tuttavia diventò gradualmente dominante fra la seconda metà del secolo XIX ed i primi del XX, appunto per effetto dell'affermarsi del positivismo codicistico.

È stata proprio la ricerca di Alessandro Giuliani ad illustrare come il positivismo giuridico abbia ereditato la dottrina delle *leges legum*, che erano state elaborate già dalla seconda scolastica all'inizio del XVII secolo (il trattato *De Legibus* di Francisco Suarez è del 1612) e poi accolte dal diritto naturale moderno, condividendo l'idea che la scienza giuridica poteva disporre, come altre scienze, di rigorosi assiomi, e fra questi di alcuni rigidi principi in materia di interpretazione ed applicazione della legge³⁹. Da un lato, pertanto, il positivismo giuridico potrà – dopo che

³⁹ Questi principi investivano le questioni dell'obbligatorietà della legge, della sua vigenza nello spazio e nel tempo, della sua interpretazione, e furono elaborati nel trattato di Suarez con “*rigorosa formulazione sulla base di una nuova metafisica del diritto*”. Essi avevano “*un carattere imperativo, precettivo, normativo in quanto garantiscono la riduzione della fenomenologia del diritto alla legge, eliminando ogni arbitrio del giudice*” (A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 383, n. 8). In questo ordine di idee, la riduzione del diritto alla legge coincideva, annota ancora Giuliani, con un'esigenza di certezza, che “*è in funzione di un problema morale: la responsabilità individuale presuppone una norma certa, che precede la condotta umana*”. Ne derivava, come logica conseguenza, che non avrebbe dovuto ammettersi il dubbio sulla regola da applicare al caso: “*il principale effetto della legge è l'obligatio, la quale 'non oritur nisi ex virtute legis'*” (v. ancora A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 384). Il giusnaturalismo moderno (Pufendorf, Wolff e la scuola sistematica), fra XVII e XVIII secolo, accolse questi principi, elaborò un sistema chiuso di fonti del diritto – in contrasto con l'assetto delle fonti proprio, come abbiamo visto, del diritto comune – mise a punto, a sua volta, una rigida dottrina dei principi relativi all'applicazione della legge, una dottrina dove i rigorosi assiomi logici erano consapevoli dei propri “*riflessi costituzionali, in quanto il mutamento del diritto può avvenire solo in relazione alla volontà consapevole del legislatore (ejus est abrogare cujus est condere)*” (p. 385, n. 11). Le parti generali dei trattati giuridici, elaborati dalla pandettistica, e i titoli preliminari dei codici costituirono i “*canali di diffusione*” di questi principi (*ibidem*). È noto che la discussione intorno al ruolo dominante del legislatore negli ordinamenti giuridici caratterizzati dalle nuove legislazioni codicistiche trovò un punto di emersione particolarmente rilevante nella notissima controversia tra Thibaut e Savigny, richiamata anche nel saggio sulle disposizioni preliminari di Giuliani. Vorrei limitarmi qui a ricordare che la polemica di Savigny, dirigendosi contro la sopravvalutazione di quel ruolo, contestava il “*valore assoluto, che si attribuisce nei tempi moderni ai nuovi codici completi, e le splendide speranze, che si annettono alla compilazione di questi*” (v. F.C. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja, Torino 1886, I, 182); e che i rischi maggiori che sarebbero derivati da quella sopravvalutazione concernevano il principio (e direi anche il valore)

l'aveva fatto la dottrina giusnaturalista e razionalista – sfruttare una elaborazione di principi in materia di interpretazione orientati ad esaltare il ruolo nomopoietico del legislatore e ad intendere quello dell'interprete, e del giudice in particolare – cui spetta l'applicazione della legge al caso – come espressione di un'attività applicativa in senso puramente meccanico, attività concepita come ritrovamento ed enunciazione (per il caso concreto) di una volontà già espressa (in generale) dalla legge. Dall'altro, la dottrina giuspositiva, specie (ma non solo) nella versione francese accreditata dalla *école de l'exégèse*, poteva persino sostenere che l'interpretazione giuridica non fosse necessariamente vincolata da ogni sorta di principi elaborati dalla scienza in materia di interpretazione, una volta ammesso che quest'ultima dovesse intendersi come diretta a “*scoprire la sententia legis, essendo sententia uguale a senso; ma senso della legge era quello con cui il legislatore l'aveva voluta, o, come si diceva il suo comando... sforzo dell'interprete era rendere più chiaro possibile questo comando espresso nella lettera del testo*”⁴⁰.

Prescindere da principi in materia di interpretazione, beninteso, non significava tuttavia prescindere dall'interpretazione *tout court*: se il legislatore non procedeva più per via casistica, ne derivava che il suo dettato normativo non avrebbe potuto mai essere oggetto di pura, meccanica applicazione. Esso si sarebbe piuttosto manifestato in principi normativi, espressi in forma astratta, che spettava al giudice applicare ai casi concreti. Il legislatore, chiariva per esempio Giuseppe Saredo, che si trovi “*nella impossibilità di portare una decisione particolare su tutte le controversie...*”

della certezza del diritto. Un principio, ed un valore, che rischiavano, contro le intenzioni dei difensori del positivismo giuridico, di essere travolti da un rapporto esclusivo, nudo, fra legislatore e giudice, non più vivificato dalla relazione e, nell'ottica savignyana, dalla subordinazione, alla scienza, un rapporto che avrebbe determinato “*l'aumento dei poteri del giudice, il suo arbitrio: Savigny insomma profetizza un fenomeno che ai nostri giorni è divenuto macroscopico*” (A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 388, ma v. anche *infra*, 489 s., n. 6; nonché le considerazioni richiamate *supra*, nn. 33 e 34).

⁴⁰ V. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano 1939, 11. Questa insistenza sul rilievo decisivo della lettera del testo normativo a fini interpretativi era stata contestata già nel XVII secolo dal cardinale De Luca: “*Viziosi sono i puri scolastici, e i puri testuali, i quali da alcuni si chiamano i pedanti legali, perché fanno tutta la forza nella significazione grammaticale delle parole, o nell'induzione, e argomenti da senso contrario; senza badare ad altro, col puro rigore leguleico. Perché essendo la legge capace di diversi intelletti, bisogna camminare con quello, il quale, come più probabile, hanno abbracciato i Tribunali, e i Dottori*” (Il dottor volgare, Proemio, cap. VIII, cit. in A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 393, n. 27).

formola dei principi che il giudice deve in seguito applicare"⁴¹. Se però i precetti normativi sono formulati in modo chiaro, così si ragionava (e ancora si ragiona⁴²) allora non dovrebbe darsi alcun àdito ad una ricerca dello spirito di essi.

L'interpretazione della legge avrebbe pertanto dovuto determinarsi nello spazio delineato da queste coordinate: per un verso la lettera del precetto, formulata in modo astratto, ha sempre necessità di un'attività interpretativa che ne dichiari il significato applicativo per il caso concreto; per l'altro, essa non deve essere forzata nel suo significato, specie quando esso appaia chiaramente alla comprensione dell'interprete, sicché ogni attività di questi orientata a coglierne lo spirito, quando la lettera è chiara, cade sotto una presunzione di attività interpretativa infedele, che mostrando di interpretare la legge, in realtà, le usa violenza, facendo "*dire al legislatore il contrario di ciò che ha realmente ed espressamente detto*"⁴³. Non è difficile comprendere che se il giudice – a cui compete l'applicazione della legge ai casi concreti – è da un lato tenuto a decidere ogni caso che venga sottoposto al suo giudizio, poiché gli è vietato di denegare giustizia; e dall'altro deve decidere i casi che gli sono sottoposti applicando una norma di legge, se ne è potuto trarre che l'ordinamento giuridico è completo, costitutivamente privo di lacune. Infatti, poiché il giudice deve (e quindi può) risolvere ogni caso sottopostogli, e poiché deve (e quindi può) farlo applicando la legge, "*è necessario che sia vero questo presupposto: che l'ordinamento giuridico offra per ogni caso una norma da applicare*"⁴⁴. Il dogma della completezza iniziava così a farsi strada.

⁴¹ Cfr. G. SAREDO, *Trattato delle leggi dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione*, Firenze 1886, 372.

⁴² Si v., per es., R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., 240 ss. e, con il rinnovato impegno di ricerca che proviene dalle prospettive della filosofia analitica, le considerazioni di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 129 ss., con amplissime citazioni di A. PINO, *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Padova 1996, 243 ss., ove si insiste sulla esigenza di procedere alla lettura del testo con modalità oggettive ed alla decodificazione dei suoi enunciati tenendo conto delle sue strutture linguistiche, e ciò nel presupposto che la lingua del legislatore possa essere decifrata in termini oggettivi, nonostante si ammetta che sia talvolta percorsa da imprecisione e vaghezza.

⁴³ V. G. SAREDO, *op. cit.*, 396, ma la tesi era largamente condivisa ed attestata, come ricorda Giannini, dalla diffusione di molti brocardi: *in claris non fit interpretatio; cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*, ecc.: v. M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

⁴⁴ Così D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910, 2. Può essere interessante segnalare, nella discussione di dottrina in Italia di quei primi anni del secolo, la diversa prospettiva di G. BRUNETTI, *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, Modena 1923, che dirotta l'attenzione dal tema della completezza e

In fondo, l'idea della completezza dell'ordinamento giuridico non era perciò che l'altra faccia di quella che assegnava al giudice il solo compito di trovare ciò che è già depositato nelle leggi. Le stesse funzioni integrative riconosciute al giudice in assenza di una disposizione da applicare, cioè le funzioni attivabili con l'analogia e con il ricorso ai principi generali, dovevano considerarsi espressione non certo di una eterointegrazione ma frutto di una autointegrazione dell'ordinamento giuridico, inteso rigidamente come (solo) ordinamento legislativo. Nel caso dell'analogia, questo esito era raggiunto per il tramite della individuazione di una *identitas rationis* con quanto il legislatore aveva stabilito per altra fattispecie⁴⁵; nel caso dei principi generali, le disposizioni preliminari del 1942 avevano posto, come sappiamo, l'accento sull'esigenza che tali principi fossero ricavabili dall'ordinamento giuridico dello stato, cioè, ancora una volta, da leggi o da altre fonti – dopo l'avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano – ad esse sopraordinate⁴⁶.

Questi temi, della semplice dichiaratività dell'interpretazione giuridica, insieme con quello, connesso, della completezza dell'ordinamento, sono stati arati così tante volte che, davvero, non avrebbe senso rimuovere ancora il loro terreno: basti ricordare che, opportunamente, ad essi sono stati collegati i fenomeni dell'unificazione giuridica nazionale, e dunque delle codificazioni, e dell'affermarsi di concezioni logico-formali

delle lacune per portarla verso quello del dubbio, tema questo, come sappiamo, che aveva avuto tutta una sua storia nel diritto comune. Brunetti aveva dedicato più di uno studio al tema delle lacune, per es. ID., *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, estr. da ID., *Scritti giuridici vari*, III, Firenze, 1917; ID., *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico*, in *Il dir. comm.*, 1918, 43 ss. V. anche *infra*, n. 119. Si sarà notato il carattere astrattizzante del ragionamento che si indirizza verso la completezza, che è intesa come concetto che deriva, in termini di pura logica, dal presupposto che il giudice non fa che applicare la legge e che perciò tutto l'ambiente che ospita le attività applicative del diritto sia saturo di una costitutiva certezza. All'opposto, si sosterrà qui (v. *infra*, § 15) che sia l'incertezza la dimensione costitutiva dell'azione a cui è chiamata l'interpretazione giuridica, e che la certezza debba essere considerata come valore, come aspirazione, che corrisponde ad interessi decisivi per la società.

⁴⁵ V. *supra*, n. 7.

⁴⁶ V. R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., 207 ss. Insiste, di recente, sulla necessità che i principi del diritto (principi generali e costituzionali) trovino il proprio ancoraggio nelle disposizioni contenute in un testo normativo, nella lettera di esso, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., 400, con rinvio alle riflessioni di G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 239: "in ogni caso il principio deve potersi desumere dalle espressioni linguistiche contenute nel testo costituzionale"; e già di A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile* (1927), ora in ID., *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano 1975, 158 ss.

del diritto⁴⁷, in un quadro che pretendeva di riservare alla sola legislazione “*qualsivoglia funzione nello sviluppo del diritto*”⁴⁸.

⁴⁷ La letteratura è immensa: vorrei limitarmi a citare, fra i critici di queste concezioni, F. GENY, *Methodes d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris 1954, 2^a ed., I, 22 ss. e 73 ss., che richiamava la critica di Portalis al dogma della completezza, nel suo discorso preliminare sul *Code* del 1804, riaffermando il compito della interpretazione; e che da un lato sottolineava il ruolo della lettera come strumento della manifestazione del pensiero, di sollecitazione della comprensione dell'interprete – “*pour éveiller une pensée adéquate chez ceux à qui il s'adresse*” (pp. 276 s.) – e dall'altro insisteva sulla necessità che l'interpretazione giuridica sapesse adattare alle circostanze della vita sociale la disciplina normativa, determinandone la portata attuale: queste tesi, è noto, saranno pienamente sviluppate, in Italia, da Emilio Betti, per il quale, a differenza dell'interpretazione storica, quella giuridica non ha funzione puramente ricognitiva. Se, nel rivolgersi ad una forma rappresentativa, l'interpretazione deve in ogni caso sollecitare nell'interprete una collaborazione, un'attiva partecipazione, “*un incitamento alla nostra intelligenza, come un'esigenza di ritradurre, ricreare dal di dentro e riesprimere in noi, con le nostre categorie mentali, l'idea*” che la forma rappresentativa intendeva suscitare (v. già *supra*, n. 33, a proposito della c.d. inversione del processo creativo in quello ermeneutico); l'interpretazione giuridica, in particolare, a differenza di quella storica, non esaurisce il suo compito nell'acquisire una conoscenza (di un materiale normativo depositato nella lettera e che l'interpretazione dovrebbe limitarsi ad estrarre, già pronto, dal testo), poiché essa, invece, oltre che rievocare il “*senso originario della norma*” deve poi sintonizzare quel senso con “*la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto a questa la valutazione normativa dev'essere riferita*” (v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 10 e 27). Queste conclusioni sull'interpretazione giuridica sono motivate da Betti con riferimento al canone ermeneutico della adeguazione dell'intendere, o della corrispondenza o consonanza ermeneutica: l'interprete è per un verso richiamato a prescindere dai propri pregiudizi (qui si annidano le ragioni della polemica di Betti con Heidegger e Gadamer a proposito della precomprensione, e forse anche di alcuni fraintendimenti del suo pensiero – talvolta un po' troppo rapidamente ritenuto ostaggio di prospettive filosofiche sorpassate – temi sui quali non posso qui soffermarmi), in una prospettiva etica che implica umiltà ma anche indisponibilità al conformismo intellettuale; per l'altro, egli deve rendersi conto che il processo interpretativo presuppone atteggiamenti diversi “*secondo la qualità dell'oggetto da interpretare e in conformità degli scopi e problemi che l'interpretazione si prefigge*” (così E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., I, 321). L'interpretazione giuridica si prefigge, appunto, uno scopo pratico, ha una funzione normativa, e di qui l'esigenza, per essa, di una “*conversione interpretativa (Umdeutung) con trasposizione nell'attualità*” (E. BETTI, *op. ult. cit.*, II, 791, ma si v. altresì, diffusamente, ID., *Interpretazione della legge*, cit., 25 ss.). Aderiva pienamente, fra i costituzionalisti, alla riflessione bettiana sull'interpretazione F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 149 ss.

⁴⁸ Così T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., 176, per il quale se è vero che negli ordinamenti di diritto scritto prevale un metodo logico meramente deduttivo (quello della sussunzione) mentre in quelli di *common law* prevale una diffidenza per ogni “*costruzione aprioristica generale e definitiva*” e perciò si è affermato un “*orientamento sperimentale*”, tuttavia “*nell'uno e nell'altro sistema la soluzione giuridica si presenta come dichiarativa*”: o dichiarativa della legge, nei sistemi di *civil law*, o dichiara-

Questa annotazione di Ascarelli è importante: già negli ultimi decenni del secolo XIX, e poi nei primi del novecento, Francia e Germania, è ben noto, assistevano al fiorire di dottrine che mettevano in discussione i rigidi postulati del positivismo giuridico: *l'école scientifique*⁴⁹, il c.d. diritto libero⁵⁰, la giurisprudenza degli interessi⁵¹, in fondo, hanno persino reso un servizio al positivismo giuridico, che ha potuto, con il tempo, via via attenuare la rigidità dei propri postulati, rivederne alcuni, aggiornare le proprie posizioni. Ora, in quei medesimi anni non mancarono in Italia figure di giuristi di eccellente livello, anche autentici Maestri, e in vari settori della scienza del diritto. Però, non so bene se per merito di costoro, che seppero mantenere diritta la barra senza cedere alle tentazioni di dottrine allora alla ribalta; o forse, all'opposto, per una certa prevalente asfissia della cultura giuridica italiana, spesso a rimorchio di quelle francese e tedesca ma incapace, nel suo *mainstream*, di una elaborazione autonoma; o ancora, forse per entrambe le ragioni – poiché elementi contraddittori non necessariamente si escludono e spesso anzi concorrono al farsi della realtà delle cose nella sua determinazione storica – i decenni a cavallo fra la fine del secolo XIX e l'inizio del successivo furono quelli in cui si affermò ed anzi dilagò la cultura giuridica positivista e statualista, con le conseguenze che già sappiamo: una concezione rigorosamente di-

rivata di un “*sistema rivelatosi nella serie dei precedenti giurisprudenziali; ricollegandosi [sc.: la soluzione giuridica, frutto dell'interpretazione] sempre ad una norma generale*”. Norma che, in un caso, è formulata “*in modo diretto*”, nell'altro “*in relazione a un caso, ma, nell'uno come nell'altro, generale*” (pp. 177 s.)

⁴⁹ Vorrei segnalare che il movimento di contestazione o superamento del positivismo giuridico, in Francia, non si legò ai soli nomi di Geny, Saleilles e Lambert, e per il diritto pubblico, Duguit, ma che esso fu assai più ampio, pur avendo, mi pare, come contrassegno comune un grande interesse ed una speciale sensibilità per la fenomenologia della realtà sociale e per l'analisi delle conseguenze che essa determina nella sua intersezione con l'esperienza giuridica. È ancora certamente utile, a questo riguardo, leggere il documentato saggio di F. BATTAGLIA, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, estratto dalla *Riv. int. fil. dir.*, 1929, IX, II, spec. 18 ss. Interessanti, sul punto, le riflessioni di G. MARINI, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 117 ss., a proposito del tentativo di messa a punto di una scientificità che mettesse al riparo, in qualche misura, dal soggettivismo delle decisioni giudiziali; più ampiamente, sulla critica promossa dalle correnti di pensiero giuridico che si affermarono fra fine ottocento e primi decenni del novecento, 108 ss.

⁵⁰ Dietro l'espressione *diritto libero*, come si sa, si celano una grande varietà di punti di vista, che richiederebbero di essere attentamente vagliati. In Italia esiste la fondamentale ricerca di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 201 ss.

⁵¹ Il contributo di Philipp Heck agli studi sull'interpretazione è stato decisivo: si v., soprattutto, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tubingen 1914, e Id., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubingen 1932.

chiarativa dell'interpretazione, ripercussione di una altrettanto rigorosa concezione della separazione dei poteri; un metodo giuridico meramente deduttivo, la diffusione del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale quest'ultimo ha una norma per regolare ogni caso ed è esente da lacune. Perciò la volontà del legislatore fu considerata il fondamentale criterio di orientamento per l'interpretazione, la sua norma di riconoscimento⁵².

Tutto questo non è stato privo di conseguenze, come è agevole comprendere, sul modo di intendere le disposizioni preliminari sull'interpretazione. Il riferimento alla volontà del legislatore, contenuto prima nell'art. 3 delle preleggi del 1865, poi nell'art. 12 di quelle del 1942, ha potuto assumere il ruolo decisivo di fondamentale norma di riconoscimento – nel senso illustrato *supra*, nella nota 52 – nell'ordinamento italiano perché esso è stato inteso, dalla prevalente dottrina, come impegno alla definizione di regole di applicazione automatica. Un impegno, questo, che si tradusse in una “*consapevole e ben precisa scelta di politica del diritto*” che “*potremmo definire ‘alleanza della scienza con la legislazione’*”⁵³.

⁵² Sul ricorso all'espressione *norma di riconoscimento*, intesa soprattutto per il suo valore espressivo di un rapporto fondamentale “*tra conoscenza e diritto*”, v. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 381 s., n. 5. Per intendersi, non è la stessa cosa che la fondamentale *norma di riconoscimento*, in un determinato ordine giuridico, sia la *volontà del legislatore* (benché intesa in sensi non coincidenti: per es., puramente soggettiva o – anche – oggettiva, e allora coincidente con la *ratio legis*; orientata a cogliere la teleologia dei precetti, ecc.); ovvero, l'*equità* (benché intesa, anche qui, in sensi non coincidenti: per es., puramente intuitiva ed affidata al genio del – singolo – giudice; collegata, in una prospettiva aristocratica, al ruolo di una classe di sapienti; espressione di criteri di ragionevolezza, rispettosi della discrezionalità del legislatore democratico e rigorosamente vincolata all'esigenza della giustificazione delle soluzioni interpretative che ne siano espressione). In questo ordine di idee, qui accolto, e promosso dalla ricerca di Alessandro Giuliani, la norma di riconoscimento è dunque il criterio fondamentale di orientamento prescelto per guidare l'attività interpretativa e legittimare perciò soluzioni dei problemi giuridici, e l'espressione è intesa in senso “*non coincidente con quello introdotto – nella revisione del positivismo giuridico – dalla teoria del diritto nel XX secolo (Zitelmann, Betti, Hart, Bobbio)*” (*ibidem*).

⁵³ V. A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 418 e n. 3, dove si ricorda che queste scelte di politica del diritto dovrebbero essere lette in parallelo con quelle che investirono la disciplina dell'ordinamento giudiziario, portando, con la c.d. legge Orlando (l. n. 438 del 1908) “*alle estreme conseguenze*” il già avviato processo di burocratizzazione e subordinazione del giudice. Preziosa e meritevole, mi pare, di essere ripresa per una migliore consapevolezza dei problemi coinvolti, anche la notazione per cui risale all'età giolittiana “*il passaggio dalla fase di osmosi a quella di separazione tra magistratura e politica*”, con rinvio a P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee*

8. *Linee di tensione: giudici e dottrina fra positivismo giuridico e correnti antiformaliste*

Queste citazioni, riportate dalla ricerca di Alessandro Giuliani sulle preleggi, concludendo il § che precede, meritano alcune precisazioni e considerazioni ulteriori. L'alleanza fra legislazione e scienza del diritto, di cui ha scritto Giuliani, come ogni alleanza, si costruì per difendersi da un avversario e per scongiurare una prospettiva: quest'ultima, per usare una formula tanto fortunata quanto (giustamente) temuta, era quella delle "tentazioni di una 'giurisdizione senza legislazione'"⁵⁴, il primo – l'avversario – era il giudice, impegnato, negli anni successivi all'unificazione e ancora fino al termine del secolo XIX, in un conflitto politico-costituzionale con il legislatore codicistico. I giudici, eredi della tradizione del diritto comune e ancora, per quelle generazioni, formati al lume dei principi che da essa si traevano e sui quali abbiamo detto, rivendicarono "veri poteri legislativi perfino sul punto della determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi). Il principio della statualità del diritto risultò piuttosto una formula di comodo, senza essere profondamente sentita dalla giurisprudenza"⁵⁵, e "il principio della lex clara [fu] relativizzato", poiché da un lato le regole poste dalle preleggi furono considerate spesso dai giudici come non vincolanti ma meramente direttive, e dall'altro la lettera (chiara) della legge dovette cedere il passo a considerazioni imperniate su criteri di ragione e di giustizia⁵⁶.

Si può dire, insomma, che l'elaborazione dottrinale italiana di quegli

di un'analisi socio-politica della magistratura dall'unità al fascismo, Roma, 1979. Si tratta insomma di ribadire che i temi concernenti l'interpretazione ed applicazione della legge dovrebbero essere messi a fuoco considerando anche quelli attinenti ai rapporti fra politica e magistratura, per i loro aspetti storico-sociali e concernenti le interazioni fra giudici e uomini politici.

⁵⁴ Cfr. A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.* Sui rischi della sostituzione "a un processo nomopietico democratico un processo aristocratico", diffusamente, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., 393 e *passim*. In senso opposto, orientato a valorizzare i conati di rafforzamento del ruolo dei giudici – e degli interpreti, in generale – di fronte a quello dei politici e dei legislatori, F. ROSELLI, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 477 ss.

⁵⁵ V. A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 417.

⁵⁶ Ancora A. GIULIANI, *ibidem* ma n. 2, con ampi riferimenti alla giurisprudenza di legittimità e di merito nei decenni sessanta – ottanta dell'ottocento. Sulla chiave puramente sillogistica del giudizio e sulla sua natura meccanica, nonché sulla contestazione di queste concezioni da parte di un atteggiamento anticodicistico v. F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli 1983, 27 ss., 49 ss., 68 ss., 91 ss., ecc.

anni, e poi ancora dei primi decenni del secolo XX, trovò nel detto conflitto politico-costituzionale le ragioni per schierarsi, prendendo un partito che fruttò, del resto, la conquista di un ruolo che non era certamente riuscita a conseguire nel passato. Soprattutto, ciò contribuì, con il tempo e per il tramite dell'insegnamento universitario, alla formazione di nuove leve della magistratura, non più legate ormai alla tradizione dell'*interpretatio* e invece fedeli, almeno sul piano concettuale, al dogma della volontà legislativa e della funzione dichiarativa dell'interprete. Il principio della *lex clara*, della prevalenza della lettera del precetto, diventò talmente assorbito da rendere recessivo, almeno nelle dichiarazioni enunciate nelle sentenze, il ricorso alla valutazione del momento logico, della tenuta logica dell'interpretazione, momento circondato dal sospetto che potesse favorire un potere creativo della giurisprudenza. Questa situazione si protrasse ancora fino agli anni sessanta del novecento.

Tuttavia, la migliore dottrina e la giurisprudenza più consapevole, contro il *maistream*, erano ormai lontane da una versione rozza del dogma volontaristico: la volontà del legislatore era soggetta ad un processo che la depurava da incrostazioni puramente volontariste e psicologistiche, ancora legate a pregiudizi antropomorfici. Già elaborata in Germania, a partire dagli studi di Josef Kohler⁵⁷, si affermò una dottrina che insisteva nel ritenere oggetto dell'interpretazione un testo, non una volontà; e nel ritenere che l'oggettività del testo avrebbe dovuto essere ricostruita, oltre che con l'ausilio della grammatica, con quello della logica. L'apertura verso un'interpretazione logica, come si comprenderà, fu cruciale benché composta di una notevole varietà di versioni e compensata dalla elaborazione di dottrine che aggiornarono le concezioni volontaristiche e soggettive, conducendole verso la considerazione, nel corso dell'attività interpretativa, di materiali che ricomprendevano accanto ai lavori preparatori – ai quali era riservato un limitato valore di indizio, cioè meramente euristico – anche tutta una varietà di fattori storici, sociali, giuridici, fisici.

Le dottrine “soggettive” dell'interpretazione si spinsero inoltre non solo verso la ricostruzione storica della volontà del legislatore in una visione allargata al sistema, ma anche verso l'apprezzamento degli scopi della legge, dunque ammettendo un'interpretazione in chiave teleologica. Questi affinamenti delle dottrine in tema di interpretazione giuridica re-

⁵⁷ V. J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1906, 122 ss., anche con esagerazione che tendeva ad escludere ogni considerazione degli interessi originariamente valutati dal legislatore, esagerazione puntualmente criticata da P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., 278 ss.

sero meno distanti le concezioni soggettive, che muovevano dalla volontà, da quelle oggettive, che muovevano dal senso del testo⁵⁸. Soprattutto, come è facile comprendere, essi resero la formulazione delle disposizioni preliminari in tema di interpretazione in larga misura insufficiente ad esprimere la complessità delle valutazioni che competono all'interprete, una insufficienza che appariva più nettamente di fronte alla articolazione delle teorie antiformaliste che, come già ricordato, fiorirono in Francia e Germania all'inizio del novecento e già sul finire del secolo XIX. Nate come erano, come sappiamo grazie agli studi di Gorla ripercorsi dietro, per risolvere un problema concernente i rapporti fra potere legislativo e potere giudiziario in un ambiente ancora saturo dell'assetto normativo derivante dal diritto comune e dai compiti dell'*interpretatio* affidati ai grandi tribunali, le preleggi in tema di interpretazione apparvero povere di contenuti nel nuovo assetto codicistico italiano, ad onta delle semplificazioni promosse dall'ideologia prevalente del positivismo giuridico, specie per effetto di un dibattito dottrinale che si fece via via più intenso a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX⁵⁹.

Nella dottrina italiana disponiamo forse di uno dei punti più alti di emersione di questo dibattito nei capitoli XI-XIII della *Interpretazione della legge* di Emilio Betti. Betti mosse da una critica rigorosa del dogma

⁵⁸ Si v., a tal proposito, l'efficace sintesi di M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., 22 ss.

⁵⁹ La insoddisfazione per le disposizioni in materia di interpretazione investiva ormai il nuovo significato che esse avevano assunto nell'ambiente codicistico, cioè quello di regole che dovevano presiedere al ragionamento interpretativo rivolto nei confronti della legge, tenendo conto del quadro complessivo dei rapporti fra poteri, della "struttura del corpo politico, al quale la legge appartiene, e specialmente dai rapporti intercedenti tra i cittadini e l'autorità legislativa, tra questa e le autorità giudiziarie o amministrative", rapporti caratteristici del diritto pubblico ma regolati non tanto dal diritto scritto ma da quello consuetudinario (così il brevissimo ma celebre (e denso) scritto di V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* (1898), in ID., *Raccolta di scritti*, Roma 1932, III, 1, 47, secondo cui le formulazioni normative espresse in tema di interpretazione non avrebbero "quasi" alcun valore, come tale, anche per la ragione che le esigenze dell'attività interpretativa variano a seconda della varia natura delle leggi, civili, penali, ecc. Ritornava su questa esigenza, che l'interpretazione "non può essere, unica ed universale, eguale per tutte le leggi, immutabile nel tempo", pur avendo essa comuni principi generali, e tuttavia essendo bisognosa anche di principi speciali "che sono imposti dalla natura diversa delle norme di diritto, in rapporto alla fonte da cui derivano, al sistema politico a cui sono collegate, alle diverse categorie di rapporti da esse regolate", F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*², Napoli 1909, 44, tanto da ritenere inopportuna la fissazione in precetti legali delle norme sull'interpretazione e da considerare tali precetti, ove formulati, privi di valore giuridico ma da intendersi solo come direttive logiche: solo dottrina e giurisprudenza avrebbero potuto attendere al compito di elaborare una dottrina completa in materia (p. 46).

volontaristico, ancora in larga misura influente sulla mentalità dei giuristi ma presentato invece da Betti come “*vietto e tenace pregiudizio*”⁶⁰, per sostenere che il riferimento alla volontà del legislatore – espressamente enunciato, vorrei ricordare, nelle disposizioni preliminari – avrebbe dovuto suggerire al giurista la necessità di tener conto dell’insieme “*di quegli interessi della comunità, che nella legge hanno trovato protezione e quindi vanno dall’interprete tenuti presenti*”⁶¹. Se “il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse” – che il dettato dell’art. 12 preleggi impone come guida all’attività interpretativa – rinvia all’esercizio di un’interpretazione in chiave filologica, che è perciò lungi dal trascurare il testo, la lettera; a sua volta, “l’intenzione del legislatore” dovrebbe richiamare non tanto l’esigenza di decifrarne la volontà – ché allora sarebbe decisivo il ricorso ai lavori preparatori – ma di comprendere lo scopo, il problema pratico di politica legislativa che si intendeva risolvere con il precetto normativo, la sua *ratio legis*. Decisivo, peraltro, nell’apprezzamento della *vis* precettiva delle disposizioni, è “*l’orientamento della loro disciplina, il criterio di valutazione normativa immanente al loro precetto*”, che si spingono oltre la stessa *ratio legis*, verso la *ratio iuris*, poiché “*la formola della singola norma dev’essere oltrepassata non già per risalire alla genesi psicologica da una occasio legis più o meno accidentale, ma per essere apprezzata nella sua coerenza con l’intero sistema del diritto positivo*”⁶². Questa estensione dell’attività interpretativa verso la *ratio iuris* era, nella concezione di Betti, espressione conseguente e profonda ed applicazione del canone della totalità e coerenza dell’apprezzamento ermeneutico, che implica “*la reciproca illuminazione di significato fra il tutto e gli elementi costitutivi*”⁶³.

⁶⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 261.

⁶¹ V. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 264.

⁶² E. BETTI, *op. ult. cit.*, 266.

⁶³ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, I, cit., 308. Questa “*reciproca illuminazione*” costituisce manifestazione originaria, già messa a punto da Schleiermacher, del circolo di reciprocità ermeneutica che “*corre fra l’unità del tutto e i singoli elementi di un’opera*” (p. 309) e sollecita la messa a punto di un criterio interpretativo che richiede di “*ricavare dai singoli elementi il senso del tutto, e d’intendere l’elemento singolo in funzione del tutto di cui è parte integrante*” (*ibidem*). Il criterio, nell’esperienza giuridica, rinvia al sistema ed alla nozione di ordine giuridico, la quale ultima già implica che le norme che ne fanno parte siano espressione di un tutto coerente, seguendo la suggestione diltheyana della *operante concatenazione produttiva*: v. anche ID., *Interpretazione della legge*, cit., 15 ss. Vorrei notare, in questo aspetto della riflessione bettiana sull’ordine, la sottolineatura di un elemento logico-argomentativo imperniato sulla *coerenza* del ragionamento giuridico, elemento che più di recente è stato opportunamente considerato come criterio della

L'indagine interpretativa, nel rivolgersi alla *ratio iuris*, non è destinata però a cogliere solo l'aspetto logico del precetto per comprendere come debba disporsi la "correlazione che la norma stabilisce fra certe fattispecie e un certo trattamento giuridico"; poiché invece essa è orientata anche a cogliere l'aspetto o momento teleologico della disposizione, per comprendere perché "la disposta correlazione debba funzionare"⁶⁴. Si tratta pertanto, nell'ordine di idee di Betti, di intendere la *ratio iuris* come sintesi della valutazione del momento logico e di quello teleologico, poiché l'interpretazione giuridica, come interpretazione in funzione normativa – e, prima ancora, la stessa elaborazione normativa – "è strumento ad un fine di convivenza sociale", e perciò non dovrebbe essere ridotta alla sola chiave filologica e storica ma condotta verso la considerazione comparativa degli interessi in giuoco⁶⁵.

Ora, l'apertura verso la valutazione comparativa degli interessi, nei processi di interpretazione della legge, e la esigenza ribadita che tale valutazione non possa ridursi alla sola considerazione dei precetti direttamente coinvolti nella *quaestio* ma debba invece estendersi, in base al criterio del *nisi tota lege perspecta*, a tutto il sistema delle norme che costituiscono l'ordine giuridico, conduce Betti alla consapevolezza che la valutazione giuridica presuppone il riferimento a valori che costituiscono la costellazione assiologica che fa da sfondo agli interessi che sono implicati nelle relazioni umane. In sintesi, dalla considerazione del momento logico la valutazione giuridica si apre a quella del momento teleologico e quindi all'apprezzamento degli interessi e valori coinvolti dapprima nell'attività normativa, poi in quella di interpretazione della legge⁶⁶.

ragionevolezza: v. A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, Roma 2005, 1; ID., *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, t. III, Roma, 2007, 312 ss.

⁶⁴ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 267. È qui piena la consonanza con la prospettiva di P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., 57, per il quale è determinante, nella valutazione giuridica, l'indagine sulla configurazione e sulla comparazione degli interessi.

⁶⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 269, cui segue la polemica di B. con la prospettiva scettica di R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino 2003, contrassegnata, secondo B., da un "esasperato soggettivismo" che rimette al solo talento dell'interprete la scelta sui nessi fra mezzi e scopi perseguiti dalle disposizioni e che perciò rifiuta ogni rinvio alla *ratio iuris*, con un approccio rigidamente materialistico e atomizzante alla normatività del diritto: v. 267 ss. Si v. anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva* (1959), in ID., *Diritto metodo ermeneutica Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano 1991, 523 ss., spec. 526 ss.

⁶⁶ Si noti che anche le versioni più consapevoli del positivismo giuridico avvertono di non poter prescindere dal momento teleologico dell'interpretazione: v. M. LUCIANI,

Sia la lettera del precetto che l'intenzione del legislatore non possono, infine, essere oggetto di una considerazione statica, come se le leggi non fossero destinate a durare nel tempo e perciò a misurarsi con il mutamento sociale e dell'ordine giuridico⁶⁷. Certo che l'interprete dovrebbe muovere dalle valutazioni originarie che costituiscono, come si è visto, la *ratio iuris* delle norme. Ma, partendo da questa *ratio* – e perciò restan-

voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 438, benché in un quadro ricostruttivo che cerca di valorizzare soprattutto l'interpretazione letterale. Si può senz'altro condividere, con Luciani, la polemica indirizzata contro la confusione fra legislazione e giurisdizione, l'affermazione della “*significatività del voluto legislativo*” – purché l'espressione *voluto* sia intesa tenendo conto delle obiezioni al dogma volontarista – l'ambizione di individuare la sola interpretazione corretta. Vorrei però anche richiamare l'attenzione sul fatto che se l'interpretazione non si scinde meccanicamente in letterale, logica, teleologica, ecc., ma è costituita da questi momenti che debbono essere intesi come “*autentici strumenti conoscitivi a disposizione dell'interpretazione*” (*ibidem*), allora il fenomeno interpretativo dovrebbe essere inteso nel suo complesso, non in termini atomistici, ed il richiamo alla primazia di un momento – di solito, nella prospettiva positivista, quello letterale – dovrebbe cedere alla valutazione di tutti i momenti dell'interpretazione come facenti parte “*di un processo inscindibile*”: v. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 274, che dedica pagine importanti alla polemica contro la disintegrazione delle fasi del processo interpretativo ed alla sua valorizzazione come complesso e successione o sequenza di momenti fra loro non scindibili. Questo ordine di idee, come si comprenderà, conduce Betti a considerare come “*pregiudizio*” e “*adorazione feticistica*” l'enfasi portata sul (solo) tenore letterale della legge, tenore che precluderebbe, se sufficientemente chiaro, ogni valutazione alla luce della *ratio iuris*. Secondo Betti, il compito dell'interpretazione non varia e non può essere scisso nel suo momento grammaticale, logico, ecc., né varia a seconda che la legge si presenti chiara nella sua lettera ovvero formulata in termini tali da suscitare dubbi o incertezze, poiché è “*ufficio essenziale dell'interprete ... avere un compito unitario da perseguire in tutti i casi*” (p. 285). Isolare la lettera del precetto, considerandolo chiaro in sé, nella sua sola formula grammaticale, significherebbe tenerlo distante dai suoi nessi teleologici e scisso, altresì, da una concatenazione complessiva di elementi – logico, storico e teleologico – solo alla luce dei quali il precetto può essere schiarito nei suoi significati ed apprezzato anche alla luce dello sfondo assiologico che è implicito nella valutazione normativa accolta dalla legge. Tutto ciò non toglie che, secondo Betti, una volta ricostruita la *ratio iuris* ad essa l'interprete debba attenersi, in ossequio al vincolo di subordinazione che lega l'interprete (ed in particolare il giudice) alla legge (vincolo che, com'è noto, la costituzione repubblicana ribadisce: art. 101) e che inibisce sia la critica orientata alla riforma (compito della politica legislativa) che l'apprezzamento discrezionale del senso della legge, ispirato (nel migliore dei casi) da esigenze di giustizia. Segnala un elemento teleologico, di valutazione della razionalità della normativa rispetto al fine che persegue, nel giudizio di costituzionalità della legge, A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, cit., 228. Secondo G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2015, 19 ss., il campo dell'interpretazione si apre solo laddove non può esserci “*comprensione del testo così come sta scritto*” (p. 34).

⁶⁷ Di una *Fortbildende Auslegung* scrive P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., 50.

do fedele alla propria subordinazione alla legge, in ossequio al canone dell'autonomia ed immanenza del criterio ermeneutico, per cui *sensus non est efferendus sed inferendus* – egli non può esimersi dal valutare se essa abbia subito modificazioni, nell'attualità, per effetto del mutare del sistema legislativo. Il sopraggiungere di nuove leggi non sempre determina effetti abrogativi o derogatori: talvolta è invece necessario che l'interprete, preso atto di eventuali incongruenze e disarmonie, provveda in via interpretativa ad “*un adeguamento e un adattamento delle norme antiche alle nuove, una messa in accordo per via d'interpretazione*”⁶⁸. Si tratta, insomma, di valutare se, in sovrapposizione agli apprezzamenti originari che avevano accompagnato il processo di formazione della legge, altri fattori siano sopraggiunti – dovuti sia alle trasformazioni del contesto sociale che di quello normativo – così da determinare esiti ulteriori che possano influire sulla valutazione degli interessi, modificandola rispetto alle acquisizioni originarie.

Non si tratta peraltro di ammettere, concettualmente, che un tipo di interpretazione, o metodo ulteriore, debba aggiungersi agli altri, che insomma l'interpretazione evolutiva sia da intendere come metodo interpretativo distinto da altri, quanto di riconoscere che gli aspetti evolutivi dell'interpretazione sono ineludibili se non si intende condannare l'attività interpretativa ad un'esclusiva prospettiva statica, in contrasto con gli stessi scopi pratici di un'interpretazione giuridica, che ha una funzione complementare alla nomogenesi e che pertanto non può essere sintonizzata con un ideale di rigida fedeltà alla lettera della legge⁶⁹. Così, gli

⁶⁸ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 120 ma, più ampiamente, 112 ss. (nonché ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, 816 ss.), che non esclude che l'interprete possa ricorrere anche al criterio per cui “*cessante ratione legis cessat ipsa lex*”, criterio che, però, richiede “*debita cautela*” (p. 119). Su questo criterio v. altresì A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 460 ss., e nn. 2 e 5, che ne ricorda l'utilizzo da parte della giurisprudenza fino alla seconda metà dell'ottocento e, all'opposto, il ripudio successivo, motivato dal principio di separazione dei poteri e dal principio per cui “*eius est abrogare cuius est condere*”. Da meditare l'annotazione per cui “*i criteri logici hanno implicazioni politico-costituzionali, in quanto garantiscono che il mutamento del diritto si realizzi unicamente con un atto di volontà novativa da parte del legislatore*” (p. 461). V. comunque, a tale proposito, *infra*, § 9. Di una “*Ausgleichung und Zusammenpassung*” scrive P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., 179 ss. e 189, quando l'interprete si trovi di fronte a lacune di collisione, che derivino cioè da incongruenze dovute al sopravvenire di nuova normativa.

⁶⁹ V. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, 824: è necessario “*procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, e bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale*”, nonché ID., *Interpretazione della*

elementi che avevano formato il sostrato originario della *ratio iuris*, cioè la valutazione comparativa degli interessi ed il correlativo sfondo assiologico che la sorreggeva, latente nella legge, e che era stata oggetto della “*ricognizione interpretativa, si modifica gradatamente, via via che la norma assicura, accanto alla soluzione del suo primitivo problema pratico, e quindi in luogo del suo primitivo ‘scopo’, il raggiungimento di un esito ulteriore*”, per effetto di una eterogenesi dei fini⁷⁰.

In fondo, che l’interpretazione debba assicurare anche una efficienza evolutiva, è considerata da Betti logica conseguenza dello stesso canone della totalità e coerenza dell’apprezzamento ermeneutico – canone che, come si è visto, nasce nel pensiero di Betti dalla sintonia con il *Wirkungszusammenhang* diltheyano, con la concatenazione produttiva che caratterizza un ordine giuridico – la quale “*impone un perenne riferimento delle parti al tutto e perciò anche un riferimento delle singole norme al loro organico complesso: quindi impone un’attuazione unitaria delle valutazioni legislative*”⁷¹. Ma un’attuazione unitaria richiede, per la natura delle cose, anche la considerazione complessiva dei conflitti di interesse che possono essere composti per effetto dell’interpretazione, sia che tali conflitti siano

legge, cit., 113. Rigidamente contrario all’interpretazione storico-evolutiva, assumendo che sia inibita dalla disciplina dell’art. 12 preleggi, R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., 255 ss.

⁷⁰ Cfr. E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*, nonché ID., *Teoria generale*, cit., II, 825. Sulla dinamica evolutiva dell’interpretazione costituzionale si sofferma A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 226 s., che però sembra farne oggetto di “*un’attività assolutamente intuitiva, e non razionale del giudice*”, un’attività che investe valori, non norme, e che caratterizzerebbe l’assoluta peculiarità dell’interpretazione costituzionale. Tuttavia, se è vero che il giudizio di costituzionalità delle leggi, specie quello astratto, ha configurazione tale da aver favorito percorsi interpretativi peculiari, come quello del bilanciamento, mi pare si possa soggiungere che la considerazione dello sfondo assiologico di una normativa sia necessaria non solo per l’interprete costituzionale ma in generale per l’interpretazione giuridica.

⁷¹ V. E. BETTI, *op. ult. cit.*, II, 831; ID., *Interpretazione della legge*, cit., 119. Si v., inoltre, la critica di B. alle tesi di S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano 1983, 119 ss., tesi che, come notissimo, sollevavano obiezioni alla legittimità della portata evolutiva dell’interpretazione: v. *op. ult. cit.*, 123 ss.; ID., *Teoria generale*, cit., II, 833 ss. Vorrei tuttavia notare che Betti non spinse l’interpretazione evolutiva fuori da margini che dovrebbero caratterizzarla e che dunque ebbe ben presente la delicata problematica dei suoi limiti, poiché essa dovrebbe impiegarsi sì ma “*compatibilmente col senso che si può ricavare dal testo legale, tenuto conto della linea di coerenza che lega il testo con la totalità dell’ordinamento*” (*Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, cit., 552). Insomma, si tratta di non dare spazio, con pretesa interpretazione evolutiva, alle preferenze soggettive dell’interprete, che finirebbero per sconfinare in linee di politica legislativa – che non gli competono – mascherate come esercizio d’interpretazione.

quelli che il legislatore intendeva risolvere, sia che siano ulteriori e nuovi, tuttavia riconducibili a determinate norme, nate per altri scopi ma adattabili ai nuovi sopraggiunti⁷².

9. *L'erosione sotterranea dei dogmi positivistici e il problema dei limiti ai poteri interpretativi del giudice*

Il dogma volontaristico, tuttavia – come già ricordato, seguendo il filo delle ricerche di Alessandro Giuliani – continuò ad esercitare in Italia una suggestione molto intensa, sia nella elaborazione dottrinale che nella attività della giurisprudenza. Se quest'ultima però volle mantenersi fedele, sul piano concettuale, a tale dogma, promuovendo la volontà del legislatore a fondamentale norma di riconoscimento ed elevandola a “*principio di logica invariabile*”⁷³, non può dirsi che nelle argomentazioni dei giudici, nei loro “*ragionamenti effettivi*”⁷⁴, questa fedeltà si mantenne intatta, specie a partire dagli anni settanta del secolo scorso ma già nei decenni precedenti. Una serie di fattori influirono in tal senso, come per esempio l'inflazione legislativa che, “*per la natura delle cose era destinata ad aumentare i poteri del giudice*”⁷⁵, e l'accentuato pluralismo delle fonti

⁷² Vorrei anche ricordare, a proposito del canone bettiano della totalità, del *nisi tota lege perspecta*, le pagine di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano 1962, 113 ss., secondo cui questo della totalità “è il primo criterio con cui l'interpretazione inizia i suoi procedimenti”, ed è criterio dinamico, che mostra che nella norma interpretata “c'è di più di quello che appare; c'è insomma tutta l'unità dell'ordinamento da cui essa nasce e di cui essa non è che una parte”; e, ciò mostrando, conduce “a rielaborare continuamente il complesso delle norme, a penetrare sempre più a fondo in questo complesso”, e permette così la “eliminazione delle antinomie, ritrovando la ragione sufficiente di ciascuna norma”. Così, in fondo, i vari criteri logici di cui si avvale l'interpretazione, come quelli dell'*eadem ratio*, dell'argomento *a fortiori* e *a contrario*, ecc., non sono “che conseguenze del criterio di totalità e unità dell'esperienza da cui si parte”.

⁷³ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 420.

⁷⁴ A. GIULIANI, *ibidem*.

⁷⁵ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 421. In tempi più recenti, i tentativi, ripetuti più volte ma sempre falliti, di provvedere ad una semplificazione normativa allo scopo di reagire ai fenomeni inflattivi, hanno prodotto una confusione tanto grande da rendere, molto spesso, del tutto incomprensibili i problemi abrogativi e di diritto intertemporale: sull'argomento si v. P. CARNEVALE, *Le cabale della legge Raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra “taglia-leggi”*, Napoli, 2011, per avere il quadro desolante della situazione. Curioso notare che il disordine delle fonti si è installato anche nelle preleggi: l'art. 13-*bis* della l. n. 400 del 1988 – introdotto con l. n. 69 del 2009 – dispone (comma 1, lett. a) che “ogni norma che sia diretta a sostituire, modificare o abrogare norme vigenti ovvero a stabilire deroghe indichi espressamente le norme sostituite, modificate o derogate”; e, al

del diritto determinato dall'avvento dell'ordine costituzionale repubblicano, pluralismo derivante dalle autonomie costituzionalmente avvalorate e dalle fonti sovranazionali.

È importante, a questo proposito, e sempre seguendo Giuliani, notare che la giurisprudenza, nel suo complesso, non si spinse apertamente verso una contestazione del dogma della volontà del legislatore, almeno se inteso nei suoi termini più rigidi e meccanici, ma che si preferì ricorrere “*ad espedienti formalistici e finzionistici, da cui non traspare la reale motivazione della decisione... La soluzione può talora apparire giusta... ma non giustificata. Talora le soluzioni, che possono apparire scandalose dal punto di vista delle regole legislative, paiono ricollegarsi ad affermazioni apodittiche o al 'sic volo' del giudice*”⁷⁶.

Non si tratta qui dei casi in cui i giudici hanno invocato un criterio logico dell'interpretazione privilegiandolo rispetto alla semplice lettera del precetto – casi che mostrano comunque l'attenuarsi della rigidità del principio della *lex clara*, però in un quadro di fisiologico temperamento dei metodi interpretativi e di loro valutazione equilibrata. Si tratta, invece, di casi in cui la giurisprudenza ha eluso la prescrizione del comma 1 dell'art. 12 facendo ricorso, come si diceva, a tecniche e procedimenti finzionistici che sono rivelatori – continuo ad usare il lessico di Giuliani – “*di un occulto antiformalismo... giustificando il passaggio dal testo all'equità ed ai principi del diritto*”⁷⁷.

Queste tecniche e procedimenti sono numerosi e vari ma possono ri-

successivo comma 2, che “*le disposizioni della presente legge in materia di chiarezza dei testi normativi costituiscono principi generali per la produzione normativa e non possono essere derogate, modificate o abrogate se non in modo esplicito*”. Senonché, è appunto in modo *non* esplicito che tale normativa sembra abrogare l'art. 15 preleggi, per la parte in cui prevede l'abrogazione tacita e quella per nuova disciplina della materia. Non solo ci troviamo al cospetto di una normativa che smentisce da sé il proprio contenuto precettivo ma, persino, pretende di farlo valere come principio generale. L'aspirazione alla chiarezza dei testi normativi ed alla certezza del diritto si converte così nel suo contrario, nell'oscurità più fitta. E infatti, davvero dobbiamo ritenere che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 13bis della l. n. 400, nel nostro ordinamento abbia diritto di cittadinanza la sola abrogazione espressa? È lecito dubitarne ed anzi ritenere che, per effetto della c.d. manovra taglia leggi, i margini interpretativi lasciati all'interprete si siano dilatati oltre misura. In argomento v. anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, in *Federalismi.it*, 2014, § 4.5. V. anche *supra*, nn. 33 e 34, a proposito dell'inflazione legislativa a Napoli fra i secoli XVII e XVIII e della correlativa crisi istituzionale e sovversione dei rapporti fra legislazione e giurisdizione; nonché n. 39, in fine, con riferimento alla premonizione di Savigny.

⁷⁶ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 422.

⁷⁷ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 426.

condursi, secondo Giuliani, a due grandi famiglie: quella della eccezione delle conseguenze assurde e quella dell'appello alla volontà del legislatore attuale (che prende il posto del legislatore storico). Sulla prima occorre precisare, sempre sulla scia di Giuliani, che essa aveva avuto tutta una sua storia nel diritto comune ma era stata contrastata poi dalla scuola esegetica francese e dalla dottrina italiana, che però, ancora con Giuseppe Saredo, poteva preferire al rigore del diritto fondato sulla lettera l'equità della soluzione ragionevole⁷⁸. L'eccezione delle conseguenze assurde presuppone tuttavia l'*interpretatio*: essa rinvia, secondo Giuliani, ad “una concezione argomentativa della logica giuridica... La interpretazione non si identifica con la interpretazione di un testo scritto: la equità, che è la norma di riconoscimento per eccellenza, mette in moto il meccanismo dei principi del diritto, intesi come luoghi dell'argomentazione giuridica”⁷⁹. Insomma, considerare le conseguenze assurde della interpretazione (e applicazione) di una disposizione, imperniata sulla sua sola lettera, implica un contesto come quello dell'*interpretatio*, nel quale si poteva concepire una dialettica collaborativa del legislatore e del giudice – certo, non sempre concretamente realizzata ma possibile e almeno intavolata in determinati periodi e fasi istituzionali – una loro divisione del lavoro, orientata alla selezione dei significati irragionevoli.

Questa concezione argomentativa della logica giuridica è tutt'altro che in sintonia con il soggettivismo di ciò che appare giusto al singolo giudice, poiché essa pone apertamente il problema “*dei limiti e delle compensazioni al soggettivismo (confronto fra dottrina e giurisprudenza, collegialità della decisione, opinione dissenziente, ecc.)*”⁸⁰. La valutazione delle conseguenze è caratteristico argomento che supera o aggira il riferimento alla lettera e alla volontà del legislatore e se può essere utilmente presa in considerazione dall'interprete ai fini della ricostruzione della *ratio iuris* – poiché incide sulla valutazione comparativa degli interessi e sull'apprezzamento dello sfondo assiologico che la sostiene – presuppone adeguate cautele. Ora, il punto è che tali cautele molto spesso non sono state usate, poiché la c.d. dimostrazione apagogica (cioè la *reductio ad absurdum*) è stata occultata, non esplicitata in un itinerario argomentativo ma coperta da ragionamenti “*in termini di una logica formale...*

⁷⁸ G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., 419.

⁷⁹ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ A. GIULIANI, *ibidem*.

*che nascondono talora, dietro affermazioni apodittiche, gli orientamenti soggettivi del giudice*⁸¹.

Quanto all'appello alla volontà del legislatore attuale, al posto di quella del legislatore storico, non si tratta di segnalare il ricorso, da parte dei giudici, ad un metodo storico-evolutivo condotto tenendo conto delle valutazioni comparative degli interessi effettuate dal legislatore in tempi diversi e sfociate in normative diversamente orientate nella tutela e nell'apprezzamento dei valori coinvolti, ciò che segnalerebbe una evoluzione fisiologica della giurisprudenza verso esiti non asfitticamente rinchiusi in una visione meccanica del processo interpretativo. Si tratta, invece, di annotare, ancora seguendo Giuliani, che i rapporti fra legislazione e giurisdizione hanno mostrato in Italia una tendenza, nel tempo, ad assumere aspetti paradossali. Da un lato, si impose un clima culturale che ostentava ostilità ad ogni aspetto evolutivo dell'interpretazione e alla stessa valutazione comparativa degli interessi, implicita nelle scelte legislative – clima che, naturalmente, mostrava pertanto una forte diffidenza nei confronti della aperta considerazione dei valori implicati in quelle scelte – e che si dichiarava concettualmente fedele ai criteri tradizionali dell'interpretazione giuspositiva (lettera e volontà del legislatore). Dall'altro, e proprio come conseguenza di questo clima complessivo, *“il giudice ha finito per godere di poteri creativi maggiori di quelli permessi da tale metodo, sotto la copertura della volontà implicita (o per implicito) del legislatore. L'appello alla volontà del legislatore – considerata in opposizione alla volontà della legge – permette di conseguire una soluzione equa e ragionevole, ma diversa da quella risultante dalla lettera della legge”*⁸².

Nelle argomentazioni dei giudici questa specie di antiformalismo occulto è stata perseguita, per esempio, rovesciando il principio *rubrica non*

⁸¹ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 427. Molto utile il rinvio ad una ricerca sulla giurisprudenza condotta da G. LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Roma 1970, 95 ss., ricerca che meriterebbe certamente di essere aggiornata con la giurisprudenza più recente. Purtroppo, non pare che l'uso di affermazioni apodittiche, date per scontate e ovvie ma tutt'altro che tali, si sia arginato da parte della giurisprudenza. Come già notato, nella migliore delle ipotesi questi orientamenti nascondono l'intenzione del giudice di provvedere ad una giustizia sostanziale, oltre il dettato normativo. Si noti che, secondo Lazzaro, molto spesso la dimostrazione apagogica è accostata alla individuazione di un presunto principio generale, utilizzato tuttavia contro la lettera di una disposizione; ovvero, essa è fatta derivare dalle caratteristiche di un istituto giuridico e perfino dal “senso giuridico”. Non posso soffermarmi qui, evidentemente, sui casi citati da Lazzaro, alla cui lettura rinvio. Sulla valutazione delle conseguenze nell'argomentazione giuridica, a proposito degli studi di Mengoni, v. *infra*, n. 155.

⁸² V. A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

facit legem ed utilizzando perciò rubriche, preamboli e lavori preparatori per far valere un'interpretazione diversa da quella suggerita dalla lettera delle disposizioni. È interessante notare il destino che ha subito, in queste prassi interpretative, l'utilizzazione dei lavori preparatori: da strumento per la ricerca della "vera" volontà, in senso psicologico, del legislatore, a mezzo per eludere quella volontà, consegnata alle parole del legislatore e però contestata con argomenti apparentemente formali e logici ma in realtà espressione di una equità puramente intuitiva, soggettiva. Un'equità che è perciò stata affidata all'individualistico apprezzamento del giudice, un'equità che è rimasta sottotraccia, che non è stata apertamente dichiarata, che è stata anzi ripudiata sia dalla dottrina che dalle sentenze dei giudici ma che si è insinuata nelle soluzioni accolte via via dalla giurisprudenza, in un contesto culturale che ha favorito questi esiti, restando in prevalenza estraneo alla prassi di un "*confronto fra dottrina e giurisprudenza*" che avrebbe potuto favorire "*una indagine pubblica, sociale, giustificativa*"⁸³.

⁸³ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 414. Altro è, nella prospettiva di Giuliani, che il procedimento interpretativo si avvalga di valutazioni equitative ricorrendo a procedimenti finzionistici e mascherando tali valutazioni con il ricorso a schemi formali di ragionamento; altro, invece, che l'equità, come norma fondamentale di riconoscimento, sia apertamente esposta nel ragionamento interpretativo. In quest'ultimo ordine di idee, "*l'equità non è frutto soggettivo ed intuitivo del giudice né è contrapposta al diritto positivo*", poiché essa dovrebbe collegarsi a "*precise coordinate*", a principi, che non siano il frutto di concettualistiche ipostasi dogmatiche ma dell'aperto confronto di argomenti, intesi pertanto come *regulae iuris*, "*luoghi specifici dell'argomentazione giuridica*". Giuliani individua nella tradizione del *mos italicus* il modello storico cui agganciare la prospettiva di una nuova vitalità delle *regulae iuris* e, in questo ordine di idee, può sostenere che "*una equità senza principi (nel senso delle regulae iuris) – che non viva in un rapporto dialettico con il diritto stretto – interessa l'utopia e non l'esperienza giuridica*" (p. 441 s.). Emerge così tutta la distanza fra la sua concezione di equità – legata ai principi ed allo *ius positum* – e quella corrente, anche nei suoi agganci con la celebre prolusione di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (1879), ora ripubblicata in *Annali della Fac. giur. Univ. Camerino*, 1/2012, 179 ss. Tutta questa problematica è stata al centro della ricerca di Giuliani e meriterebbe un'attenzione che non posso dedicare qui: si v. soprattutto ID., *La controversia: contributo alla logica giuridica*, edito nella collana di Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, XXXIX, Pavia 1966, 81 ss.; *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997. Sull'ipotesi di Giuliani – che l'equità (intesa nei termini anzidetti e che ancora torneremo ad illustrare *infra*, § 14) sia tornata ad essere fondamentale norma di riconoscimento per l'interprete, soprattutto a partire dagli ultimi tre decenni del secolo scorso, specie per effetto della sempre più spiccata familiarità che anche i giudici ordinari avrebbero maturato con argomenti interpretativi come quello della ragionevolezza; e per effetto, inoltre, delle sollecitazioni derivanti dalle interpretazioni c.d. adeguatrici (non solo rispetto alla costituzione ma anche agli ordinamenti sovranazionali) – v. *infra*, §§ 10 e 13-15, con perplessità espressa a proposito della idoneità della equità ad essere con-

Le manifestazioni di un antiformalismo occulto hanno toccato anche l'ambito del ragionamento analogico. Come già accennato (v. *supra*, nota 7 e § 7), l'analogia moderna, affidata alla tecnica del ragionamento analogico, è imperniata sulla *identitas rationis* (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*)⁸⁴ e perciò su una logica deduttiva, che procede ricostruendo in fondo, anche per questo mezzo di integrazione del diritto, la volontà del legislatore: la *ratio* da questi voluta per una fattispecie potrà estendersi, sul presupposto della identità, ad altra non espressamente regolata. Sappiamo, altresì, che questa logica del ragionamento analogico è diversa (da), se non opposta, a quella propria del diritto comune, fondata sulla comparazione di concrete fattispecie regolative, espresse in termini casistici, utilizzando l'argomento *a similibus ad similia*. Ora, la logica accolta nel comma 2 dell'art. 12 delle preleggi, elaborata nei termini appena ricordati, non è stata raccolta dalla giurisprudenza, che ha preferito molto spesso utilizzare un procedimento induttivo; procedimento che, “quando

siderata, nella società italiana contemporanea, metafora base dell'esperienza giuridica, come invece sembra suggerire Giuliani (forse più in termini di auspicio che di effettiva analisi delle condizioni complessive che esprimono il “livello di razionalità e moralità di un'epoca”, per usare ancora la suggestiva ed espressiva formulazione dello stesso Giuliani, già ricordata *supra*, n. 7).

⁸⁴ Si v. le impeccabili pagine di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 101, che afferma la necessità “di determinare nell'unico significato logicamente concludente il rapporto di somiglianza” su cui si fonda il ragionamento analogico, onde soddisfare l'esigenza di *certezza* implicita nella disciplina legislativa dell'analogia. Da questo punto di vista, l'elaborazione del ragionamento analogico è l'altra faccia dell'idea della profonda, intima coerenza del sistema legislativo. Si tratta di una coerenza, per dir così, già depositata nel sistema e che pertanto non si riduce, necessariamente, ad espressione della volontà del legislatore. Piuttosto, essa deve ricavarsi nell'esercizio del compito, dell'attività affidata all'interpretazione, di ritrovare in quel sistema le tracce di un'unità organica e coerente. La ricerca della volontà del legislatore, in questo ordine di idee, è solo un frammento del compito interpretativo. Il *primo* Bobbio, come è noto, è un Bobbio molto ed espressamente polemico con la concezione volontarista, che contesta lo stesso dogma positivistic della completezza dell'ordinamento. Più esattamente, secondo Bobbio, la visione statica della concezione volontarista, che vede l'ordinamento “*sospeso alla volontà come l'ago alla calamita*” un “*ordinamento che non contiene in sé la potenzialità di un autonomo ed estrinseco svolgimento*” (p. 117), può immaginare la sua completezza solo come mancanza di volontà o come volontà contraria, generalizzando l'argomento *a contrario* e sostenendo l'esistenza di una norma generale esclusiva che vale per tutti i casi non previsti (così, per es. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., 35 ss.). Non può invece immaginare la completezza come esigenza di “*indefinita possibilità di svolgimento*” (p. 122), che implica individuazione di norme coerenti con il sistema: non semplice, astratta formulazione di un principio generale esclusivo ma rinvio a precetti che soddisfino le finalità perseguite dall'ordinamento, che si innestino coerentemente nel sistema giuridico.

è basato su affermazioni apodittiche, che sfuggono ad ogni possibilità di controllo”⁸⁵, è stato qualificato come “*analogia mascherata*”⁸⁶.

In sostanza, è frequente l’elusione, nell’applicazione giudiziale del diritto, del procedimento per gradi congegnato dall’art. 12 – in virtù del quale può farsi ricorso ai mezzi di integrazione del diritto solo seguendo l’itinerario che conduce dalla ricerca delle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe a quella dei principi generali, “se il caso rimane ancora dubbio”. L’elusione è determinata dal diretto ricorso al principio generale, ricavato in via induttiva estraendolo da precetti normativi. Molto spesso, la giurisprudenza ha proceduto in tal modo per casi in cui l’esistenza del principio era controvertibile e poteva invece ipotizzarsi l’*analogia legis*. D’altra parte, e in altri casi, laddove l’attendibilità del ragionamento analogico avrebbe potuto essere facilmente contestata (per esempio, per la natura eccezionale della disposizione), il rinvio al principio generale permetteva una latitudine interpretativa molto estesa. Di nuovo, nella sostanza, siamo al cospetto dell’esercizio di un’equità soggettiva, intuitiva, pilotata da un antiformalismo occulto, sottratta ad ogni forma di controllo logico, che privilegia “*l’orientamento soggettivo del giudice con bruschi mutamenti giurisprudenziali*”. Un’equità favorita paradossalmente nel suo formarsi – lo si è già sottolineato ma merita ricordarlo – da un ambiente culturale che aveva esaltato la volontà legislativa come unica norma di riconoscimento e che, puntando su una assolutizzazione del ruolo del legislatore, aveva respinto ogni forma di controllo che poteva derivare da “*una ricerca collettiva, sociale, pubblica – che si realizza con una dialettica tra dottrina e giurisprudenza, e all’interno della stessa giurisprudenza*”⁸⁷.

La polemica, beninteso, non intende investire il ruolo dei giudici nella società, ruolo prezioso, com’è ovvio, costellato di esempi luminosi talvolta portati sino all’estremo del sacrificio personale e segnato da quotidiano impegno di molti, spesso esercitato in condizioni non facili.

⁸⁵ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, 430.

⁸⁶ Così G. Lazzaro, *op. cit.*, 20 ss., il quale chiarisce che l’esigenza di colmare la lacuna legislativa viene talvolta soddisfatta con l’appello ad un principio generale ricavato (spesso apoditticamente) in via induttiva da una o più disposizioni, laddove invece la lacuna avrebbe potuto essere colmata invocando il ricorso al procedimento analogico. Altre volte, il principio generale viene induttivamente ricavato proprio per evitare le difficoltà che questo ricorso avrebbe potuto ingenerare, per la controvertibilità dell’applicazione analogica. L’analogia non appare esplicitamente ma è *mascherata* dal rinvio al principio generale ricavato induttivamente.

⁸⁷ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 432.

Si tratta, invece, di esprimere una riserva nei confronti della conversione verso il c.d. diritto giurisprudenziale⁸⁸ di una parte della dottrina, specie italiana. Per lunghi anni apparsa refrattaria ad ogni interesse per la giurisprudenza – e ricambiata da quest’ultima con altrettanto disinteresse per le sue elaborazioni concettuali – sia per le premesse poste dalla ricordata alleanza con la legislazione (e contro i giudici) a cavallo dei secoli, sia perché imbevuta delle elaborazioni concettuali astratte della pandettistica, la dottrina italiana ha più di recente “scoperto” il ruolo creativo dei giudici e della loro interpretazione.

Ora, come già accennato in precedenza, si tratta di intendersi, oltre ogni tentazione puramente intellettualistica e definitiva. È ben vero, infatti, che l’attività interpretativa – e non solo quella dei giudici – si pone

⁸⁸ L’espressione *diritto giurisprudenziale* è usata qui, come avviene più di recente nella dottrina italiana, limitatamente, ad intendere il diritto che proviene dalle pronunce dei giudici e non ha, pertanto, che flebile rapporto con il *Juristenrecht*, su cui v. P. KOSCHAKER, *L’Europa e il diritto romano*, cit., 287 ss.; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., *passim*. In questo più ampio ordine di idee il diritto giurisprudenziale si riferisce ad un insieme eterogeneo di vicende che portarono alla formazione, in epoche e luoghi diversi, di gruppi di professionisti del diritto e alla loro influenza nella formazione dell’esperienza giuridica. S’intende, peraltro, che tale accezione ampia del diritto giurisprudenziale, appunto inteso come *Juristenrecht* – secondo Pomponio *ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus* (D. 1, 2, 2, 5) – si riferisce pur sempre all’opera del giurista pratico. Quest’opera, nella storia del diritto, ha avuto rapporti discontinui con quella delle scuole di diritto, con il *Professorenrecht* (P. KOSCHAKER, *op. cit.*, 357 ss.). Non si tratta certo di affermare, nell’ordine di idee qui patrocinato, una primazia delle elaborazioni teoriche su quelle con immediata destinazione pratica, tantomeno della classe degli accademici su quelle dei giudici, degli avvocati, ecc. Si tratta invece, come ancora si tornerà a sostenere più avanti nel testo, e di nuovo nei successivi §§, di notare che l’azione di tutte queste componenti, insieme a quella dei soggetti titolari di interessi che, pur non essendo professionisti del diritto, tuttavia siano capaci di far valere punti di vista nel concreto dell’esperienza giuridica, dovrebbe essere considerata nelle reciproche relazioni che intercorrono fra le dette componenti. Ciò non esclude il riconoscimento della particolare autorevolezza del *judge made law*, riconoscimento che si impone nei fatti per l’influenza che esso spiega nella formazione delle attività interpretative. Proprio l’importanza e l’autorevolezza delle interpretazioni giurisprudenziali dovrebbe però avvalorare l’esigenza che esse possano essere ospitate da una sfera pubblica ampia, capace di discuterle, confutandole o approvandole. E, qualora questa sfera sia debole, carente, è forse compito del giurista che ne sia consapevole segnalare il problema: l’insufficienza di tale sfera pubblica si ripercuote come crisi di legittimazione dell’interpretazione giudiziaria e, in fondo, come crisi di credibilità di tutta l’esperienza giuridica. Segnala opportunamente il problema del ruolo della scienza giuridica in una situazione per cui “*siamo passati nell’arco di mezzo secolo da una politica superba anche se consapevole e da una giurisdizione deferente, a una politica inconsapevole e a una giurisdizione a tratti aggressiva, e invasiva della sfera politica*”, C. PINELLI, *Intervento – Inventario di questioni, in Giudici e legislatori*, cit., 487.

all'interno di un "processo storico di sviluppo" nel quale ogni "interprete e ciascun 'operatore' collabora in quest'opera facendo valere le proprie convinzioni e i propri orientamenti"⁸⁹, che potranno concorrere alla formazione del diritto vigente, se condivisi e accettati. Ed è altresì vero che le valutazioni dell'interprete, e così anche del giudice, non sono da intendersi come fenomeni isolati, ma compresi in un più ampio ambito che permetta la loro controllabilità. Si può concepire e teorizzare, come è stato fatto, questo ambito come complesso sistematico di concetti elaborati dagli interpreti, depositato in categorie giuridiche messe a punto (specie) dalla dottrina, ma anche per effetto di comportamenti di privati, di attività e prassi amministrative, di orientamenti dei giudici⁹⁰. Si può invece

⁸⁹ V. T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., XXIII.

⁹⁰ V., in particolare, la visione di T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., XXIII ss., XXIX ss. e XXXII ss., secondo cui "la tecnica dell'interpretazione è appunto il risultato di una concezione costituzionale" (p. XXXIII), nel senso che implica rinvio ad un complesso di questioni istituzionali (per es., ai rapporti fra potere politico e giudici), sociali (per es., le condizioni complessive della cultura di un popolo, le sue consapevolezze, la sua arretratezza, ecc.) etiche, ecc. Ma, nel pensiero di Ascarelli, al ruolo del legislatore, cui spetta porre le norme – in ossequio ad una "primaria esigenza di certezza della soluzione e perciò di pace sociale e di rispetto per la libertà dell'uomo" (p. XL) – e a quello dell'interprete, cui spetta di ricavarne il senso e quindi di contribuire allo sviluppo del diritto, si aggiunge quello di una "dogmatica concettuale" della cui storicità e transitorietà lo studioso attento al diritto comparato sarà consapevole, e che nondimeno implica "l'esistenza di un sistema". Un sistema capace di rinnovarsi proprio tramite l'interpretazione e che tuttavia assicuri "la continuità tra l'interpretazione, e cioè la norma posta in via di interpretazione, e la norma preordinata, e perciò l'ordinamento di quelli che direi i controlli dell'interpretazione": è cioè necessario assicurare l'osservanza di un tale criterio di continuità, capace di garantire dall'arbitrio e dal mero sentimento equitativo, "il cui giudice definitivo sarà, né potrebbe essere diversamente, la generale convinzione che finirà o non finirà per accogliere una interpretazione, ora esposta dottrinalmente, ora sorta dall'iniziativa della pratica contrattuale, ora dettata dalla giurisprudenza, e che, accolta, sarà considerata diritto vigente" (p. XLI). Si v. altresì ID., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1954, I, 151 ss., dove si precisa che l'interpretazione giuridica non deve solo stabilire un rapporto fra regola e caso ma anche elaborare il senso del precetto in modo che esso possa servire alla valutazione del caso. È necessaria perciò una continua rielaborazione interpretativa dei precetti, posti, dati in termini generali ed astratti, rielaborazione che tenga conto sia delle necessità di adeguazione alle particolarità che provengono dal caso, sia delle esigenze di armonia e continuità fra le soluzioni interpretative stesse e le disposizioni del legislatore (p. 153). Si v. anche ID., *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), in ID., *Problemi giuridici*, Milano 1959, I, 69 ss., dove più netta appare la tesi della creatività dell'interpretazione, che non risiederebbe "nella decisione del caso concreto in congruenza con una massima di decisione, ma proprio nella formulazione della norma" (p. 84). Anche in *Norma giuridica e realtà sociale*, tuttavia, è centrale il rinvio ad un criterio di continuità fra l'opera dell'interprete e il dato oggetto di interpretazione (pp. 73 s. e 87), criterio che culmina nella valutazione della *communis opinio*: "è alla generale opinione che

essere meno persuasi del ruolo decisivo dei concetti⁹¹, certo necessari ma

alla fine si riporta vuoi l'identificazione dell'oggetto di interpretazione attraverso la stessa portata della teoria delle fonti, vuoi la portata che la norma assume nell'applicazione; la formulazione interpretativa individualmente data si fa norma sociale attraverso un appello a una generale concordanza e nei limiti di questa". Una concordanza, d'altra parte, sempre transitoria, mutevole, coerente con un ordine democratico "fondato sulla tolleranza e sul dialogo" (pp. 90 s., ma si v. anche la n. 24, p. 95, dove riflettendo sulle caratteristiche della tradizione giuridica anglosassone A. sottolinea la connessione fra la storia del paese e quella del suo diritto – non diversamente, del resto, da quello che è accaduto in Francia, in Germania, in Italia). Polemico con la tesi ascarelliana della continuità fu E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, cit., pp. 530 ss. Sulla riflessione di Ascarelli in materia di interpretazione, anche nel confronto con Betti, v. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, 129 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994, 44 ss.; C. PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in A. CERRI, P. HÄBERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, IV, Roma 2010, 67 ss., spec. 75 ss. e 85 ss.

⁹¹ La polemica contro il concettualismo nella scienza del diritto è articolata da una pluralità di voci, talvolta di assoluto spicco: vorrei limitarmi a citare G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., *passim*, ma specie dove segnala la grandiosa trasfigurazione dell'esperienza giuridica che deriva dall'opera della scienza. L'esperienza diventa così sistema concettuale: meglio, un complesso di sistemi concettuali, razionalmente impeccabili ed ordinati. Tuttavia, in tal modo, "non si sa più se l'esperienza giuridica sia quella che è nella realtà o sia l'immagine che la scienza ne ha delineato... con questa sua immagine la scienza che si propone di comprendere il suo dato, l'esperienza, riesce quasi a nascondere il suo dato: costituisce un pericolo per la visione limpida del dato" (p. 73); nonché *infra*, pp. 90 s., dove annota che i pericoli maggiori dell'attività concettuale derivano dalla, potrei dire, astrazione isolata del singolo concetto. Esso è davvero essenziale nel concreto realizzarsi in singole posizioni, non in sé considerato: così per esempio per il concetto di negozio giuridico, che "vive nelle singole posizioni e non in sé, non essendo possibile dar vita ad una manifestazione di volontà generica... Esso ha tanto di verità che è la comune essenza di ogni posizione particolare di atti di volontà nel concreto (cioè di ogni atto di volontà, poiché solo nel concreto vive l'atto di volontà)". D'altra parte, e per conseguenza, il rischio di arbitrarietà che si nasconde dietro il concetto giuridico deriva dalla sua considerazione isolata, poiché invece "nella loro unità nel loro insieme" i concetti possono esprimere una verità, cercando di rappresentare un'esperienza che, nella realtà dei rapporti sociali ed umani, non è frammentata ma unitaria e accostabile solo se considerata nella sua concreta (non astratta) complessità, nella interconnessione dei suoi elementi. Su questi temi è essenziale, per la profondità della sua ricerca, G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica* (1935), in ID., *La vita etica*, a cura di F. Mercadante, Milano 2008, 111, libro sul quale non posso ora soffermarmi. Si v. anche R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 34 s., 133 ss., 149 ss., ma *passim*, per la polemica contro il dogmatismo e le elaborazioni sistematiche astratte, nonché ID., *Erudito ac benevolo lectori*, in ID., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 20 ss., per il nesso fra storicità del giuridico e lotta contro le sue astrazioni; ma molti altri studi di O. meriterebbero di essere citati. V. altresì A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, *passim*, di cui bisognerebbe considerare l'opera intera, cui adde A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*,

insidiosi per la chiara percezione della costitutiva mobilità dell'esperienza giuridica; ma in ogni caso il riferimento ad un contesto come limite per l'attività interpretativa mi sembra essenziale onde far sì che essa possa superare il sospetto di arbitrarietà che altrimenti è destinato ad investirla. In fondo, come si è visto nel corso del § 3, i limiti destinati a condizionare l'attività interpretativa ed applicativa si manifestarono come valori costitutivi di un'esperienza giuridica e si espressero, già nel secolo XVIII, come esigenza di adeguata argomentazione della decisione giudiziale e come conseguente rifiuto di sentenze prive di motivazione o fondate *per relationem*, rinviando alle *auctoritates*.

Direi, inoltre, che questi limiti dell'interpretazione sono limiti che, in primo luogo, valgono (o dovrebbero valere) nei confronti di ogni interprete, pubblica autorità o privato cittadino, giurista o non, poiché derivano (o dovrebbero derivare) dalla condizione *situé* dell'interprete, e quindi anche del giudice, dai condizionamenti che le sue interpretazioni subiscono (o dovrebbero subire) per effetto dell'essere inserito in un tessuto, potremmo dire, di opinione pubblica giuridica, più ampio. In secondo luogo, e per conseguenza, queste condizioni dell'interpretazione, ove ritenute sussistenti, dovrebbero rendere non così irresistibili gli argomenti di chi ha sostenuto che riconoscere un ruolo creativo al giudice significa “*sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico*”⁹². La consapevolezza che gli ordinamenti politici non possono esaurire la propria dotazione costitutiva attraverso i canali della legittimazione politica è antica e ancora presente nell'epoca contemporanea: l'elemento (nella migliore delle ipotesi) aristocratico che è insito nell'esperienza giuridica può essere temperato solo dalla effettiva presenza e capacità di influire nella società di un'opinione pubblica diffusa e competente anche per il diritto.

Tuttavia, è vero che dubbi possono essere avanzati attorno alla consistenza di una tale opinione pubblica, dubbi che, a mio modo di vedere, derivano dalla carenza profonda di un tessuto comune, se si preferisce di un contesto “*pubblico, sociale, giustificativo*”, per riprendere ancora le già citate parole di Giuliani, nel quale giudici, professionisti del diritto, studiosi, pubblici amministratori, privati, possano convergere per far valere propri punti di vista, con l'aspettativa di essere ascoltati. Ha qui ragione Luciani nel lamentare la condizione gregaria e subalterna della

Torino 2009; ID., *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Dir. romano attuale*, 6/2001, 21 ss.

⁹² Così M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., 393.

dottrina⁹³ rispetto all'impatto della c.d. creatività giudiziaria, condizione che farei risalire, con Giuliani, alla scelta fatta dalla dottrina stessa, come si è visto, fra la fine dell'ottocento e l'inizio del nuovo secolo, di alleanza con la legislazione, schierandosi nel conflitto politico-costituzionale che opponeva quest'ultima alla magistratura. Il – relativamente recente – nuovo interesse per il diritto giurisprudenziale dovrebbe forse tenerne conto, non per effettuare, per dir così, nuove scelte di schieramento, ma per rendersi consapevole dei rischi che possono derivare da una situazione in cui un giudice con tendenze creative, orientate verso un'equità soggettiva, povera di legami con principi elaborati collettivamente, operi in un quadro privo – o almeno carente – di confronti con le altre componenti soggettive dell'esperienza giuridica. Il dramma dell'interpretazione sembra perciò concentrarsi in una contraddizione fra l'esigenza che il suo campo sia ospitato da una adeguata opinione pubblica e l'insufficienza di un tessuto sociale capace di costituirla. Riprenderò questo filo del ragionamento più avanti, nel corso dei §§ conclusivi.

10. *Trasformazioni dei principi generali: costituzione, rapporti fra ordinamenti, tecniche interpretative e formazione del giurista*

Torniamo però alle disposizioni preliminari. Già si notava che, di fronte all'impegno ed alla profondità della riflessione in materia di interpretazione che deriva dalla spinta antiformalista, il contenuto delle disposizioni preliminari apparve inevitabilmente povero. Mi pare che ciò sia confermato se ci rivolgiamo ai principi generali. È ben noto che questo dei principi giuridici è un tema vastissimo: vorrei solo ricordare che la discussione attorno ai principi generali del diritto (come si esprimeva il codice del 1865), o ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato (come si esprime quello vigente), è un frammento di una discussione più ampia e risalente, cioè quella sulle c.d. *regulae iuris*, prima, poi sui *principia iuris* o *leges legum*⁹⁴. Tuttavia, nella tradizione continentale, que-

⁹³ M. LUCIANI, *op. cit.*, 395.

⁹⁴ La letteratura è copiosissima: vorrei limitarmi a citare qui, oltre alla ricerca di A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 382 ss., P. STEIN, *The Digest Title 'De regulis juris antiqui' and the General Principles of Law*, in *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York 1962, 8 ss.; ID., *Regulae iuris. From juristic Rules to legal Maxims*, Edinburgh 1966; S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, in *Annali di storia del diritto*, V-VI, 1961-62, 221 ss.; N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino 1966, 887 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del di-*

sta discussione sui principi generali venne ad assumere un perimetro ancora più circoscritto, specie a seguito dell'orientamento giuspositivo che aveva sostenuto la completezza dell'ordinamento e l'assenza delle lacune.

Beninteso, questa tradizione continentale è tutt'altro che omogenea: si pensi al dibattito francese sui *principes généraux du droit* e al ruolo di dottrina e giurisprudenza nella elaborazione di principi assiologicamente legati al retaggio rivoluzionario⁹⁵. Un dibattito lontano dalla impostazione più rigidamente positivista della dottrina italiana che, come si è visto, fu prevalentemente concentrata, dapprima, nel rigettare le potenzialità equitative rivendicate dall'*interpretatio*; successivamente, con l'approvazione del codice del 1942, ad accentuare l'aspetto di identificazione dei principi con le norme⁹⁶ che compongono l'ordinamento giuridico statale. Di fronte ad un profilo così rigido, nel difendere i presupposti del positivismo giuridico, le conseguenze, come già sappiamo, furono da un lato la diffusione, anche nella giurisprudenza, di dichiarazioni intese a ribadire la fedeltà a quei presupposti, dall'altro il ricorso ad un antiformalismo occulto, rinviando a lavori preparatori, progetti di legge, all'appello alla volontà del legislatore attuale, ecc., come accadeva anche per l'*analogia legis*, determinando un aumento dei poteri del giudice⁹⁷.

È allora facile comprendere che questo quadro concettuale ed applicativo era destinato ad essere sconvolto dall'avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano e, successivamente, dalla integrazione degli ordinamenti giuridici europei, dell'unione e convenzionale. Una costi-

ritto a) Diritto costituzionale, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 494 ss.; M. BASCIU (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto*, Atti del XV Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano 1987; *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, Roma 1992.

⁹⁵ Sull'argomento cfr. S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., 505 ss., con riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di stato e del Consiglio costituzionale, ma il fenomeno è più vasto ed investe anche il diritto privato, v. J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris 1950, 51 ss., tanto da suggerire cautela sulla qualificazione della scuola esegetica come una dottrina del tutto prona al dogma volontaristico, poiché essa fu consapevole della calibratura assiologica dei *principes*.

⁹⁶ Gli studi di V. CRISAFULLI segnarono la strada: *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa 1943, 175 ss.; ID., *I principi costituzionali dell'interpretazione e applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di S. Romano*, I, Padova 1940, 665 ss.; ID., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.

⁹⁷ Come più volte ricordato è stato A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 434 s. (a proposito dei principi generali) a segnalare ed analizzare il ricorso, da parte dei giudici, ad un antiformalismo occulto: v. *supra*, § 9.

tuzione rigida, dotata di molte disposizioni di principio, di una articolazione nuova delle fonti del diritto rispetto a quella consegnata alle disposizioni preliminari – articolazione spesso imperniata su un criterio di competenza costituzionalmente riservata e non sulla gerarchia – di un giudice della legittimità costituzionale delle leggi e dei conflitti, era destinata a produrre questi effetti, che si resero particolarmente acuti specie a partire dagli anni sessanta, quando il conflitto politico ed ideologico e il diffondersi fra i giudici di concezioni antiformaliste e per un “uso alternativo del diritto”⁹⁸, determinarono una prima, vistosa contestazione dei canoni tradizionali del giuspositivismo. Di fronte a quella che veniva percepita come inerzia della politica, o sua connivenza con gli interessi capitalistici, si fece strada l’idea e la prassi di una supplenza del potere giudiziario sul terreno dell’attuazione costituzionale, idea e prassi che rinviiavano ad una concezione dei principi molto più aperta e dinamica di quella sino ad allora prevalsa. Questi indirizzi potevano apparire, ed a mio parere erano, frutto di una stagione ideologica dai contorni radicali, al punto di ammettere un sindacato di costituzionalità delle leggi da parte del giudice ordinario, che avrebbe potuto direttamente applicare principi costituzionali, facendoli valere contro i precetti del legislatore⁹⁹.

Se tuttavia si pensa alla graduale diffusione, in dottrina e in giurisprudenza, dell’idea che nella costituzione repubblicana sia determinante il nesso fra valori e principi (anche se questo nesso certamente non taglia fuori il riferimento alla testualità della carta, che resta anzi “*il punto di partenza del processo interpretativo*”¹⁰⁰); se si pensa alla diffusione del ca-

⁹⁸ Il riferimento è, naturalmente, non solo ai volumi, a cura di P. BARCELLONA, *L’uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, e II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari 1973, che raccoglievano gli atti del convegno di Catania del 1972, ma più ampiamente, al movimento dei giudici che si ispirava ad una pluralità di presupposti culturali, per es. la critica del c.d. individualismo proprietario, l’idea del diritto come strumento di promozione delle trasformazioni sociali, la critica delle ideologie giuridiche dal punto di vista di un’analisi marxista, un movimento che produsse sì elaborazione teorica ma anche pratica militanza, con l’azione dei c.d. pretori d’assalto.

⁹⁹ Condivido del tutto l’opinione espressa da A. GIULIANI, *Prefazione* a C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., XXX, che “*Se i giudici pretendessero di fare politica nel senso del potere legislativo otterrebbero effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l’abbandono di ogni ruolo politico proprio del giudice. Se infatti questi pretendesse di divenire distributore di beni e di ricchezze perderebbe la fiducia dei cittadini: per quanto nobili fossero i suoi scopi, la sua decisione non sarebbe più una sentenza ma un atto di amministrazione*”.

¹⁰⁰ V. F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 36, che insiste per l’insopprimibilità dei vincoli testuali ma, in generale, è pacifica la rilevanza del limite che deriva dal testo

none del diritto vivente e della interpretazione adeguatrice, sia rispetto alla costituzione che al diritto comunitario e convenzionale¹⁰¹; non sarà difficile concludere che il tema del rapporto fra costituzione, diritto europeo comunitario e convenzionale, ed interpretazione della legge è oggi

della costituzione. Sono tuttavia diverse le ricostruzioni del ruolo giocato dal riferimento al testo: si v., oltre al già cit. studio di Modugno, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 173 ss., 267 ss., ecc.; G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, cit., 231 ss., spec. 242 ss., che tenta di valorizzare i limiti dell'interpretazione che deriverebbero dal testo costituzionale, per es. dalle gerarchie di valore riconducibili alle disposizioni costituzionali, limiti che dovrebbero condizionare o escludere i bilanciamenti della corte costituzionale. Sulle accennate diversità di impostazione v. le interessanti considerazioni di M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto Scritti scelti*, Bologna 2015, 124 ss. Vorrei anche notare che l'isolamento, corrente nelle opinioni di larga parte della dottrina costituzionalistica, delle norme e principi costituzionali da tutto il resto del tessuto normativo, desta perplessità. Non si tratta di contestare il ruolo fondativo di un ordine giuridico e politico-sociale riconducibile alla carta costituzionale e neppure la sua spiccata tessitura di principio e assiologica. Tuttavia, la costituzione non è la sola fonte del diritto che sfugge, in sede interpretativa, "ad un'opera di mera sussunzione" (così G. AZZARITI, *op. cit.*, 241), poiché tutte o quasi le disposizioni normative sono soggette agli apprezzamenti interpretativi di cui si è ampiamente detto: tener conto del contesto in cui esse si inseriscono, degli obiettivi che perseguono, dell'elemento storico-evolutivo che ne orienta l'interpretazione. L'obiezione, tuttavia, dovrebbe essere più distesamente argomentata, tenendo conto della varietà delle posizioni della dottrina, anche con riferimento alle peculiari qualificazioni attribuite all'interpretazione costituzionale, ciò che però sfugge ai limiti di questo lavoro. Si v., comunque, quanto scrive L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 98: "Oggi il giudice deve frequentemente integrare la fattispecie normativa o trovare da sé la regola di decisione mediante bilanciamento di beni e di interessi, soppesando vantaggi e svantaggi, secondo diversi punti di vista, delle varie soluzioni ipotizzabili".

¹⁰¹ L'uso della metafora del diritto vivente è originariamente legata, in Italia, alle motivazioni delle sentenze della corte costituzionale che rinviano, per lo più, alle massime della Corte di cassazione. Tuttavia ormai l'espressione ha assunto significati ulteriori. Tutta la sua storia, che non è però solo italiana – si pensi alla *Verfassungskonforme Auslegung* – non può essere qui neppure sunteggiata ma esiste una grande messe di dottrina dedicata al fascio di temi legati a quest'argomento. Vorrei, a tal proposito, limitarmi a ricordare A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, cit., *passim*; A.A. CERVATI, *Diritto vivente e costituzione vivente*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., 58 ss. Anche sulla interpretazione adeguatrice è ormai assai ampia la letteratura: v., *ex multis*, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli 2009, 1533; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma 2011; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., 445 ss.; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, 99 ss.

il vero epicentro di un rapporto complesso fra legislatori ed istituzioni giudiziarie: i giudici comuni, la corte costituzionale e le corti sovranazionali. Questo rapporto, che in fondo coincide con un fascio di problemi di governo del pluralismo sociale, politico, istituzionale, non solo all'interno di un medesimo ordinamento ma anche nei rapporti fra ordini distinti, è percorso da controversie sulla definizione dei princìpi, sulle tecniche interpretative e sulla individuazione delle *leges legum* candidate a governare le relazioni fra fonti del diritto.

Evidente che queste controversie ammettono impostazioni, e a maggior ragione soluzioni, divergenti, ispirate da distinte ricostruzioni e punti di vista. Proprio la pluralità di impostazioni e possibili soluzioni dovrebbe rendere allora, nella stessa formazione culturale del giudice, e dell'interprete in generale, assorbente il rinvio alla solidità e al rigore dell'argomentazione, nonché all'esigenza di non allontanarsi dai propri precedenti senza aver offerto apertamente ragioni che conducano al fondo della scelta di rettificare indirizzi di giurisprudenza consolidati¹⁰². Non si tratta di immaginare o auspicare una comunità o società di in-

¹⁰² V. anche *supra*, § 9 e nota 90, i riferimenti alle ricordate considerazioni di Ascarelli e di Giuliani, a proposito dell'esigenza di scongiurare l'isolamento del giudice da un contesto culturale ed interpretativo capace di formare opinioni influenti sull'interpretazione, riferimenti ai quali vorrei aggiungere L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 148, a proposito delle motivazioni delle sentenze della corte costituzionale, cui aderisce F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, cit., 41 ss., che sottolinea l'importanza del contesto intersoggettivo per l'interpretazione costituzionale, ma esprime poi perplessità nell'accordare "fiducia in un'unica e coesa società aperta degli interpreti", che Modugno immagina non unanime ma attraversata da contrasti sulle interpretazioni, "divisa da presupposti assiologici diversi, piuttosto che coesa intorno ad un'unica visione legittimante". Una società che, pertanto, dovrebbe riconoscere alla corte costituzionale il ruolo di "organo di chiusura del sistema... nell'atto di scegliere essa seleziona tra i vari significati possibili, tra le varie assiologie in campo, contribuendo a definire, ogni volta, l'universo di significati che sta dietro alla costituzione... In tal senso è proprio la posizione privilegiata della Corte a rendere asimmetrica e perciò meno aperta la presunta 'società degli interpreti della costituzione'" (pp. 46 s.). V. anche C. PINELLI, *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Napoli, 2004, III, 1675 ss., che si sofferma sul tema della controllabilità degli esiti interpretativi dei giudici con ampi riferimenti alle teorie dell'argomentazione e alla perelmaniana logica del probabile, teorie che, secondo L. MENGONI, *Prefazione*, in *ID.*, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 7, non "ci procurano un criterio intersoggettivo di controllo" dei loro ragionamenti e dei relativi giudizi di valore. Lamenta, opportunamente, "il sempre minore condizionamento esercitato dai precedenti", che "finisce per rendere ancora meno visibili e chiare le ragioni dei mutati orientamenti" nella giurisprudenza costituzionale, G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., 247 s. Su questi temi tornerò conclusivamente *infra*, §§ 14 e 15.

terpreti¹⁰³ pacificata e non attraversata da conflitti, nel cui ambito non si costituiscono posizioni o ruoli di potere, di egemonia, di peculiare influenza, per esempio della corte costituzionale, ma, nel variare dei tempi storici, anche di altri soggetti o organi. Si tratta invece di investire, specie a partire dall'importanza dell'educazione dei giovani giuristi e, più in generale, dei processi della formazione (intesa come *paideía*) culturale, su una visione dell'esperienza giuridica – intesa nel suo complesso e non solo per quanto concerne la sola materia costituzionale – immersa in un contesto comunicativo e sociale capace di generare discussione, adeguati e coerenti itinerari argomentativi, orientato verso una ricerca comune di interpretazioni – non di interpretazioni comuni.

A questi fini, è necessario che il giurista si predisponga con un'indole propensa alla discussione più aperta invece che al ripiegamento all'interno di contesti concettuali chiusi ad ogni fermento che non provenga dal proprio *milieu* dogmatico, e decisiva è pertanto la sua formazione culturale che non dovrebbe ridursi ad una nuda apprensione di nozioni e definizioni. Su questa visione dell'esperienza giuridica vorrei ancora tornare più avanti, nei due paragrafi conclusivi di questo lavoro, in particolare per porre la questione se i principi giuridici possano costituire, e in che termini, le fondamentali norme di riconoscimento per il giurista contemporaneo. Per ora, direi che un esempio interessante sia delle prospettive che si offrono a chi intenda aprirsi ad una discussione feconda, sia degli equivoci cui vanno incontro i ripiegamenti concettualistici, è possibile trarlo proprio dalla teoria delle norme sulle norme, una teoria che concerne i precetti sull'interpretazione giuridica, che siano o non stati trasfusi in precise disposizioni di legge.

11. *Le norme sulle norme: Zitelmann e la norma generale negativa*

È probabilmente vero che non deve essere stato facile sciogliersi dal fascino intellettuale di una personalità come quella di Rudolf von Jhering, ed è certamente vero che Ernst Zitelmann questo fascino lo avvertì intensamente e che ancora alla suggestione di Jhering dobbiamo una sua adesione alla tesi che le *Rechtsätze über Recht* fossero ordini di applicazione rivolti al giudice. La tesi proveniva dai presupposti imperativistici

¹⁰³ È stato, com'è noto, Peter Häberle ad elaborare una teoria sulla società aperta degli interpreti della costituzione, sin da P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Juristenzeitung*, 1975, 297 ss.

del punto di vista jheringhiano: “ogni norma è un imperativo: se positivo, un comando; se negativo, un divieto. Ma un imperativo ha senso soltanto se pronunciato da chi ha la forza di imporre ad una volontà altrui questa limitazione”¹⁰⁴. Ora, secondo Jhering, poiché la forza ed il potere coercitivo sono dello stato, dei singoli organi statali preposti, il diritto è appunto indirizzato a costoro, in particolare al giudice, cui spetta applicare il precetto formulato in termini generali, anche se le norme destinate a regolare le più varie situazioni della vita di una società, per esempio un certo rapporto fra privati, hanno lo scopo pratico di investire e determinare l'azione dei privati. Esistono, però, alcuni precetti che non hanno un tale scopo, per es. “non rivolgono alcun imperativo al privato, ma ad esso devono essere applicate dal giudice”¹⁰⁵, e fra queste Jhering annoverava quelle sull'interpretazione delle leggi e dei negozi giuridici. Caratteristica di queste norme è che l'imperativo è rivolto al giudice e solo a lui e, in luogo dell'aspetto sostanziale di regolazione di casi della vita, prevale per esse un aspetto formale, organizzativo.

Quando, nel 1903, fu pubblicata la sua *Rede* (pronunciata l'anno precedente) dedicata al tema delle lacune, Zitelmann subiva ancora probabilmente, almeno in certa misura, l'influenza della lezione jheringhiana: il BGB era da poco diventato vigente senza tuttavia contemplare disposizioni destinate a regolare le fonti, la loro entrata in vigore ed efficacia nel tempo e nello spazio, nonché l'interpretazione, come avevano invece fatto, come sappiamo, il codice austriaco e quello italiano. Tuttavia, egli poté qualificare come giuridiche le *allgemeine Rechtsgrundsätze*, e tra queste le regole (non scritte) in materia di interpretazione, poiché esse, pur non rivolgendosi direttamente ai privati, sono tuttavia destinate ad essere applicate dal giudice¹⁰⁶. Sarebbe però, dal mio punto di vista, erroneo trarre da ciò la conclusione che Zitelmann seguisse, ancora all'inizio del secolo, la vecchia teoria imperativista. Certamente questo tema delle norme sulle norme sarà, nel corso degli anni, più volte toccato da Zitelmann, che continuerà a rifletterci anche dalla prospettiva del diritto internazionale privato, una delle aree di maggior interesse dello studioso tedesco, e vedremo che la sua opinione non resterà fissa ma subirà cam-

¹⁰⁴ R. v. JHERING, *Lo scopo nel diritto* (1887), Torino 1972, 239. Non potrebbe essere pertanto più chiara l'adesione di Jhering alla *Befehltheorie* ma non è certamente questa adesione a caratterizzare la grande personalità del libro.

¹⁰⁵ R. v. JHERING, *op. cit.*, 241.

¹⁰⁶ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht, Rede gehalten bei Antritt des Rektorats*, (Bonn 18 Oktober 1902), Leipzig 1903, 26 e 44.

biamenti. Tuttavia, è forse eccessivo ritenere che la messa a punto di una teoria delle norme sulle norme da parte di Zitelmann sia avvenuta solo molti anni dopo il suo scritto sulle lacune¹⁰⁷, ancora, per così dire, interamente ostaggio della impostazione che Jhering aveva dato al tema.

È necessario infatti considerare, come emerge in particolare da due studi che Emilio Betti dedicò al giurista tedesco¹⁰⁸, che già da tempo Zitelmann aveva abbandonato una sua visione più ristretta e razionalista della dogmatica giuridica, specie dopo aver meditato le tesi di un suo collega dell'università di Göttingen, Gustav Rümelin, che aveva nel 1891 pubblicato un libro nel quale sosteneva che l'interpretazione giuridica non può essere tutta compresa nel campo della logica poiché essa risulta fondata su giudizi di valore, in particolare su valutazioni di interessi in conflitto¹⁰⁹. Pochi anni dopo, nel 1896, lo stesso Zitelmann dedicava

¹⁰⁷ Così invece A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 398, secondo cui solo dopo aver abbandonato la tesi di Jhering – che le norme sull'interpretazione siano ordini rivolti al giudice – Zitelmann elaborerà la categoria delle norme sulle norme. Secondo Giuliani, Betti non avrebbe colto, nell'elaborare a sua volta la categoria delle norme di secondo grado, le fasi successive della riflessione di Zitelmann, di cui dirò più ampiamente.

¹⁰⁸ Si tratta di E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann* (1925), in ID., *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano 1991, 11 ss.; ID., *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1925, 33 ss. e 188 ss. Per un confronto fra Betti e Zitelmann sui temi della comparazione giuridica v. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011, 29 ss.

¹⁰⁹ V. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 47, con riferimento a G. RÜMELIN, *Werturteile und Willensentscheidungen*, Freiburg, 1891. Si allude qui, pertanto, a Gustav Rümelin, non a Max: il primo, nato nel 1848, il secondo nel 1861; il primo, che Luigi Lombardi, nella sua accurata ricerca, annovera, insieme a Zitelmann, nella generazione dei precursori del *Freirecht* – benché questa qualificazione si basi su un criterio largo di valutazione storica di quel movimento, caratterizzato dalla reazione, molto varia, alla rigidità della visione tradizionale del giuspositivismo; il secondo, noto come esponente della *Interessenjurisprudenz*: sulla sua opera in rapporto sia a quella di Heck sia alla *Freirechtsbewegung* v. L. LOMBARDI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 213 ss. Ora, sia G. Rümelin (*Werturteile*, cit., 9) che Zitelmann (*Lücken*, cit., 45 s., n. 18) condivisero l'idea che fosse compito dell'interprete colmare le lacune che inevitabilmente si aprono nella legislazione. È questo, del rapporto fra il ruolo del legislatore e quello dell'interprete – non solo del giudice – una volta riconosciuta l'esistenza di lacune, un tema come sappiamo fondamentale, che ha avuto una varietà di svolgimenti e che ho cercato di accostare nei termini di una necessaria complementarità fra i ruoli stessi, senza tuttavia alcuna pretesa di originalità ma nel solco di una importante tradizione in tal senso: v. ancora L. LOMBARDI, *op. cit.*, 259 s., cui *adde*, almeno, E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 135, 144, 228 ss., ecc., per la sua teoria della distinzione fra norma giuridica e massima di decisione. Si v. inoltre quanto già annotato nel corso del § 8, a proposito dell'evoluzione delle teorie soggettive ed oggettive sull'interpretazione, ed in particolare sulla elaborata proposta ermeneutica di

alcune pagine importanti al tema dell'interpretazione¹¹⁰, sostenendo che siccome il testo della legge offre solo una cornice all'interno della quale deve esercitarsi il ruolo del giurista, la corretta applicazione della legge richiede appunto "un'attività creatrice" integrativa del diritto (*nachschaffende Tätigkeit*)¹¹¹. La valutazione del caso deve certamente tener conto, per un verso, del complessivo sistema giuridico, soddisfacendo un'esigenza logica, e quindi è compito del giurista desumere da esso *Grundsätze*, principi giuridici¹¹² che possano essere idonei per la soluzione del caso, anche quando tali principi non siano stati formulati esplicitamente dal legislatore ed anzi sia chiaro che questi non ne aveva avuto limpida coscienza, e però essi possano trarsi dal sistema. Per l'altro, proprio la considerazione del sistema giuridico nel suo insieme deve orientare l'interpretazione verso l'apprezzamento degli scopi della legge, onde poter adeguatamente rispondere alle esigenze che nascono dalle peculiarità del caso¹¹³. Esplicitamente egli qualificava l'attività interpretativa nel campo del diritto come un'attività che non si esaurisce in giudizi di verità ma in *Werturteile*, giudizi di valore, poiché la giurisprudenza non è solo attività cognitiva ma *Kunstlehre*, come anche la medicina¹¹⁴.

Dunque, il giurista non deve attendersi di trovare già pronto, nelle disposizioni dettate dal legislatore, l'assetto giuridico che propriamente dev'essere dato al caso, poiché invece a lui spetterà ricavare i principi generali (*allgemeine Grundsätze*) dai quali potrà trarsi quell'assetto, qualora essi non siano stati già enunciati dalla legge, principi che potranno

Emilio Betti, che a sua volta, tenendo conto di una pluralità di suggestioni, accreditò una concezione dell'attività interpretativa che supponeva il necessario apprezzamento degli interessi implicati e dello sfondo assiologico che tali interessi sottendono, in sintonia con le posizioni di Heck, esponente di spicco della *Interessenjurisprudenz*.

¹¹⁰ V. E. ZITELMANN, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft*, Bonn 1896, 15 ss.

¹¹¹ E. ZITELMANN, *op. ult. cit.*, 16 s.

¹¹² Si v. anche la concezione che della concreta esperienza giuridica accredita G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p 61 ss., secondo il quale i principi sono estratti dal pensiero riflesso della scienza giuridica immergendosi nell'azione umana e nei suoi specifici fini, storicamente determinati, e cercando per tale via "il criterio dell'azione", il suo orientamento. Così, trovare il principio, per l'interpretazione giuridica, è "ordinare secondo i principi che la reggono, gli sparsi momenti in cui l'esperienza si risolve. Ma ciò significa insomma non aggiungere nulla all'esperienza ritrovare quello che c'è nella esperienza, vale a dire essenzialmente ricostruire la vita interna la storia interna dell'esperienza" (p. 63).

¹¹³ E. ZITELMANN, *op. ult. cit.*, 19 s.

¹¹⁴ E. ZITELMANN, *op. ult. cit.*, 22. Su queste posizioni espresse da Zitelmann v. altresì E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto*, cit., 14 s.

essere desunti da disposizioni particolari¹¹⁵. Questi principi generali, o principi giuridici generali (*allgemeine Rechtsgrundsätze*), sono dunque gli elementi fondamentali di cui si avvale l'interpretazione ed è dalla complessiva valutazione di tali elementi (di nuovo: *tota lege perspecta*) che essa deve ricavarli, onde poter trovare una soluzione del caso concreto, anche quando manchi una disciplina apposita per regolare singole fattispecie o intere materie.

È sulla base di questa concezione dell'attività interpretativa, evidentemente sensibile alla temperie di rinnovamento degli studi giuridici e di reazione contro la giurisprudenza concettuale che attraversava la Germania a cavallo dei secoli, che Zitelmann affrontò il tema delle lacune e scrisse il suo saggio, destinato a così larga influenza anche sulla nostra dottrina. Mi pare si possa notare che, fra i giuristi italiani, *Lücken im Recht* sia stato spesso associato a *Il problema delle lacune* di Donati e credo che le pagine di Bobbio in merito abbiano fatto scuola, benché la discussione intorno allo scritto di Zitelmann risalga già agli anni venti. Secondo Bobbio, Zitelmann prima (1903) seguito poi da Donati (1910), con lo scopo di contrastare le concezioni legate al diritto libero, rovesciarono la teoria dello spazio giuridico vuoto, che risaliva a Karl Bergbohm¹¹⁶, sostenendo che non si dà uno spazio giuridico vuoto, che "*il diritto non manca mai*", ed è per questo che esso si costituisce in un ordinamento completo che, per definizione, esclude lacune. Accanto alle norme particolari che regolano i comportamenti e le conseguenze giuridiche che derivano da tale regolamentazione – cioè le norme di condotta – implicitamente ma sicuramente, al tempo stesso, l'ordinamento contempla una norma generale negativa (Zitelmann) o esclusiva (Donati) che nega, ovvero esclude possa applicarsi detta regolamentazione a tutti gli altri comportamenti, non previsti dalle norme particolari¹¹⁷. In que-

¹¹⁵ Cfr. E. ZITELMANN, *Die Rechtsfragen der Luftfahrt*, Leipzig 1914, 29 ss.

¹¹⁶ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Leipzig, 1892, 375 ss., opera dedicata *toto corde* alla confutazione del diritto naturale ed espressione di un positivismo "*nudo e crudo*", così G. CAPOGRASSI, *Karl Bergbohm (1848-1927)*, in ID., *Opere*, Milano, 1959, VI, 52. Il *rechtsleere Raum* è, nella visione di Bergbohm, libero dai vincoli posti dalle norme giuridiche e si affianca allo spazio da esse occupate, che all'opposto è giuridicamente pieno. Se un caso della vita cade all'interno di quest'ultimo ha rilievo giuridico, altrimenti – se perciò ricade nel primo spazio – è disponibile alla libera attività umana. Pertanto, non si danno lacune ma solo *limiti* dello spazio giuridicamente pieno, oltre i quali non esistono lacune ma attività libere, che il diritto non regola e alle quali resta indifferente.

¹¹⁷ V. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, 148 ss.

sto ordine di idee, secondo Bobbio, sia Zitelmann che Donati avrebbero sostenuto che tutti i comportamenti non compresi dalla fattispecie della norma particolare regolativa della condotta sono tuttavia anch'essi regolati da una norma generale esclusiva (o negativa), cioè dalla regola che nega o esclude tutti i comportamenti che non rientrano in quello previsto dalla norma particolare.

Ora, è certo che Zitelmann non condivideva le tesi di chi riteneva che il giudice dovesse trascurare il dettato legislativo, privilegiando una decisione che corrispondesse a criteri di equità, poiché così facendo, anche se con l'intenzione di perseguire un nobile scopo, è compromessa la certezza del diritto, nel tentativo di cercare una giustizia della decisione che, tuttavia, potrebbe tradursi nell'arbitrio del singolo giudice. Come sappiamo, egli invece era convinto che fosse compito proprio dell'interprete, e dunque anche del giudice, cercare la soluzione dei casi all'interno di un campo problematico rispetto al quale il legislatore non potrà dare altro che una cornice¹¹⁸. Egli era consapevole dei limiti della dottrina giustpositiva ed era ormai lontano da una concezione razionalistica ed astrattizzante del diritto. È perciò difficile immaginare uno Zitelmann intento a cercare puntelli per la tesi della completezza dell'ordinamento normativo, conoscendo le sue posizioni in tema di interpretazione. Mi sembra più probabile che, dal punto di vista di Zitelmann, affermare l'esistenza di un *allgemeine negative Grundsatz* fosse funzionale, più in concreto, ad escludere che l'interprete non sia provvisto di criteri di giudizio per i casi in cui non esista disciplina per certe materie e dall'ordinamento non possano desumersi *Rechtsgrundsätze* idonei a colmare, per via d'integrazione, la lacuna. Per questi casi, che Zitelmann qualificava come lacune improprie, *unechte Lücken*, si dovrà riconoscere che non esiste né regolazione né effetti giuridici, per esempio, diritti, oneri, obblighi, ecc.: un principio generale negativo sancisce questo stato delle cose. Il problema è allora quello di ricostruire nei termini più appropriati tale principio, proprio per come era stato pensato da Zitelmann nella sua *Rede* sulle lacune, e ciò nonostante alcune incertezze e conseguenti divergenze interpretative che il testo può ingenerare, sulle quali subito diremo.

¹¹⁸ V. E. ZITELMANN, *Selbstdarstellung*, pubblicata da H. PLANITZ in *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 1, Leipzig 1924, 202 ss.

12. Implicazioni antiformaliste della dottrina delle norme sulle norme

Come dobbiamo intendere dunque questo principio generale negativo? Bobbio¹¹⁹, e con lui l'opinione generalmente accettata, ritengono che, come pure per Donati, così per Zitelmann si sarebbe al cospetto di una vera e propria norma giuridica, che vale a chiudere l'ordinamento giuridico. Ora, è bensì vero, com'è stato rilevato¹²⁰, che il saggio di Zitelmann sulle lacune può prestarsi, su questo punto, a diverse interpretazioni. Tuttavia, mi pare che colga il segno Betti nel sostenere che il suddetto principio debba intendersi non come principio giuridico, come per esempio certamente è quello – nell'ordinamento giuridico tedesco, inespreso – che qualifica come giuridica la norma ricavabile dall'interprete per via analogica; ma che debba intendersi quale principio logico, che deriva dalla assenza di una regolazione positiva. Esso risulta, scrive Betti leggendo Zitelmann, “di riflesso dalla totalità delle stesse norme contenenti disposizioni positive, nel senso che è, per così dire, il rovescio di tutte queste norme prese insieme”, ed è da intendersi come “principio periferico, un criterio-limite dell'ordine giuridico”¹²¹. In fondo, proprio all'opposto di

¹¹⁹ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 149 ss., e, come accennato, già altri prima di lui, tra cui A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, 135 s.; C. GANGLI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, *ivi*, 1923, 137 ss.; G. BRUNETTI, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Torino 1925, 41, 47, 51 ss.; G. PACCHIONI, *I principii generali di diritto*, in *Arch. giur.*, 1924, 133 ss., spec. 138 ss. Per Pacchioni la giurisprudenza, intesa in senso lato, è fonte del diritto positivo e in ciò risiede un limite per il giudice, che deve tener conto della scienza giuridica. Se pertanto lacune si danno nel sistema legislativo, non se ne danno invece “nel più vasto sistema del diritto in generale, il quale è costituito, oltre che dalle *leges*, anche dai *iura*” (p. 145). Anche Pacchioni accomuna però le teorie di Zitelmann e Donati: v. p. 146, n.1. V. altresì A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch. giur.*, 1923, 167 ss., spec. 176 ss., che dopo aver provveduto ad una ricognizione delle teorie che negano e di quelle che ammettono l'esistenza di lacune dell'ordinamento giuridico, accomuna anch'egli le tesi di Zitelmann e di Donati (p. 181) ritenendo che entrambe contemplino una norma generale di chiusura dell'ordinamento. Che la *norma generale esclusiva* debba intendersi, secondo la tesi di Donati, come vera e propria norma giuridica, sì che da essa “*derivano diritti ed obbligazioni distinte da quelle prodotte dalle varie norme particolari*”, e perciò tale norma è da intendersi come produttiva di rapporti giuridici diversi da quelli riconducibili alle norme particolari, è affermato espressamente da quest'autore, v. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, *cit.*, 41 ss.

¹²⁰ V. E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto*, *cit.*, 22, n. 22.

¹²¹ V. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 21, il quale ulteriormente chiarisce il pensiero di Zitelmann, osservando che qualora il giudice, applicando la legge, neghi l'esistenza di un diritto, di un obbligo, ecc., non è che faccia così applicazione dell'*allgemeine negative Grundsatz*, che non è norma giuridica ma solo riflesso logico di tutte le norme giuridiche,

Donati, secondo cui la norma generale esclusiva è “*vera e propria norma giuridica*”¹²², risulta invece testualmente che, secondo Zitelmann, “*occorrere una norma giuridica per far sorgere un effetto giuridico: non ne occorre alcuna per escludere che sorga*”¹²³.

Come già accennato in chiusura del § che precede, questo principio negativo, di portata generale, assolve ad un ruolo molto concreto, quello di permettere al giudice di applicare il diritto vigente, negando che possa riconoscersi, per un certo caso, una qualificazione giuridica. Per Zitelmann, dunque, il principio generale negativo non è una norma sulla norma, non è criterio giuridico desumibile dalla *Rechtsordnung* per guidare l’interpretazione. Al contrario, proprio quando non si debba ricorrere ad esso (quando cioè l’interprete sia in grado di rintracciare, nell’ordine giuridico, una disciplina per il suo caso, sia in quanto direttamente contemplata dal legislatore, sia perché desunta dallo stesso interprete tramite l’individuazione di una analogia con altra fattispecie, sia infine perché derivata da un principio generale), proprio allora si apre lo spazio di applicazione delle norme sulle norme, cioè di quei principi giuridici – questi, effettivamente, giuridici, *Rechtsätze* – che regolano l’attività interpretativa. L’operatività logica del principio generale negativo, pertanto, è del tutto negativa quando, delineando un limite, segnando una periferia – seguo la metafora bettiana già ricordata – del giuridico, indica all’interprete un’area non giuridicamente regolata o qualificabile solo in termini negativi: non c’è un diritto, un obbligo, ecc., poiché non c’è norma regolativa della condotta e non può prodursi l’effetto giuridico che sarebbe conseguito dalla sua esistenza. Ma, una volta constatata l’impossibilità di applicare al caso determinate norme positivamente stabilite dal legislatore, l’interprete può anche individuare una regola per esso, sfruttando i principi giuridici che disciplinano l’interpretazione delle norme e il modo di colmare le lacune.

Questi principi sono, ripeto, vere norme regolatrici dell’ordine giuridico, norme sulle norme, *Rechtsätze über Recht* o, come aveva scritto

prese nel loro insieme. Egli applica invece, negativamente, le *Sachnormen*, le norme sostanziali, non riconoscendo il diritto, l’obbligo, ecc.; e inoltre, le applica in via mediata, “*perché siffatta applicazione negativa si opera attraverso l’osservanza di quelle norme che disciplinano l’interpretazione delle norme giuridiche e il modo di colmarne le lacune*” (p. 23, n. 24). Dunque, le norme sulle norme, o norme di secondo grado, secondo la terminologia di Betti, sono *Rechtsätze*, non lo è invece il principio generale negativo, che è solo criterio logico, non proposizione giuridica.

¹²² V. D. DONATI, *op. cit.*, 41.

¹²³ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, cit., 18.

Vittorio Scialoja¹²⁴, diritto che governa le leggi, diritto che vige indipendentemente dalla sua esplicita formulazione (che in effetti, si ricorderà, non c'era nel caso del BGB). È vero tuttavia, come era stato notato¹²⁵, che il pensiero di Zitelmann non si fermò ai risultati ottenuti con *Lücken im Recht* e che in questo saggio egli ancora sembrava concepire i principi in materia di interpretazione come norme legali, cioè come norme riconducibili all'ordinamento statale, benché non da esso esplicitate ma desumibili dall'interprete. Direi che, su questo punto, lo scritto sulle lacune non scioglieva tutti i dubbi: per un verso, le norme in materia di interpretazione sono "diritto tedesco positivo", dall'altro, esse non sono scritte "perché s'intendono da sé"¹²⁶. Non è chiarissimo se l'autore volesse riferirsi, con l'espressione "diritto tedesco positivo", al diritto dello stato: forse sì, se si pensa al peso enorme che esercitava in Germania il presupposto statualista del diritto, maggiore che in qualsiasi altro ordinamento europeo; forse no, se si inclina a ritenere che già al tempo in cui scriveva il saggio sulle lacune Zitelmann avesse, se non maturato, almeno intuito ciò che anni dopo esplicitamente dichiarerà, e che forse già s'intravede nella affermazione che le norme sull'interpretazione "s'intendono da sé".

In un saggio del 1919¹²⁷ Zitelmann affrontò il tema più ampio del diritto sul diritto, *Recht über Recht*, un diritto che regola la formazione del diritto, la sua interpretazione, il rapporto fra ordinamenti o tra fonti di distinti ordinamenti. Il diritto sul diritto, perciò, è costituito da *Rechtsätze* che hanno diverse finalità ma "la caratteristica comune di non disporre immediatamente l'effetto giuridico da ricollegare ad una fattispecie, come le norme sostanziali, ma di esprimere o di determinare qualche cosa che concerne l'ordinamento giuridico nel suo complesso o una parte di esso"¹²⁸. Questi *Rechtsätze*, secondo il giurista tedesco, non dovrebbero assimilarsi alle norme sostanziali che regolano la condotta, poiché essi sono "qualcos'altro, a sé stante"¹²⁹, e tuttavia egli non dubitava della loro giuridicità. La loro articolazione nelle tre aree ricordate – le regole

¹²⁴ V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, cit., 47.

¹²⁵ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 398. Giuliani aveva compreso che "la penetrazione dell'opera dello Zitelmann nella scienza giuridica italiana è un capitolo meritevole di essere esplorato" (p. 397). Devo proprio alle sue riflessioni il mio interesse per l'argomento.

¹²⁶ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, cit., 26.

¹²⁷ E. ZITELMANN, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Dir. internaz.*, 1961, 152 ss.

¹²⁸ E. ZITELMANN, *op. ult. cit.*, 153.

¹²⁹ E. ZITELMANN, *op. loc. ult. cit.*

sulle fonti, quelle sull'interpretazione e quelle sui rapporti fra ordinamenti – “*risponde alla natura delle cose*” e Zitelmann ricordava, a questo proposito, le Parti generali che la Pandettistica usava premettere ai propri sistemi. Naturalmente, esse possono essere disposte esplicitamente e direttamente dalle costituzioni o da altre fonti ma, quando anche ciò avviene, resta che esse rinviano ad altre regole, e infine alle “*regole sull'interpretazione che hanno natura originaria, che sono valide di per sé*”¹³⁰. Dunque, regole che si comprendono da sé, che sono valide di per sé, per mezzo delle quali orientarsi nell'attività interpretativa: potremmo dire, con Giuliani, norme di riconoscimento¹³¹. Zitelmann non giungerà ad un'elaborazione compiuta delle norme di riconoscimento ma sostenne che, in particolare, quelle sull'interpretazione hanno un fondamento originario, non riconducibile ad altre norme poiché “*si tratta... di regole valide 'naturalmente' (il tanto criticato diritto naturale resiste, su questa posizione, contro ogni attacco)*”¹³².

Cosa intendeva Zitelmann affermando che i princìpi in tema di interpretazione sono regole di diritto naturale? Regole di diritto razionale, valevoli sotto ogni cielo? Regole di diritto storico, legate alla tradizione culturale, sociale, giuridica di un popolo? Forse una ricerca più accurata potrebbe almeno formulare ipotesi. Mi sembra tuttavia certo che egli era convinto, al tempo in cui scrisse il saggio ora in esame, che le regole sull'interpretazione non sono di derivazione statuale e, se si pensa che ormai da tempo egli coltivava una concezione dell'interpretazione che aveva abbandonato i presupposti giuspositivi, mi sembra altrettanto certo che la sua concezione delle norme sulle norme – almeno di quelle sull'interpretazione – avesse implicazioni antiformaliste. Beninteso, si tratta di implicazioni che non possiamo che leggere in chiave di continuità e coerenza con una visione dell'esperienza giuridica che Zitelmann aveva maturato da tempo e che era estranea ad ogni torsione soggettivistica dell'attività interpretativa. Ebbene, sono proprio queste implicazioni che la dottrina italiana, come ha colto benissimo Giuliani, ha rifiutato ed anzi occultato o rimosso accuratamente, specie con l'assimilare la dottrina di Zitelmann a quella di Donati, e con il considerare anzi la seconda un perfezionamento della prima.

Questo esito della recezione del giurista tedesco in Italia non sorprende perché in sintonia con l'indirizzo ancora prevalentemente forma-

¹³⁰ E. ZITELMANN, *op. ult. cit.*, 156.

¹³¹ V. *supra*, nota 52.

¹³² E. ZITELMANN, *op. loc. ult. cit.*

listico e positivistico della dottrina italiana dei primi decenni del secolo, i cui orientamenti, come sappiamo, rimasero in larga misura estranei alla reazione che si manifestò in Francia e in Germania contro la scuola dell'esegesi e contro il concettualismo della pandettistica. Per i giuristi italiani sarebbe stato arduo rivolgersi ad uno Zitelmann contestatore del positivismo giuridico, che era arrivato a sostenere che le norme sull'interpretazione sono norme, in qualche senso, di diritto naturale; e molto più semplice invece, e rassicurante, ricostruirne il pensiero facendone un alfiere della completezza dell'ordinamento giuridico, una completezza assicurata da una norma generale negativa. Sappiamo, del resto, che con il codice civile italiano del 1942 si arrivò a stabilire espressamente, nell'art. 12 delle preleggi, che i principi generali non sono principi del diritto ma dell'ordinamento giuridico dello stato, riaffermando così la provenienza esclusivamente statualista delle norme sulle norme che, proprio per il loro oggetto, per il fatto cioè di essere indirizzate a regolare le vicende di altre norme, a maggior ragione devono intendersi solo, e rigorosamente, come precetti statali. La divaricazione fra gli esiti maturi della riflessione di Zitelmann e quelli del positivismo codicistico italiano non potrebbe apparire in termini più netti ma il nome del giurista tedesco resterà associato alla tesi che più rigidamente ha incarnato i presupposti culturali della lezione giuspositiva, cioè quella della completezza dell'ordinamento.

13. *La recezione di Zitelmann in Italia e il problema di una dottrina per il riconoscimento del diritto. Le norme strumentali secondo Betti*

Le regole in materia di interpretazione furono lette dalla dottrina italiana anche sulla scorta delle teorie di Zitelmann e di Donati. Se la concezione jheringhiana dei destinatari delle norme – che assicurava un ruolo alle norme strumentali, al *Recht über Recht*, stabilendo che si trattava di ordini di applicazione rivolti al giudice, ancora sulla scorta di una lettura imperativista del diritto – era ormai stata abbandonata e considerata “*un falso problema*”¹³³, una dottrina del riconoscimento del diritto poteva fornire nuova spiegazione al fenomeno. Mi pare si possa dire che questa dottrina, in Italia, è stata quella della costruzione gradualista dell'ordi-

¹³³ Così S. ROMANO, *Norme giuridiche [destinatari delle]*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 144.

namento. Una volta respinte, o ignorate, le prospettive offerte da una impostazione problematica come quella di Zitelmann, una versione della *Stufenbautheorie* avrebbe dato nuovo lustro alle preleggi, sia per scongiurare ogni tentazione di accreditare una diversa versione delle norme di riconoscimento, più orientata verso l'equità¹³⁴ o comunque verso un indirizzo antiformalista, sia per sostenere che, accanto alla prevalenza gerarchica delle disposizioni costituzionali, derivante dal nuovo ordine repubblicano, una più antica gerarchia, di tipo strumentale, continuava a fare perno sul codice civile e sul suo titolo preliminare. È ancora Alessandro Giuliani a notare che non casualmente il *mainstream* della dottrina civilistica, con Francesco Santoro-Passarelli, aveva rifiutato la versione bettiana delle norme sulle norme – o norme di secondo grado, come preferiva la terminologia di Betti – perché fondata su una teoria del riconoscimento del diritto che “*avrebbe finito per attenuare il valore delle preleggi come norme strumentali*”¹³⁵.

Betti, com'è noto, aveva sottolineato che il ruolo delle regole legali destinate a disciplinare l'interpretazione deve giocarsi su terreno della esigenza “*di eliminare o ridurre al minimo, o almeno di circoscrivere in più angusto margine, l'incertezza*” che deriva dal libero esame dei precetti giuridici, e scongiurare i possibili “*risultati divergenti secondo le visuali soggettive e l'interesse degli interpreti*”¹³⁶. Da ciò la convinzione che queste regole legali siano tutt'altro che regole tecniche, prive di valore vincolante¹³⁷. Ciò detto, e come a bilanciare questo valore di certezza,

¹³⁴ Si v., per es., quanto sostiene F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., II, 109 ss., spec. 111, che appunto valorizza il ruolo dell'equità nell'interpretazione del diritto positivo e in particolare per la soluzione di problemi legati al “*conflit des lois anciennes et des lois nouvelles*” e sulla “*portée de la règle de la non-rétroactivité*”.

¹³⁵ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 398.

¹³⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 235.

¹³⁷ Vorrei sottolineare la peculiarità della posizione bettiana: da un lato egli riconosceva, come detto nel testo, pieno valore giuridico, normativo e vincolante, alle regole sull'interpretazione, che non devono intendersi come semplici massime tratte dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di ermeneutica giuridica. A queste conclusioni B. giunse anche sulla base di una ricostruzione della origine delle norme sull'interpretazione che, come si è visto, avevano avuto una genealogia bensì più risalente (della) ma altresì intrecciata con la storia delle codificazioni europee. Dall'altro, Betti evitava però di irrigidire questo riconoscimento, perché se è vero che la certezza del diritto è valore che l'ordine giuridico intende tutelare riconoscendo alla sola legislazione il ruolo nomopoietico, tuttavia il principio di separazione fra i poteri non può essere inteso in termini troppo rigidi. Il legislatore non dovrebbe cioè concepire tale principio sino a farlo coincidere con la rivendicazione di una pretesa di governare e coprire interamente, stabilendone la disciplina, l'area dell'attività interpretativa. Sui nessi fra disciplina

rivendicato come obiettivo primario per ogni ordinamento, che deve essere perseguito per quanto possibile, Betti chiarisce – è opportuno riportare distesamente le sue parole – come “*non sia da credere che questa materia possa essere regolata in modo esauriente da esplicite norme e sia da respingere quale frutto di mentalità astrattistica ispirata al pregiudizio normativistico del positivismo giuridico il postulato di una ‘norma’ sulla produzione del diritto nonché le norme dirette a regolare il vigore, la sfera di applicazione, i limiti nello spazio e nel tempo, l’interpretazione della legge e, in generale, delle norme giuridiche sostanziali*”¹³⁸. E ancora: “*i compiti e i criteri dell’interpretazione per un diritto in vigore danno luogo ad una problematica così complessa che sarebbe un’illusione credere ch’essi possono essere abbracciati e contemplati in modo esauriente da una disciplina legale dell’attività interpretativa: disciplina, la quale ha bisogno, essa stessa, di essere interpretata con canoni ermeneutici che vanno oltre quelli da essa fissati*”¹³⁹. Implicita ma evidente, in queste pagine bettiane, una profonda considerazione, cioè che i problemi posti dalle regole sull’interpretazione non possono essere affrontati e risolti (solo) a fil di logica, perché la loro complessità sottintende non solo un’estensione propriamente ermeneutica, già molto vasta, ma anche questioni istituzionali e sociali che riguardano i rapporti fra legislazione, giurisdizione, scienza giuridica, opinione pubblica: temi di fondo dell’ordine giuridico e del suo assetto culturale e sociale, temi intorno ai quali non si può pretendere di trovare soluzioni nette, precise, racchiudibili in formule, se non appunto a partire da una, scrive Betti, mentalità astrattistica.

Secondo Betti, inoltre, un’ulteriore conseguenza può essere tratta dalla disciplina legale dell’interpretazione, conseguenza che investe pienamente il tema istituzionale sopra evocato, dei rapporti fra legislazione e giurisdizione. Se spetta solo alla prima la “*competenza a porre le norme costitutive dell’ordine giuridico*”, alla seconda è affidato il compito di interpretare ed applicare i precetti normativi; pertanto, è in questo secondo ambito che “*l’elemento logico assume un’importanza preponderante*”, poiché il giudice deve comprendere appieno la portata normativa dei precetti, penetrando la loro *ratio iuris*, elaborando concettualmente gli istituti e la loro ordinazione sistematica. Nella sfera di competenza del giudice è

dell’applicazione della legge e ordinamento della magistratura v. A. GIULIANI N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 106, nonché A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 416 ss.

¹³⁸ V. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 241 s.

¹³⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 249.

assorbente la dimensione dell'intelligenza del contenuto precettivo delle norme e ne consegue che l'elemento logico – e, per conseguenza, la giustificazione della decisione – è decisivo. Nella sfera della competenza del legislatore, che ha il primario compito di disciplinare la condotta, si può (ed anzi talora si deve) ricorrere, beninteso, a “operazioni logiche” necessarie per comprendere e qualificare fenomeni sociali e poi configurare adeguatamente la disciplina che si intende varare. Ma “*il compito della legge...non è quello di determinare un mero sapere, ma quello di determinare una condotta*”¹⁴⁰. Da ciò deriva che mentre per il giudice, come è stato scritto¹⁴¹, il vincolo della motivazione e della sua coerenza è “*assorbentamente prescrittivo*”, l'esigenza della stima ragionevole da parte del legislatore, il rispetto di un criterio di *rationabilitas* delle scelte normative, non scompare ma deve lasciare intatto il margine per la valutazione propria della discrezionalità politica. D'altra parte, questa discrezionalità politica segna anche un limite per il legislatore, che non potrebbe legittimamente pretendere una estensione irragionevole della sua competenza verso l'area conoscitiva, definitoria, della conoscenza, che nell'esperienza giuridica è prerogativa della giurisprudenza teorica e pratica.

Infine, l'elaborazione bettiana sulle norme di secondo grado ricomprende in esse tanto le norme sull'interpretazione della legge che quelle sull'interpretazione dei contratti (artt. 1362 ss. c.c.), perché anche di queste ultime il giudice dovrà tener conto, decidendo una controversia, per poter determinare la massima di decisione. Ma, come già riferito, la dottrina civilistica prevalente non poteva accogliere l'impostazione di Betti: scontata la natura normativa delle preleggi ed accolta la qualificazione

¹⁴⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 247.

¹⁴¹ A. CERRI, *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit., 283. V. anche *supra*, n. 63. Si v. inoltre, a proposito della connessione – che è logica ed etica assieme – fra una politica legislativa che operi in sintonia con le esigenze suggerite dall'esperienza giuridica e non con quelle della ragion di stato, e una giurisdizione che sfugga alle tentazioni di un potere esercitato al di fuori dei necessari controlli offerti da un contesto di comunicazione fra interpreti ed alle sue “operazioni sociali”, A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., 13 ss. (p. 42, per la citazione riportata fra virgolette). In fondo, la “*restaurazione della 'prudenza nomotetica' presuppone la consapevolezza della identità tra ragionamento dialettico e ragionamento politico-legislativo*” (p. 45). Ma da questa restaurazione siamo evidentemente lontanissimi: la crisi delle istituzioni politiche è crisi della legislazione come la crisi delle istituzioni giudiziarie è crisi della giurisdizione, e ad esse corrisponde una più generale e profonda crisi di fiducia nelle relazioni sociali. Secondo A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 496, “*la crisi di una teoria delle fonti non è soltanto crisi di una teoria dei principi del diritto, ma altresì crisi delle istituzioni*”.

che si tratta di norme sulle norme, che cioè¹⁴² “regolano, in vario senso e sotto vari riguardi, l’operatività di altre norme”, esse sono, senza esitazione, destinate alla “individuazione della disciplina giuridica applicabile”, senza ulteriori precisazioni o limiti. Le disposizioni delle preleggi, inoltre, non possono essere accomunate a quelle del codice sull’interpretazione dei contratti, perché solo le prime permettono l’individuazione della regola giuridica da applicare mentre le seconde “servono ad individuare nei suoi esatti contorni... il fatto, cui l’ordinamento riconduce effetti, in ragione della valutazione operatane”. La separazione delle norme che regolano l’interpretazione delle leggi da quelle destinate alla disciplina dell’interpretazione dei contratti è preliminare alla valorizzazione delle prime, le quali, almeno dal punto di vista della loro strumentalità, della loro funzione di individuazione del diritto applicabile, si pongono “in una posizione di priorità rispetto a tutte le norme: anche a quelle costituzionali, che pure occupano, nel sistema delle fonti, una posizione sovraordinata”¹⁴³.

14. Dalle norme sulle norme alle norme di riconoscimento

Sappiamo che però la dottrina costituzionalistica, se in una prima fase aveva condiviso l’idea del valore costituzionale delle preleggi¹⁴⁴ ed aveva ammesso l’estensibilità della disciplina legale dell’interpretazione anche alle disposizioni formalmente costituzionali¹⁴⁵, successivamente si

¹⁴² F. SANTORO PASSARELLI, voce *Preleggi*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino 1966, 625.

¹⁴³ F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 627. Si noti che la preminenza strumentale delle preleggi investe, secondo l’autore, le disposizioni costituzionali anche nel senso che almeno l’art. 12, la disciplina dell’interpretazione, si estende anche ad esse: v. p. 629, n. 8. In fondo – questa mi pare l’idea che circola nelle pagine dell’illustre civilista – il codice e le sue preleggi non hanno perso prestigio e centralità per effetto dell’entrata in vigore della costituzione repubblicana: essa ha segnato non un rivolgimento “*ma uno sviluppo dell’assetto civilistico stabilito da un codice, che fu il frutto della scienza e della pratica giuridica italiana*”: così ID., *Note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 86.

¹⁴⁴ V. C. MORTATI, *Valore giuridico delle disposizioni generali sulle fonti del diritto nel nuovo codice civile*, in ID., *Raccolta di scritti*, II, Milano 1972, 705; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 16. Sull’argomento v. le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino 1970, 121 ss.

¹⁴⁵ V. F. PIERANDREI, *L’interpretazione della Costituzione*, cit., 155; ID., voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 943. *Contra* G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 133. Più di recente esprime ancora opinione contraria alla possibilità di utilizzare le regole sull’interpretazione stabilite nell’art. 12 preleggi anche per le disposizioni costituzionali F.

è orientata verso il disconoscimento della forza costituzionale delle preleggi¹⁴⁶. Da un lato, non si dubita ormai che i canoni dell'interpretazione facciano parte della materia delle fonti e che perciò il tema sia legittimamente attratto nella sfera della disciplina costituzionalistica; dall'altro, è venuto meno il primato del codice civile in materia di fonti e si è affermata la centralità della costituzione¹⁴⁷. In particolare, le regole in tema di interpretazione, attorno alle quali era stata sempre viva la discussione (vere norme giuridiche, persino di valore costituzionale o sovraconstituzionale? Semplici consigli, regole logiche? Addirittura proposizioni inutili e dannose?) restano ancora oggetto di controversia.

Nonostante sia diffusa non solo nella dottrina ma anche nelle applicazioni giurisprudenziali la distinzione fra disposizione e norma¹⁴⁸, che ha contribuito a rendere sensibili gli interpreti verso la peculiarità dell'at-

MODUGNO, *Interpretazione per valori*, cit., 36; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 264 ss. Favorevole, invece, A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 95 s., secondo il quale l'art. 12 può essere impiegato per l'interpretazione costituzionale purché non contraddica "la normatività e la superiorità della Costituzione". Pace ritiene che l'efficacia dell'art. 12 possa essere, nei confronti delle disposizioni di rango costituzionale, "quanto meno suppletiva". Proprio quest'ultima osservazione sembra pertanto confermare quanto notato da C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., 1666, a proposito dell'insufficienza – ormai condivisa nella dottrina costituzionalistica – per l'interpretazione costituzionale, dei precetti desumibili dall'art. 12, poiché essa richiede "il ricorso a canoni ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'interpretazione delle leggi".

¹⁴⁶ V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1968, 937.

¹⁴⁷ Si v. specialmente L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 19 ss., che a proposito della individuazione delle fonti contenuta negli art. da 1 a 9 delle preleggi afferma "come quasi nulla sia rimasto" di essa per effetto dell'avvento della disciplina costituzionale.

¹⁴⁸ T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., IX ss.; ID., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., 151 ss.; ID., *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., 69 ss.; ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351 ss.; V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 195 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 39 ss. (ivi la distinzione fra interpretazione-attività e interpretazione-prodotto); A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino 1991, 415 s. La distinzione riceve differenti impostazioni e sfumature anche in altri autori ma non riterrei decisivo approfondirla in questa sede: basta aver notato che è corrente nella dottrina e che ha attecchito anche nelle applicazioni della giurisprudenza. Si v., tuttavia, anche A.A. CERVATI, *Disposizione e norma*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 312 ss.; per una recente confutazione della distinzione v. ora M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 399 ss., con argomenti che non condivido ma che meritano, nella sede appropriata, valutazione attenta.

tività interpretativa, sono tuttavia rimasti estranei alla cultura giuridica diffusa molti aspetti dinamici di tale attività: dall'esigenza di tener conto della *ratio iuris* e pertanto del contesto in cui si collocano i precetti oggetto dell'interpretazione, a quella di apprezzare gli scopi della legislazione e perciò il suo sfondo assiologico e le conseguenze che essa implica, fino agli aspetti evolutivi dell'interpretazione. In senso opposto, la pressione dei principi costituzionali, non sempre enunciati direttamente ma anche ricavati in via interpretativa, e la consapevolezza della loro densità assiologica, ha sospinto anche le opinioni, che pure si erano mostrate meno propense ad abbandonare l'interpretazione della lettera e della volontà del legislatore, verso l'esigenza di cogliere la coerenza dell'ordinamento sul piano costituzionale¹⁴⁹. Successivamente, non solo i problemi posti dalla interpretazione conforme alla costituzione e dalle attività interpretative imperniate su bilanciamenti, ma anche quelli che derivano dalla elaborazione giurisprudenziale dei principi generali dell'unione europea e dal rapporto fra ordinamenti nazionali e sovranazionali, hanno ulteriormente e intensamente complicato i problemi ermeneutici del giurista. Problemi rispetto ai quali le proposizioni che disciplinano l'interpretazione, come quelle dell'art. 12, offrono ormai un contributo ancora significativo ma insufficiente.

Al di là della formalizzazione di regole interpretative in testi nor-

¹⁴⁹ Si v. la posizione espressa da L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, cit., 26 ss., che per un verso mostra di essere incline a rivalutare l'intenzione soggettiva del legislatore, contro l'interpretazione logica fondata sulla *ratio legis* (e, a maggior ragione, sulla *ratio iuris*), nonché a svalutare il rinvio al sistema e all'interpretazione teleologica e a quella storico-evolutiva; per l'altro, tenendo conto dei sopravvenuti principi costituzionali, rovescia la sua impostazione, affermando che essi hanno rilanciato "*in termini definitivi il momento sistematico*" e che "*la sistemazione vada perseguita pur quando non vi siano vuoti normativi da riempire*", richiamando il ricorso al diritto vivente e alla interpretazione adeguatrice (pp. 29 s.). V. anche ID., *Le fonti del diritto italiano*, cit., 109 s. Sul punto v. C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., p. 1668, che nota come questa posizione teorica si differenzi da quella di chi ha sostenuto la prevalenza dei principi costituzionali perché in essi si scorge "*una predeterminazione costituzionale di principi di giustizia*": in tale ultimo senso, com'è noto, vanno le tesi sostenute da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 129 e, più di recente, ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., 131 ss. Ha scritto che la costituzione è "*una sorta di diritto naturale secolarizzato*" A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., p. 218, senza peraltro chiarire in che senso egli si riferisca al diritto naturale. V. anche M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., 127 ss., che forse irrigidisce eccessivamente una distinzione fra interpretazione orientata ai valori (fatta coincidere con l'equità, sembrerebbe intesa nel tradizionale senso puramente soggettivo ed intuitivo) e interpretazione fondata sui canoni giuspositivi.

mativi – regole che valgono nei confronti di tutti gli interpreti, giudici compresi – anche l’esperienza giuridica più recente sembra denunciare in modo acuto le conseguenze della esilità di contesti sociali capaci di provvedere alla elaborazione di giustificazioni, di argomenti per il diritto. Non si tratta, giova ripeterlo, di immaginare un contesto comunicativo privo di fratture, di argomenti controversi, poiché all’opposto esso non può che costituirsi proprio sulla controversia, sul conflitto fra distinti orientamenti logici ed assiologici, che fanno da sfondo al concreto contrapporsi di interessi che innerva ogni dimensione sociale. Tuttavia, il conflitto non è il solo abitante di un contesto comunicativo, di una sfera pubblica giuridica: essa si popola, nel tempo ed in misura variabile, anche di orientamenti condivisi sulla base di elaborazioni che provengano dalla stessa legislazione, dalla giurisprudenza, dalla discussione scientifica, dal più ampio ambito degli interessi coinvolti e capaci di esprimere – nella sfera pubblica più generale come in quella propriamente giuridica, a cominciare dal processo – il proprio punto di vista¹⁵⁰.

La norma di riconoscimento – intesa l’espressione, lo ripeto, nel senso (ampio) sostenuto da Giuliani, di criterio di orientamento gnoseologico necessario all’interprete per indirizzare i propri apprezzamenti – non può essere ridotta a formula normativa, anche se elegantemente espressa. In questo senso, una disposizione come l’art. 12 – e come altre analoghe, ancora in vigore in altri ordinamenti – appare insufficiente non solo per il diritto costituzionale ma per l’interpretazione giuridica *tout court*. È invece necessario rivolgersi al contesto comunicativo, alla sfera pubblica, alla pluralità delle sue componenti, per cercare risposte adeguate alle questioni giuridiche. Se però il contesto sociale e comunicativo è debole, carente, l’interprete fatalmente si troverà di fronte a difficoltà rilevanti per l’apprezzamento di tali questioni.

Resta così aperto il problema di quali possano essere, in un contesto così sensibile al cambiamento ed alle sollecitazioni che provengono anche dall’esterno dell’ordinamento giuridico nazionale, le norme di riconoscimento del diritto per l’interprete. La tesi di Giuliani, che esse debbano ormai ravvisarsi in una versione aggiornata dell’equità, metafora base

¹⁵⁰ Si v. le profonde riflessioni di Betti sulla giurisprudenza, teorica e pratica, come organo della coscienza sociale, in E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 324 ss., troppo note perché torni a scriverne qui, ma anche ID., *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., II, 925 ss.; T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., XIV, n. 7, XXIII s., XXXII, XL s., XLIII ss.; ID. *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., 72 ss.; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 413 s., 421 s., 432, 440 ss., 498 ss.

dell'esperienza giuridica e delle attività interpretative che le competono, intesa sia nel suo collegamento con una importante tradizione storica che con il diritto positivo (tramite il suo vincolo ai principi)¹⁵¹ può destare perplessità.

L'equità che ha in mente Giuliani, come si è visto, non ha nulla della tratatizia concezione soggettiva che lascia all'intuito del giudice uno spazio interpretativo che sconfinava nell'arbitrio: la nozione di equità non è fissa, concettualmente rigida, ma il suo significato varia, invece, sia come conseguenza del mutare delle concezioni del diritto positivo che delle variazioni “*nel livello di razionalità e di moralità di una certa epoca*”¹⁵². Il terreno su cui essa è chiamata a dispiegarsi è quello di un ambiente sociale aperto ma non per questo privo di limiti. È vero che l'interprete si muove ormai in uno spazio che “*lo ha familiarizzato con la utilizzazione di principi metagiuridici – come la eguaglianza e la ragionevolezza*”¹⁵³, ma non mi pare, tuttavia, che sia ormai definitivamente alle spalle il retaggio della giurisprudenza italiana, impigliata nella contraddizione fra fedeltà al metodo giuspositivo e prassi giudiziaria che la contraddice. Lo stesso Giuliani aveva annotato che “*la nostra giurisprudenza si trova ad affrontare problemi analoghi a quelli di un judge-made law, ma senza il retroterra culturale, in cui le tecniche di quei giuristi trovano il loro sostegno*”¹⁵⁴. Il vero problema sembra essere quello della carenza di una razionalità storica – forse anche di una moralità – depositata nel costume culturale del giurista italiano, che si sia mostrata capace di individuare le norme di riconoscimento nella collaborazione di dottrina e giurisprudenza e nel rapporto stretto con le dinamiche sociali, economiche, politiche.

La suddetta carenza non è priva di conseguenze sul terreno istituzionale e della dogmatica delle fonti, alimentando confusione e crisi incessante della credibilità sia della politica che della magistratura: non si devono dimenticare le connessioni fra i problemi dell'interpretazione e quelli dei rapporti fra legislatore e autorità giudiziaria. In questo quadro non sembra sufficiente, benché sia necessario, richiamare un'esigenza comunicativa che valorizzi l'attività interpretativa del giurista, attività che dovrebbe collocarsi “*in una dimensione intersoggettiva e relazionale capace di sfuggire alla semplice risalente opposizione fra 'oggettivo' e*

¹⁵¹ V. *supra*, nota 83.

¹⁵² A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 441. V. anche *supra*, n. 7.

¹⁵³ A. GIULIANI, *ibidem*.

¹⁵⁴ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 414.

soggettivo”¹⁵⁵. È certamente necessario, perciò, insistere, come anch’io ho fatto in questo lavoro, sulla necessità di irrobustire un tessuto sociale fatto di discussione, di argomenti, di confronto fra opinioni, poiché è questo stesso tessuto che dovrebbe costituire il limite per la soggettività dell’interpretazione, un limite che, come si è visto, può essere inteso come elemento di valore costitutivo dell’esperienza giuridica. E si deve essere consapevoli che si tratta di un tessuto discontinuo, fatto di apporti diversi, tutti importanti, a partire dai luoghi della formazione dei giuristi, passando per le istituzioni giudiziarie, per quelle politiche e per quelle

¹⁵⁵ Così C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 1676. Importanti, a questo proposito, le riflessioni di L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, cit., 11 ss., spec. 28 ss. e 35 ss., a proposito della topica e del c.d. pensiero problematico, e 47 ss., per i limiti della topica e la esigenza di integrare il pensiero problematico con quello sistematico. Mengoni non tiene conto della teoria dell’argomentazione nella prospettiva di Giuliani. Si v. comunque anche ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, cit., 79 ss.; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 43 ss., secondo cui la dogmatica “*forma il nucleo specificamente giuridico della ‘precomprensione’ del giurista*” (p. 51). Dal punto di vista di Mengoni, peraltro, i concetti giuridici avrebbero perso, in larga misura, la pretesa di definire verità granitiche e sarebbero “*aperti alla critica, e quindi alla correzione o alla sostituzione con altri punti di vista*” (pp. 52 s.). Ciò, beninteso, è certamente necessario, forse non ancora sufficiente per sventare i rischi che possono derivare da un’eccessiva fiducia nelle elaborazioni dogmatiche, che può condurre verso esiti intellettualistici una teoria dell’interpretazione giuridica, come appunto sembra accadere alla riflessione di Mengoni: v. spec. p. 54, dove sostiene che per superare le condizioni di incertezza che derivano dall’aver accolto un’impostazione problematica, l’interprete deve rivolgersi al pensiero sistematico. Pertanto, egli deve verificare che l’ipotesi interpretativa sia idonea “*a stabilizzarsi in vista dell’applicazione a casi futuri... Il mezzo della verifica è la costruzione concettuale del caso, la quale trasforma il giudizio valutativo... in un concetto teoretico idoneo a collegare le circostanze di fatto a una fattispecie normativa, cioè a fornire il termine medio di un’argomentazione in forma dimostrativa*”. V. anche – per avere conferma dell’orientamento intellettualistico del pensiero di M. – a proposito della c.d. argomentazione orientata alle conseguenze, le pp. 106 ss. (dove però si avverte ancora la carenza che deriva dal non aver considerato la riflessione di Alessandro Giuliani, ed in particolare gli studi da lui dedicati all’opera di Ermogene di Tarso, retore che visse fra il secondo ed il terzo secolo d.C. e che ebbe consapevolezza “*della dimensione temporale dei problemi dialettici*”, e quindi anche delle questioni che implicano valutazione delle conseguenze. Giuliani ricorda che, attraverso la messa a punto dell’argomentazione *ab eventu*, già Ermogene aveva messo in luce l’utilità di un esame che concernesse il rapporto fra lo scopo di una azione ed i suoi risultati: non posso intrattenermi su questi complessi problemi ma v. A. GIULIANI, *La controversia*, cit., 120 (per la citazione riportata e, più ampiamente, pp. 113 ss.), nonché ID., *La logique juridique comme théorie de la controverse (à propos du περι τῶν στάσεων d’Hermogène de Tarse)*, in *Archives de philosophie de droit*, XI, 1966, 87 ss.). Mengoni ha cercato di tenere insieme ragionamento sillogistico e ragionamento probabile ma è dubbio che il tentativo sia riuscito, benché sia da riconoscere alla sua ricerca non solo profondità di analisi e di prospettiva ma anche spunti di grande rilievo, specie quando egli affronta problemi di diritto civile.

della p.a., infine per una sfera pubblica ampia, costituita da tutti gli interessi coinvolti dalle questioni giuridiche e capaci di parola, che facciano capo ad individui o a formazioni sociali. Singoli segmenti della trama di questo tessuto possono essere adeguatamente problematizzati: si pensi all'opportunità di tornare a riflettere sul precedente, un tema a partire dal quale potrebbero ancora offrirsi spazi di collaborazione fruttuosa fra i soggetti dell'esperienza giuridica¹⁵⁶. Tuttavia, tutto questo non sembra sufficiente ad avvalorare, nell'ordinamento giuridico italiano, un'idea di interpretazione imperniata sulla norma di riconoscimento dell'equità.

In senso contrario, come detto, gioca l'estraneità dell'esperienza giuridica italiana ad una tradizione e ad una prassi sufficientemente evolute

¹⁵⁶ Sul precedente giudiziale continuano ad essere molto importanti le riflessioni di G. GORLA, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quad. Foro it.*, 1966, cc. 5 ss., secondo cui "il problema della certezza del diritto è soprattutto problema della certezza della giurisprudenza" e richiama la sensibilità del *Manuale di diritto privato* di Andrea Torrente per la giurisprudenza ed i suoi precedenti, nonché già ID., "Ratio decidendi" e "obiter dictum" (1964), in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 331 ss.; ID., voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1981; ma v. anche N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, XXXIX, 201 ss., per il quale se è vero che "la legge, di per sé, dice poco o nulla al cittadino ed al giurista; occorre attendere l'interpretazione e l'applicazione da parte dei tribunali", tuttavia diventa allora fondamentale il "problema dei limiti e dei controlli" (pp. 202 s.) ed il ruolo del precedente giudiziario; G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, con importanti interventi di Guastini, Wróblewski, Twining, Sacco, Chiarloni, Taruffo, Zagrebelsky, Jayme, Calabresi, ecc., sui quali non posso soffermarmi; L. MONTESANO, *Aspetti problematici del "potere giudiziario" e della giurisprudenza "teorica" e "pratica" nell'Italia d'oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, XLV, 665 ss., il quale sottolinea come l'attenzione ai precedenti non dovrebbe – come purtroppo spesso avviene – attenuare nel giudice l'attenzione e la sensibilità per i fatti che caratterizzano le singole controversie e rivendica alla dottrina processualistica il compito di segnalare alla giurisprudenza questa esigenza di "ricercare, nella causa da decidere, non solo 'argomenti giuridici', ma anche ogni aspetto del 'fatto' diverso da quelli dei casi su cui si è formato il precedente" (p. 666); G. BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae iuris Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano 1994, 173 ss., spec. 183 ss. Per il giudizio costituzionale si v. A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Milano 1995, spec. 75 ss. e, per i precedenti della corte costituzionale, 127 ss. È peraltro significativo che un'attenta analisi della giurisprudenza della Cassazione italiana in tema di sindacato sulle sentenze equitative pronunciate ex art. 113, co. 2, c.p.c., abbia mostrato le difficoltà nell'individuazione di principi di settore idonei a guidare le soluzioni interpretative, al punto da lamentare una varietà ed imprevedibilità dei criteri enunciati dal supremo collegio nel tentativo di individuare i principi regolatori delle materie: v. F. ROSELLI, *Note sull'impugnazione della sentenza equitativa*, in A. BIXIO, G. CRIFÒ (a cura di), *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano 2010, 448, che scrive a tal proposito di "orientamenti caotici".

sul piano di una ricerca sociale, giustificativa, pluralista, delle soluzioni giuridiche: si può e si deve cercare di migliorare le condizioni di questa ricerca ma non si può, dal mio punto di vista, far finta di non vedere che essa è ancora oggi molto carente. In fondo, sembra ancora troppo rischioso, in un contesto culturale come quello che caratterizza l'esperienza giuridica italiana, ammettere che una logica giuridica intesa come logica del probabile implichi riconoscimento di “*più significati probabili di un testo in riferimento ad un caso giudiziale*”¹⁵⁷. Un tale esito della logica giuridica apparirebbe forse, per un verso, ovvio perché corrivo al malcostume applicativo del diritto, per l'altro, ancora estraneo alla tradizione interpretativa continentale, ed italiana in particolare, degli ultimi duecento anni. Non per questo si deve rinunciare ad interrogarsi sulle norme di riconoscimento. Mi chiedo allora se la discussione, ancora viva, che è nata dalle tesi di Dworkin¹⁵⁸ sul rapporto fra principi e regole possa essere ripresa, abbandonando però il terreno definitorio della distinzione fra i due termini – che non mi pare fecondo perché legato ad una concezione meccanica dell'interpretazione giuridica – ed invece tornando a riflettere, in una prospettiva più ampia, sul ruolo dei principi nell'attività interpretativa.

15. *Principi del diritto, canoni ermeneutici: la sensibilità del giurista nell'esercizio dell'attività interpretativa fra quaestio iuris e quaestio facti*

Se è improbabile che i principi del diritto, sia generali che di settore, tornino a somigliare alle *regulae iuris* del *mos italicus*, care alla riflessione di Alessandro Giuliani, non è forse impossibile che essi prendano distanza sia da formulazioni astratte, elaborate da una dottrina incapace di dialogare con le altre componenti dell'esperienza giuridica, che da procedimenti puramente induttivi, affidati alla sola razionalità soggettiva del singolo o alla mera intuizione dell'interprete. I principi hanno una funzione decisiva nell'esperienza giuridica e, in particolare, nell'attività interpretativa: tramite essi, forse prima e più che per altre vie, il giurista prende confidenza con la dimensione dell'incertezza. Se la certezza per il

¹⁵⁷ V. C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 1677.

¹⁵⁸ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna 1982, 90 ss., cui dobbiamo l'ormai celeberrima (beninteso, tra gli 'addetti ai lavori') tesi della distinzione logica fra principi e regole, tesi ripresa da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 147 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., 210 ss.

diritto è valore ed aspirazione che corrisponde ad interessi decisivi per la comunità, l'incertezza è l'ambiente in cui l'interprete è chiamato ad operare. Lo stesso art. 12 preleggi denuncia, con il suo comma 2, questo stato delle cose: “*se la controversia non può essere decisa con una precisa disposizione*”, si apre per l'interprete il terreno del “*dubbio diagnostico*”¹⁵⁹, che investe la valutazione giuridica del caso.

Si noti che questa incertezza, che il dubbio che prende l'interprete, non è di ordine logico (benché anche qualche aspetto logico possa essere controverso) ma assiologico. L'incertezza può essere superata solo con giudizi di valore, in particolare con giudizi di valore a carattere secondario – poiché, nell'esperienza giuridica, i giudizi di valore a carattere primario competono agli organi dotati di legittimazione politica, cui spetta la funzione nomopoietica – come quelli dell'interprete nell'esperienza giuridica, che dovrà “*rifarsi alle concezioni dominanti nella coscienza sociale dell'epoca in cui la norma fu posta, e così ritrovare la valutazione legislativa in essa immanente e latente; inoltre, deve tenere in conto le modificazioni di orientamenti normativi sopraggiunte nell'ambiente in cui la norma ha avuto vigore: solo così sarà in grado di intenderla e di applicarla secondo il suo spirito*”¹⁶⁰. Principi generali di diritto e principi di settore,

¹⁵⁹ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 307.

¹⁶⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 132, ma v. anche 108 ss. Sul rapporto fra soggettività interpretanti, mondo dei valori e realtà fenomenica sono da meditare attentamente, di Betti, i *Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione (posizione dello spirito rispetto all'oggettività)*, che come noto aprono la sua *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., I, 1 ss. Potrebbe forse essere proficuo per il giurista, partendo dalla sua propria sensibilità pratica per i problemi con cui quotidianamente si misura, tornare a quelle pagine. Vorrei provare a segnalare qualche tema di riflessione: il mondo dei valori, mondo storico – poiché è mondo dinamico e non trascendente, come lo è sempre, hegelianamente, tutto ciò che non può essere attinto con le scienze della natura ma con una conoscenza valutativa, che è “*costruzione continua, nella quale il soggetto pensante, man mano che viene scoprendo l'oggetto (il valore) viene formando se stesso*” (p. 24) – ma non privo di una sua oggettività ideale, trova anche la via per attingere “*una esistenza fenomenica*” per “*esistenziarsi*”, e questa via può percorrere non per virtù propria ma facendo “*assegnamento sopra un'istanza intermedia, alla quale è affidato un ufficio di mediazione al servizio di una causa: istanza, che è la spontaneità del soggetto stesso*” (p. 39). È così messo in luce il compito fondamentale dell'interprete, che non è di attingere un'oggettività ideale per offrirla al mondo reale, come fosse reliquia o reperto di un mondo definitivamente staccato da quello reale; bensì di adempiere “*un compito di mediazione fra l'oggettività ideale dei valori e l'oggettività reale del mondo sensibile, attuando l'una attraverso l'altra e procacciando al valore un'esistenza fenomenica, che manca ad esso come tale, all'infuori di quell'operare*” (p. 41). Questo compito, va sottolineato, si realizza non attraverso una attività solitaria in cui il soggetto interpretante, fidando solo della sua intelligenza e della sua coscienza, compie, demiurgo solitario, lo sforzo ermeneutico. Si realizza invece nel collegamento fra

perciò, sono chiamati ad esprimere criteri di valutazione cui potrà conformarsi tanto una norma giuridica che l'interpretazione di un giudice, poiché essi, secondo la celebre formulazione dello stesso Betti, si caratterizzano per “*un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)*”¹⁶¹.

Il riferimento ai principi come norme di riconoscimento, in questo ordine di idee, potrebbe contribuire a riportare nelle sue dimensioni più appropriate il tema della c.d. creazione giudiziaria del diritto: i giudici non creano diritto ma collaborano, attraverso il delicato compito della sua applicazione, alla formazione dell'esperienza giuridica. Questa for-

la coscienza individuale ed una “*sensibilità essenzialmente partecipabile*”, secondo l'insegnamento kantiano, collegamento che rende possibile l'esperienza e che dà luogo ad una “*comunicazione reciproca e... elaborazione concorrente rispetto all'oggettività dei valori*” (pp. 28 e 27). È un circolo di reciprocità – una delle manifestazioni del circolo ermeneutico – quello che lega l'individuo interpretante ad una più ampia comunione attinta da una vita collettiva, che sarebbe improprio qualificare hegelianamente come “*spirito oggettivo*”, ma che nondimeno, come concreta manifestazione di comune, eguale umanità, alimenta una “*continuità nella comunione dei vivi e dei trapassati, attraverso le generazioni che si succedono*” (p. 34). Non è forse questo circolo parte dell'esperienza quotidiana del giurista? Cos'è, in fondo, il valore della certezza del diritto, se non manifestazione esteriore di questa più profonda esigenza di connessione e inserimento dell'azione individuale in un dialogo più ampio, fatto dinamicamente di contrapposizioni ma anche di “*reciproca illuminazione*” (p. 36)? Ciò che accade, la realtà dei rapporti economici e sociali, il complesso divenire del mondo fenomenico, può essere così sottratto ad un'apprensione puramente intellettualistica, dogmatica, quasi che i pensieri umani siano già “*insiti nei fatti stessi, considerati astrattamente in una loro nuda oggettività*” (p. 47), per essere riportato ad un più complesso ma effettivo processo di apprendimento, che non è mai compiuto, mai irrigidito in una statica separazione fra verità ed errore. È ancora, come già si diceva nel testo, l'incertezza la vera protagonista del processo ermeneutico e questa incertezza dovrebbe suggerire al giurista apertura mentale, disposizione alla tolleranza per l'altrui punto di vista, poiché egli, come ogni essere umano, non è mai in grado di “*abbracciare ogni possibile contenuto dell'esperienza*” (p. 16). È ben noto, peraltro, che l'opera di Emilio Betti è stata, ed è tuttora, oggetto di numerosi studi e fra questi vorrei segnalare il n. 7 (1978) dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dedicato ad *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in particolare il saggio di G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, 165 ss. (sul quale non posso ora soffermarmi anche se lo vorrei, perché è questo, a mio giudizio, il più considerevole studio dedicato a Betti), ma anche quelli di Hans-Georg Gadamer, Franco Biondano, Antonio De Gennaro, Aldo Schiavone, Pietro Costa; G. MARINO, *Principi generali del diritto, ordine giuridico e interpretazione*, in V. RIZZO (a cura di), *Emilio Betti e l'interpretazione*, Napoli 1991, 45 ss.; G. CRIFÒ (a cura di), *Le idee fanno la loro strada La teoria generale dell'interpretazione cinquant'anni dopo*, Roma 2010, ricco di molti studi importanti fra i quali vorrei specialmente segnalare quello di A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti e lo studio del diritto costituzionale*, 139 ss., poi ripubblicato in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., 75 ss., sul quale dovrò ancora tornare.

¹⁶¹ E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 316.

mazione è una vicenda molto complessa, e in essa il ruolo dei principi, come norme di riconoscimento, è un ruolo espansivo, capace di propagarsi nell'ordine giuridico, tramite la loro "indole valutativa e assiologica"¹⁶². I principi giuridici potrebbero concepirsi come vere norme di riconoscimento se intesi non come concetti irrigiditi in astratte formulazioni, in "dogmi irrefutabili"¹⁶³, ma come fattori di emersione della realtà storica, che siano in grado di sintonizzare l'interprete "al fondo comune del diritto positivo e dell'ethos"¹⁶⁴, nell'apprezzamento delle esigenze della vita sociale. Se, intesi nei termini anzidetti, i principi giuridici possono essere norme di riconoscimento e perciò strumenti essenziali dell'interpretazione, suoi criteri direttivi, è evidente che rispetto ad essi, ancora seguendo Betti, può configurarsi un ruolo unitario di dottrina e giurisprudenza. Anche il legislatore può raccogliere ed elaborare un principio per trasferirlo nel testo normativo, tenendo conto di un contesto culturale e sociale in trasformazione, come ha fatto il costituente repubblicano. Ma il destino dei principi giuridici non è quello di cristallizzarsi in documenti normativi ed è insopprimibile la tendenza della giurisprudenza, teorica e pratica, a rielaborarne il contenuto, per adattarlo alle peculiari condizioni sociali e alle variabili caratteristiche dei casi concreti.

La elaborazione delle norme di riconoscimento, a partire dalla valutazione dei principi giuridici come criteri per la definizione delle massime di decisione dei casi, può ancora arricchirsi di una varietà di canoni ermeneutici che, per un verso, appartengono alla tradizione interpretativa diffusa nella comunità dei giuristi, e per l'altro dovrebbero essere intesi in una "prospettiva storica" senza "irrigidirne la portata conoscitiva", così da "mantenersi fedele ad una visione dinamica dei criteri di riconoscimento"¹⁶⁵ del diritto. Principi del diritto e canoni interpretativi – come quelli,

¹⁶² E. BETTI, *op. ult. cit.*, 317.

¹⁶³ V. A.A. CERVATI, *op. ult. cit.*, 100, il quale sottolinea invece la qualità dei principi come "orientamenti vitali, dialettici e valutativi".

¹⁶⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 319.

¹⁶⁵ A.A. CERVATI, *op. ult. cit.*, 97. Sul rapporto fra principi costituzionali e argomenti interpretativi, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti, si v. lo studio di R. BIN, *Diritti e argomenti Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, studio che ha certamente moltissimi meriti e che è giustamente celebre fra i costituzionalisti, ma che riterrei forse ancora troppo incline ad avvalorare la distinzione principi-regole secondo il punto di vista di Dworkin. Bin non manca di notare che Dworkin, con questa distinzione, sembra accreditare "una lettura sussuntoria e algoritmica dell'applicazione delle norme" (p. 10, n. 7), insomma la vecchia operazione "meccanica" basata sul presupposto della *lex clara*. Ma questa osservazione, che sembra implicare critica della tesi di Dworkin, non è poi portata verso ulteriori

generalissimi, messi a punto dallo stesso Betti, ma altresì come quelli, tradizionali, riconducibili, per es., all'argomento *a fortiori*, o *a contrario*, o a quelli *a maiori ad minus*, *a silentio*, *ab absurdo*, *a similibus ad similia*, ovvero a quelli per cui *eadem ratio eadem dispositio*, e della *mens spectanda*, ecc.¹⁶⁶ – chiamano ad una collaborazione dottrina e giurisprudenza, ad una integrazione degli sforzi che, in prospettiva, possa superare diffidenze e contrapposizioni sterili; ad un'attività comune di continua rielaborazione e messa a punto, che presupponga un ruolo distinto della giurisprudenza, teorica e pratica, da quello affidato agli organi titolari delle funzioni normative, ruoli che siano chiamati ad esprimere, secondo l'intuizione ascarelliana, “*un elemento della struttura costituzionale*”¹⁶⁷.

conseguenze. Anzi, esplicitamente Bin ritiene che l'impostazione del giurista americano “*non intacca la sua validità operativa in questo contesto, ossia la sua capacità di offrire uno schema, un modello iniziale*” (p. 10). A partire da queste premesse, la ricerca di Bin potrà notare come disposizioni costituzionali che, dal suo punto di vista, dovrebbero essere qualificate come regole (per es., l'art. 25 cost., nonostante l'indeterminatezza dell'espressione *giudice naturale*) siano state intese nella giurisprudenza costituzionale alla stregua di principi e soggette ad interpretazioni bilanciate, invece che semplicemente (verrebbe da dire, meccanicamente) applicata, secondo lo schema dworkiniano della regola (v. pp. 14 s., e 28 ss., ma il discorso può estendersi a tutta la ricerca di Bin). Tutto ciò non toglie che l'analisi attenta degli itinerari argomentativi della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti sia stato grande merito del libro di Bin, per es. quando nota che il nesso fra principi e valori costituzionali può essere colto, nella giurisprudenza della corte, “*in ordine a casi concreti*” (p. 34) e non in astratto; ovvero quando opportunamente sottolinea che i principi costituzionali si prestano ad applicazioni in base al canone del *tota lege perspecta* (per es., pp. 39 ss., benché il canone, secondo il punto di vista qui sostenuto, non vale certo per i soli principi: ma così si torna alla questione della discutibile idoneità gnoseologica della distinzione dworkiniana fra principi e regole). La netta esclusione, infine, dei bilanciamenti dall'area dell'interpretazione (v. spec. pp. 133 ss.) sembra essere diretta conseguenza di una visione, in fondo, meccanica di quest'ultima, che esclude dalle attività interpretative sia l'apprezzamento degli interessi coinvolti da una questione giuridica sia ogni forma di valutazione storico-evolutiva.

¹⁶⁶ *Contra* R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., 195, secondo il quale gli argomenti desumibili da brocardi o aforismi giuridici sono “*incapaci sempre di assurgere a criteri generali ed assoluti di direzione dell'attività interpretativa, perché, da un punto generale ed assoluto, gli uni quasi sempre in conflitto con altri*”. Senonché, questi argomenti possono intendersi come criteri generali ma il loro impiego dipende dalle caratteristiche del caso perché non esistono criteri che confezionino soluzioni giuridiche già belle e pronte, indipendentemente dalla concretezza dei casi. Lo stesso Quadri, del resto, lo testimonia quando sostiene che il conflitto fra i criteri si manifesta “*da un punto generale ed assoluto*”: un punto che non è però quello che interessa per la soluzione di questioni giuridiche. I criteri interpretativi non sono dogmi astratti ma canoni interpretativi che non devono essere irrigiditi e fra i quali il giurista è chiamato a scegliere per affrontare il concreto problema applicativo.

¹⁶⁷ V. T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., XXXIII: v. *supra*, nota 88; ID., *Norma giuridica e*

Come lo stesso Betti aveva ribadito, la giurisprudenza non è fonte del diritto¹⁶⁸, non lo è nel mondo contemporaneo poiché “*il bisogno di certezza del diritto predomina decisamente su quello di una giustizia differenziata secondo la concreta natura dei rapporti*”¹⁶⁹.

La “*concreta natura dei rapporti*”: tocchiamo così un'altra questione centrale dell'interpretazione giuridica che è interpretazione che investe un problema pratico, attinente alla sfera dell'azione umana e alla sua valutazione. Vorrei, a questo proposito, richiamare di nuovo¹⁷⁰ le annotazioni di Luigi Montesano, secondo il quale l'attenzione ai precedenti non dovrebbe – come purtroppo spesso avviene – attenuare nel giudice l'attenzione e la sensibilità per i fatti che caratterizzano le singole controversie e rivendica alla dottrina processualistica il compito di segnalare alla giurisprudenza questa esigenza di “*ricercare, nella causa da decidere, non solo 'argomenti giuridici', ma anche ogni aspetto del 'fatto' diverso da quelli dei casi su cui si è formato il precedente*”. La prospettiva di una collaborazione fra giurisprudenza teorica e pratica non è limitata alla *quaestio iuris* ma investe la dimensione del fatto, dimensione che sfugge anch'essa, oltre i limiti di ciò che è accertabile in termini incontrovertibili, ad una verifica puramente oggettiva.

È certo che, nel giudizio, “*i fatti rilevanti non sono dati, ma sono il frutto di una selezione della pressoché infinita molteplicità dei dati materiali disponibili*”¹⁷¹. Questa selezione è perciò guidata da una logica della rilevanza, una logica che rende labile la distinzione fra questione di fatto

realità sociale, cit., 87, da cui è tratta la citazione nel testo. Si v. anche le intense pagine di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 59: “*Scienza giuridica e diritto, in perenne processo, si integrano a vicenda. Quella costituisce il momento riflesso per cui questo acquista coscienza di sé, ma non già in vista di una generica esigenza contemplativa o conoscitiva, bensì per la sua connaturata necessità di massima possibile realizzazione. Norme e principi di diritto si realizzano tanto quanto si acquistano coscienza della loro portata*”.

¹⁶⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 328.

¹⁶⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 329.

¹⁷⁰ V. *supra*, n. 156. È stato notato, esattamente, che l'insindacabilità della motivazione nel ricorso per cassazione, per effetto della riforma del co. 1 dell'art. 360 c.p.c., riduce la possibilità, per la corte suprema, di “*confrontare la portata della norma con la vicenda di rilievo sociale in cui era maturato quell'ordine di vertenza*” (così A. TRAVI, *Intervento*, in *Giudici e legislatori*, cit., 504). Nel nostro ordinamento si è pertanto attenuata, invece che rafforzarsi, la connessione, vitale per tutta l'esperienza giuridica, fra *quaestio iuris* e *quaestio facti*. Condivido del tutto, con Travi, l'idea che a ciò sia necessario reagire anche con la proposta di “*una teoria condivisa dell'interpretazione giuridica, che risponda a criteri di ragionevolezza e che consideri, quanto ai risultati, un'esigenza di verificabilità*” (p. 505).

¹⁷¹ M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., 425.

e questione di diritto. Ora, altro è però stabilire che la rilevanza dei fatti per il giudizio “*trova il proprio fondamento nell’identificazione della norma che va loro applicata*”¹⁷²; altro ritenere che la valutazione della rilevanza dei fatti derivi dalla dialettica delle argomentazioni che si realizza nel giudizio. A segnare la strada sono ancora gli studi di Alessandro Giuliani: la controversia giuridica è un classico esempio di *quaestio mixta*, composta di valutazione giuridica e di valutazione dei fatti. Però, la seconda non può essere rigorosamente separata dalla prima, perché “*i fatti – in quanto eventi storici (res gestae) – appartengono al passato, la prova dei fatti avviene nel presente, le regole sono orientate verso il futuro*”¹⁷³. I fatti, secondo Giuliani, “*sont sélectionnés dans le raisonnement pratique*”¹⁷⁴, un ragionamento in cui sono interdipendenti questioni relative al fatto (*an sit*), questioni relative alla loro definizione (*quid sit*), questioni concernenti la loro qualificazione (*quale sit*). Da qui, la connessione fra diritto e fatto, potremmo dire l’insieme di relazioni che, nel giudizio, si pongono fra regole e fatti. Il discorso, a partire da questo punto, dovrebbe, ancora seguendo le ricerche di Giuliani, dirottarsi verso la teoria della prova e la sua storia e verso quella dell’*ordo iudiciarius*, con i suoi diversi modelli storici, e sarebbe però un altro discorso, benché connesso, certamente, con quello condotto qui.

Queste brevissime annotazioni sull’influenza della valutazione del fatto nei procedimenti interpretativi avevano il limitato scopo di segnalare la problematicità di un’impostazione che esaurisca la controversia giuridica nelle dottrine del circolo ermeneutico: l’interpretazione giuridica non è solo interpretazione di un testo e non è (non dovrebbe essere) assorbente, in essa, la precomprensione del giudice. In fondo, proprio la logica della rilevanza adottata, come si è visto, per la determinazione dei fatti di causa, mette a disposizione un efficace rimedio per difendersi dalla complessità dei problemi che derivano dall’indagine sull’azione umana: i fatti pertinenti sono selezionati sulla base di una tecnica confutatoria, concepita in termini negativi. Non si tratta per il giurista, tanto meno per il giudice, in particolare, di stabilire la verità dei fatti in sé ma solo con riferimento alle argomentazioni portate nella controversia, nel

¹⁷² Così, ancora M. LUCIANI, *ibidem*. *Contra*, v. l’ampia problematizzazione del fatto nell’esperienza giuridica di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 174 ss.

¹⁷³ A. GIULIANI, *Prova e convincimento: profili logici e storici*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1997, 251.

¹⁷⁴ A. GIULIANI, *Le rôle du “fait” dans la controverse (à propos du binôme “rhétorique-procédure judiciaire)*, in *Archives de Philosophie du droit*, 39, 1995, 233.

giudizio: la “*contraddittorietà rappresenterà un aspetto costitutivo nella ricostruzione del fatto*”¹⁷⁵. I fatti non debbono essere intesi in una prospettiva naturalistica, non possono essere appresi, conseguiti, come fossero verità oggettive né essere acquisiti con metodi sperimentali d’indagine ma sono invece da considerarsi come ipotesi controvertibili e controverse, intorno alle quali un giudice è chiamato a scegliere.

Vorrei perciò sottolineare che, per un verso, la considerazione del fatto suggerisce al giurista una modestia di accostamento alla sua valutazione: la logica controversiale di cui ragiona Giuliani è logica argomentativa, consapevole dei limiti della ragione nel campo dell’azione umana. Per l’altro, tenere insieme *quaestio facti* e *quaestio iuris* sottintende consapevolezza profonda della complessità dell’esperienza giuridica e delle valutazioni che essa implica: il circolo ermeneutico che parte (dai) e riporta ai testi si arricchisce, durante il suo percorso, di tutti gli elementi necessari ad un apprezzamento logico, sistematico, teleologico ed evolutivo. Compiuto il circolo – anzi, più correttamente, mentre esso si compie – la valutazione giuridica richiede all’interprete di misurarsi con la ricerca sulla concreta, controversa calibratura dei fatti, ricerca così delicata e cruciale per l’esperienza giuridica, senza la quale essa perde le sue peculiari caratteristiche di esperienza pratica, orientata alla regolazione dell’azione umana.

Il nesso fra fatto e diritto nell’attività interpretativa, mi pare si possa conclusivamente dire, riporta al centro, in questa messa a punto del ruolo sociale dei giuristi, la necessaria loro sensibilità per i valori e per le esigenze sociali, sensibilità che si esprime e coglie nel nesso fra dimensione assiologica ed apprezzamento dei mutamenti che caratterizzano la realtà sociale. Una sensibilità, tuttavia, che non dovrebbe mai accampare la pretesa sovversiva di prendere il posto della discrezionalità del legislatore ed anzi allenarsi nell’evitare di sovrapporre alle scelte di quest’ultimo proprie linee di politica del diritto. Non è sensibilità facile a svilupparsi e che richiederebbe, come già detto, anche un’opportuna formazione educativa nei giovani. Vorrei richiamare ancora la profonda riflessione delle pagine conclusive della bettiana *Teoria generale dell’interpretazione* che, nel porre la questione di una fenomenologia ermeneutica, indica per l’educazione dell’interprete l’esigenza di un “*crescente approfondimento del senso storico, come senso della continuità nel succedersi delle genera-*

¹⁷⁵ A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1971 (ristampa inalterata dell’edizione del 1961), 15; si v. anche ID., voce *Logica del diritto b) (teoria dell’argomentazione)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano 1975, 15.

zioni e spirito di tolleranza nella civile convivenza”¹⁷⁶. Non sembrano, queste, espressioni generiche o in puro stile parenetico: esse sono al fondo del compito concreto del giurista, che accanto alla “umiltà consapevole di una posizione allocentrica”¹⁷⁷, che è suggerita dalla consapevolezza di trovarsi inseriti come “semplici anelli di un’immensa catena” che collega viventi e trapassati, grandi spiriti ed umili artigiani del mestiere giuridico, dovrebbe allenarsi a “quell’apertura mentale e ampiezza d’orizzonte che si richiede nella civile convivenza per giudicare con serena equanimità degli atteggiamenti altrui”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., II, 962.

¹⁷⁷ Vorrei ricordare l’attenzione di Betti per la filosofia di Friedrich Nietzsche, le cui opere circolano in larga parte della sua produzione scientifica e alla quale dedicò anche un saggio: v. E. BETTI, *Per una interpretazione idealistica dell’etica di Federico Nietzsche* (1943-44), in ID., *Diritto metodo ermeneutica*, cit., 261 ss., al quale non posso dare qui il rilievo che meriterebbe. Richiamo l’interesse per Nietzsche perché, nel far valere la sua visione della continuità storica che l’interprete deve imparare ad apprezzare ed in cui è inserito, Betti richiama *La gaia scienza*, 337 (trad. it., Torino 1967-1979, con introduzione di G. Vattimo, 191 s.): “il senso storico è ancora qualcosa di così povero e freddo, e molti sono assaliti da esso come da brividi gelati e per esso diventano ancor più poveri e freddi. Ad altri appare come il segno della vecchiaia, che pian piano si avvicina e il nostro pianeta non è per loro che un triste inferno... [ma] chi sa sentire la storia degli uomini nella sua totalità come la sua propria storia”, può avvertire la storia come sentimento dell’umanità, “sentimento divino”. Merita altresì di essere segnalato l’interesse di Betti per Vico: v. E. BETTI, *I principi di scienza nuova di G.B. Vico e la teoria della interpretazione storica*, in ID., *Diritto metodo ermeneutica*, cit., 459 ss., interesse che molto darebbe da riflettere e sul quale mi proporrei di tornare in sede opportuna.

¹⁷⁸ E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., II, 964.

QUANDO IL GIUDICE DEVE (O DOVEVA?) “FARE DA SÉ”.
INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE,
INTERPRETAZIONE CONFORME,
DISAPPLICAZIONE DELLA NORMA DI LEGGE*

SOMMARIO: 1. Il biunivoco nesso tra interpretazione e applicazione. – 2. Le esigenze cui l’interpretazione conforme a Costituzione ha cercato di rispondere. – 3. Le stagioni del canone dell’interpretazione conforme. – 3.1. La sentenza n. 356 del 1996 come *dictum* per i giudici. – 3.2. Gli automatismi legislativi come freno agli eccessi dell’interpretazione conforme. – 3.3. Il limite del testo. – 4. Il limite dell’interpretazione conforme: il suo travalicamento nella disapplicazione. – 5. Il presunto timore di una deriva verso il sindacato diffuso. – 6. L’interpretazione conforme nell’ambito sovranazionale.

1. *Il biunivoco nesso tra interpretazione e applicazione*

Un’idea che ormai può dirsi consolidata nel pensiero giuridico attuale è che l’*unità* dell’ordinamento giuridico (inteso come un sistema di disposizioni normative tendente alla completezza e alla coerenza) non è un dato bell’e pronto, ma è un risultato cui si perviene (meglio: cui si auspica di pervenire) attraverso l’interpretazione. L’interpretazione delle disposizioni da applicare; l’interpretazione delle disposizioni sulle norme sulla produzione (prima tra tutte, della Costituzione); l’interpretazione delle stesse regole in materia di interpretazione; nonché (come è ormai sempre più evidente) l’interpretazione del caso concreto che pretende di essere giuridicamente risolto. Sono queste le premesse che consentono di spiegare l’affermazione per la quale *l’interpretazione è l’anima del diritto*¹. In

* Il presente lavoro trae spunto dalla lezione dal titolo «*Quando il giudice deve “fare da sé”. Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*», tenuta, per la Scuola Superiore di Magistratura, nell’ambito del corso «Giudizi incidentali di legittimità e conflitti tra poteri: il giudice comune e la Corte costituzionale», Roma, Palazzo della Consulta, 27 marzo 2019.

¹ R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsa-*

questo senso si parla oggi di ruolo *precettivo*, normativo dell'interprete: non solo l'interpretazione come *risultato* è precettiva – nel senso che essa non è volta alla mera conoscenza del significato intrinseco già contenuto nella disposizione, ma consente che a una disposizione siano ascritti più significati –; ma anche l'interpretazione come *attività* è precettiva – nel senso che l'interprete individua la regola da applicare al caso concreto².

La (frequente) non univocità del contenuto delle disposizioni legislative e la necessità che le fattispecie in astratto previste siano combinate con la realtà costringono il giudice (tutti i giudici) a effettuare una scelta tra interpretazioni tutte legittimamente plausibili. L'inevitabile (e, verrebbe da dire, fisiologica) incompletezza della legge (data la mutabilità delle situazioni concrete e la pressione che esse esercitano sul diritto) pone il giudice dinanzi a situazioni non disciplinate da alcun precetto (o, almeno, non esplicitamente disciplinate dal precetto vigente). Ciò comporta che il vincolo del giudice alla legge, postulato del gius-positivismo e dello stato di diritto, sia inevitabilmente sottoposto a rimeditazione.

Che il diritto non sia più proprietà di un solo soggetto (il legislatore), ma oggetto delle cure di tanti³; che la legge sia divenuta una soltanto tra le molte espressioni positive del diritto; che l'interprete sia ben lontano da quel "giudice bocca della legge" auspicato dal primo gius-positivismo, sono considerazioni su cui la comunità scientifica mostra ormai una diffusa consapevolezza. Chi potrebbe disconoscere il ruolo dell'interpretazione nella produzione normativa? Chi potrebbe trascurare la creatività-politicità dell'interpretazione giudiziaria?⁴ Ne-

bilità. Una prospettiva teorica, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE, R. SABATO (a cura di), *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi 10 anni*, Napoli 2006, 86.

² Sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino 2013.

³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, 213.

⁴ La teorizzazione dell'inscindibile connessione tra interpretazione – creatività – politica risale a H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano 1981, 229 ss. («in ogni sentenza è presente, in varia misura, un elemento decisivo, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la "vera" giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione

gare queste evidenze significherebbe chiudere gli occhi di fronte a “verità banali”⁵.

Oggi sembra un non-senso riproporre teoricamente l’antica questione della natura creativa della giurisprudenza⁶. Rimane, purtuttavia, ricca di significato quella sui limiti di tollerabilità di tale natura creativa. Detto diversamente: sui limiti che l’interpretazione può (e deve) continuare a incontrare. Allo stesso modo, è un non-senso limitarsi a discutere del nesso di inscindibilità tra interpretazione e applicazione del diritto: è evidente che nel diritto non vi può essere applicazione senza interpretazione. A ragionare diversamente il diritto risulterebbe – in contrapposizione a quel “diritto muto” di cui parla Rodolfo Sacco⁷ – verbalizzato ma “sordo”: sordo alle esigenze (o pretese) di giuridicizzazione che la realtà impone⁸. Ma, ciò che oggi assume una maggiore rilevanza sul piano della riflessione giuridica è la *reciprocità* di tale nesso, ossia la constatazione che non vi può essere interpretazione senza applicazione⁹: l’attribuzione di significato a una disposizione (atto dell’interpretare) è finalizzata alla determinazione della norma giuridica necessaria alla risoluzione della controversia concreta (atto dell’applicare).

giudiziaria lo stesso carattere “politico” che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione. Il carattere politico del legislatore si differenzia, quindi, dal carattere politico della giurisdizione non dal punto di vista qualitativo ma dal punto di vista quantitativo»). Ritornano su tale connessione, A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli 2010, 45; e M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, 882 («come può “non fare politica” un giudice che “crea” il diritto?»).

⁵ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984, 1.

⁶ M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Rivista AIC*, Annuario 2004 (*Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*), Padova 2008, 10, il quale parla di «contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli», quella per cui «il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo».

⁷ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna 2015; ma già in *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna 2007.

⁸ Una domanda che rimane al di fuori del perimetro di questo lavoro ma che merita di essere posta è se ogni pretesa che provenga dal *contesto* sociale debba necessitare di un *testo*, debba cioè necessariamente essere disciplinato.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 161 ss.

2. *Le esigenze cui l'interpretazione conforme a Costituzione ha cercato di rispondere*

Pur reputando la necessaria saldezza dei principi di legalità e di soggezione del giudice alla legge, esistono varie ragioni che esaltano il ruolo creativo della giurisprudenza:

a. il diritto posto dal legislatore è ormai *pluralista*; è il prodotto di un compromesso tra interessi diversi e spesso contrapposti;

b. l'esigenza costituzionale dell'*eguaglianza sostanziale* induce il legislatore ad avvalersi della concretizzazione operata dai giudici, dotati di poteri più flessibili e adeguati ai singoli casi di quanto non siano quelli del potere legislativo;

c. il ritardo con il quale il legislatore è in grado di provvedere alla richiesta della normazione induce i giudici a un uso obliquo della legge (attraverso l'interpretazione conforme o l'applicazione diretta della Costituzione), spesso per fini costituzionalmente rilevanti ai quali il legislatore non riesce a provvedere.

Ormai abbandonata la concezione meccanicistica dell'interpretazione propria del positivismo giuridico, è opinione largamente condivisa nella teoria contemporanea del diritto che l'interpretazione della legge non costituisce un momento accessorio o addirittura patologico nell'attività del giudice, alla quale il giudice potrebbe sottrarsi laddove l'ordinamento fosse completo e le disposizioni giuridiche non fossero vaghe o ambigue. Il diritto non si compie con la sola formulazione legislativa, ma anche nel momento in cui le disposizioni giuridiche acquistano contenuti determinati in rapporto alla fattispecie concreta da decidere, la quale ridefinisce continuamente il loro significato in rapporto all'evolversi delle domande provenienti dalla società. A garantire il rapporto indefettibile tra testi normativi e situazioni di vita è cioè proprio il momento interpretativo, la mediazione dell'interprete, a prescindere dalla quale le direttive del legislatore non potrebbero in alcun modo concretizzarsi in sede applicativa, né pretendere di regolare i comportamenti sociali: quello che è stato chiamato un «vagare qua e là» dello sguardo dell'interprete tra fattispecie astratta e qualificazione giuridica dei fatti¹⁰. Un atteggiamento che rende plasticamente l'idea che il diritto svolge una funzione eminentemente pratica: il diritto come scienza pratica e non teoretica.

¹⁰ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, IX.

L'interpretazione del diritto è, dunque, principalmente un *metodo* che consente l'applicazione del diritto e il corretto esercizio della funzione giurisdizionale. Ma, pone una domanda, particolarmente quando, attraverso di essa, il giudice compie un'altra operazione: quella di colmare una lacuna dell'ordinamento.

In questo contesto si inserisce la riflessione sul canone dell'interpretazione conforme a Costituzione¹¹. Formula con la quale si allude contemporaneamente: I. al fatto che la stessa Costituzione non è più oggetto di cura (nel senso della sua concretizzazione) del legislatore e (nel senso della sua tutela) della Corte costituzionale. Con la conseguenza che anche i singoli giudici sono chiamati a darne attuazione (attraverso appunto l'interpretazione conforme) o tutela (attraverso la proposizione della questione di legittimità costituzionale); II. al fatto che la disposizione da applicare deve essere interpretata con uno sguardo alla Costituzione e con uno sguardo al caso concreto, cercando la soluzione interpretativa che (tra tutte quelle plausibili) risulti adeguata sia ai parametri costituzionali, sia alle esigenze del caso.

3. *Le stagioni del canone dell'interpretazione conforme*

Ogni tentativo di periodicizzazione è certamente suscettibile di essere «discutibile, come tutte le scansioni di un ciclo che affianca momenti di continuità a momenti di discontinuità/novità»¹². E incontra certamente un limite intrinseco: la sua naturale propensione semplificatrice di discorsi che sono, al contrario, complessi, con il conseguente rischio di lasciare sullo sfondo alcune rilevanti peculiarità. Non può, però, trascurarsi la sua utilità: consentire, attraverso una rapida ricostruzione del tema, che siano, per le singole fasi della periodicizzazione, enfatizzate le diverse esigenze che, di volta in volta, hanno caratterizzato (e consentito di comprendere le soluzioni adottate in) ciascuna fase.

¹¹ La locuzione *interpretazione conforme* è perlopiù utilizzata quando si analizza il canone interpretativo dalla prospettiva del giudice comune. Quando tale attività interpretativa è svolta dalla Corte costituzionale, si è soliti qualificarla *interpretazione adeguatrice*. Al di là della diversa formulazione, è comunque evidente che, a seconda della prospettiva dalla quale si analizza il canone interpretativo (giudici comuni o Corte costituzionale), i problemi toccati possono essere diversi. Sulla distinzione, v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 2016, 440.

¹² L. ELIA, *Diritto costituzionale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano 1982, 357.

3.1. La sentenza n. 356 del 1996 come *dictum per i giudici*

Non si può negare che, per quanto già in precedenza fosse rinvenibile un richiamo, nelle decisioni costituzionali, all'interpretazione conforme, il *dictum* si è affermato, e da qui consolidato, con la sentenza n. 356 del 1996¹³, ove la Corte ha sostenuto che «in linea di principio, 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».

Affermazione, quella riportata, che ha avuto ulteriori sviluppi.

A) Una questione di legittimità costituzionale sollevata in assenza (o non sufficienza) di attività interpretativa da parte del giudice rimettente è dichiarata inammissibile: la Corte invita il giudice a tentare l'interpretazione conforme e a sollevare la questione di costituzionalità *solo* quando la ricerca non abbia dato esito. Il giudice, dunque, deve scegliere, tra più interpretazioni dotate di una sufficiente consistenza logica e giuridica, quella che ritenga la sola, o la più conforme, a Costituzione. L'obbligo e il potere di sollevare la questione permangono nella sola ipotesi in cui, verificate le diverse possibilità interpretative, non possa alla disposizione attribuirsi «altro che un significato di (almeno) dubbia costituzionalità»¹⁴. Dunque, la Corte non solo abilita, ma *impone* (pena l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale).

B) Non solo il giudice rimettente è chiamato a ricercare, tra i significati possibili, quello costituzionalmente corretto, ma è legittimato dalla stessa Corte costituzionale a dar seguito all'interpretazione che reputa adeguata alla Costituzione, *pur in presenza di una (diversa) norma vivente*. Ciò ha determinato un mutamento di prospettiva nella giurisprudenza costituzionale: se prima, in presenza di diritto vivente, la stessa Corte si asteneva dall'interpretare, ora, pur nelle medesime circostanze, abilita il giudice a distaccarsi dall'orientamento giurisprudenziale consolidato reputato di dubbia costituzionalità, per ricavare dalla disposizione una norma conforme¹⁵. La norma vivente diviene *cedevole* di fronte a una qua-

¹³ Come è stato detto, «[q]uel che era nuovo era l'evidente sforzo di fare delle affermazioni "di sistema", destinate a orientare (come puntualmente è stato) i futuri indirizzi» (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 466).

¹⁴ A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1085.

¹⁵ Si legge, nelle decisioni costituzionali riconducibili a questa stagione, che al giudice non è precluso «pervenire a una lettura della norma *secundum Constitutio-*

lunque diversa interpretazione che il singolo giudice ritenga preferibile, con l’avallo della Corte costituzionale, se non sul contenuto di tale interpretazione, almeno sul potere di adottarla al posto di quella vivente¹⁶. In tale contesto si assiste all’incremento delle ordinanze di inammissibilità della questione di legittimità. Decisioni che, però, di per se stesse, per la loro struttura, non sono idonee a tradursi in suggerimento del significato conforme a Costituzione; e che sono perlopiù percepite dai giudici come un rimprovero per “insufficiente sforzo interpretativo”¹⁷.

C) Questo onere di ricerca dell’interpretazione conforme ha ricevuto risposte differenti da parte della dottrina. Alcuni commentatori hanno criticamente messo in luce che esso assumeva le sembianze di un non previsto «terzo requisito» d’ammissibilità della questione incidentale, ulteriore rispetto a quanto stabilito dall’art. 23 della l. n. 87 del 1953. Altri, invece, pur riconoscendo l’esigenza di contenere la portata espansiva del canone, ne hanno messo in evidenza il legame con il criterio sistematico e il fatto che il suo ricorso può essere considerato la logica conseguenza del diritto da interpretare come intero, cioè come ordinamento comprendente legge e Costituzione¹⁸. Non è su questa divergenza, tuttavia, che ci si deve dividere.

nem anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco» (ordinanza n. 2 del 2002); agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, «qualora anche essi fossero [...] univoci, non può assegnarsi un valore limitativo dell’autonomia interpretativa del giudice» (ordinanza n. 367 del 2001); «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del “diritto vivente”, la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice rimettente» (sentenza n. 91 del 2004); il giudice ha «solo la facoltà e non l’obbligo di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale» (sentenza n. 252 del 2005); la presenza di una pronuncia della Corte di cassazione, ancorché a sezioni unite, non è sufficiente a ritenere implausibile l’interpretazione offerta dal giudice rimettente» (sentenze n. 236 e n. 119 del 2015).

¹⁶ A titolo di esempio, ordinanze n. 20 del 2001; n. 209 e n. 472 del 2002; n. 19, n. 107 e n. 109 del 2003.

¹⁷ Sul tema, A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, cit., 1082; A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corriere giuridico*, 2004, 985 ss.; 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 785.

¹⁸ M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014. Sulla incidenza del canone dell’interpretazione conforme sul requisito della non manifesta infondatezza, sia consentito rinviare a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., vol. II, 123ss.

3.2. *Gli automatismi legislativi come freno agli eccessi dell'interpretazione conforme*

Un primo arresto di questa espansione del ricorso al canone dell'interpretazione conforme – accentuata da un atteggiamento “rinunciatorio” della Corte costituzionale¹⁹ che, non volendo fare, finiva per lasciar fare – può cogliersi, nell’ottica di una periodicizzazione, in quelle decisioni costituzionali aventi quali oggetto delle questioni di legittimità costituzionale i c.d. “automatismi legislativi”²⁰. In particolare, in quella successione di decisioni (costituzionali e di legittimità) in tema di graduabilità delle misure cautelari nel processo penale. Nella sentenza n. 265 del 2010, la Corte costituzionale, in relazione a misure nei confronti di soggetti sottoposti a processo per determinati reati contro la libertà sessuale, dichiara l’incostituzionalità della custodia in carcere, in quanto prevista come conseguenza automatica, indipendentemente dalle ordinarie concrete esigenze di natura cautelare, demandando al giudice, caso per caso, la valutazione dell’adeguatezza della misura in riferimento ai

¹⁹ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente (2012)*, Lezione al «Seminario Tosi», Firenze, 15 maggio 2012, che denuncia l’uso eccessivo delle pronunce d’inammissibilità le quali finiscono necessariamente per alimentare l’attivismo dei giudici comuni, al posto dell’attività della Corte.

²⁰ Gli automatismi della legge sono quelli che, al verificarsi d’una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma generale e astratta, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma: se è *a*, deve essere *b*, senza spazi per la modulazione delle conseguenze alla stregua di elementi di fatto socialmente rilevanti. Utilizzando le parole della Corte costituzionale, ricadono nella definizione di automatismo legislativo quelle «presunzioni legali assolute che comportano l’applicazione di determinare misure o pene sulla base di un titolo di reato, con l’effetto di impedire al giudice di tenere conto delle situazioni concrete o delle condizioni personali del destinatario della misura o della pena» (sentenza n. 17 del 2017). Ne è un recente esempio, in materia di detenzione speciale domiciliare per madri e padri di figli minori, la sentenza n. 76 del 2017, ove si legge: «Se il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, nega in radice l’accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena e, così, impedisce al giudice di valutare la sussistenza in concreto, nelle singole situazioni, delle [...] esigenze di difesa sociale, non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale: si è al cospetto dell’introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell’interesse del minore. Questa Corte, tuttavia, ha già chiarito che, affinché il preminente interesse del minore possa non restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

singoli casi²¹. A seguito di questa decisione costituzionale²², la Corte di cassazione (Sez. III pen., 20 gennaio 2012, n. 4377) stabilisce che «l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art. 609-*octies* c.p. [violenza sessuale di gruppo]». Il giudice di legittimità ritiene, dunque, di poter trarre dal precedente costituzionale un'interpretazione analogica, così estendendo la norma posta dalla decisione costituzionale ad altre ipotesi, in presenza della medesima *ratio*. Secondo la Corte di cassazione, pur non avendo il giudice delle leggi preso in considerazione il reato della violenza sessuale di gruppo, «non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costi-

²¹ «Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato [quello relativo alle misure cautelari restrittive della libertà personale] – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena “individualizzazione” della coercizione cautelare. [...] Al fine di attingere, quanto meno ad un livello minimo e tenuto conto dei limiti delle questioni devolute allo scrutinio di questa Corte, la compatibilità costituzionale della norma censurata non è peraltro necessario rimuovere integralmente la presunzione di cui discute. Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano [...] specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere». Sul tema degli automatismi legislativi e del controllo sulla “eccessiva rigidità della legge”, v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., vol. I, 180 ss. (ma già nella edizione del 2012, 209 ss.); E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli 2014, 85 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 gennaio 2014; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2014; S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2018; G. SOBRINO, *Il divieto di porto d'armi a seguito di condanna penale tra interpretazione conforme, rinvio alla Corte Costituzionale ed intervento del legislatore: un altro «automatismo legislativo» “in caduta”*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018.

²² Per due letture contrapposte degli effetti conseguenti alla sentenza in esame v. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario*, in *Rivista AIC*, 1/2012; e M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts Democratic Values*, Napoli 2013, 3 ss.

tuzionale [...] appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierni ricorrenti e che il giudice è chiamato ad affrontare il tema di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame». Senza, dunque, sollevare una nuova questione, si è ritenuta autorizzata ad applicare il principio di diritto (l'incostituzionalità dell'«automatismo legislativo») in relazione ad altro delitto, che non era venuto in considerazione nella decisione costituzionale ponendosi così, essa stessa, come giudice facente funzione della Corte costituzionale. Sollevata da altro giudice analoga questione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 110 del 2012, reagisce a tale pretesa. Pur accogliendo la questione anche in relazione a tale ipotesi di reato (aderendo alla sostanza della pronuncia della Corte di cassazione), ammonisce le autorità giudiziarie che «fanno da sé». Bene ha fatto – sembra dire la Corte costituzionale – il giudice *a quo* che, invece di seguire la via indicata dalla Corte di cassazione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, «poiché le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate». «La lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre». Ecco, dunque, comparire «la lettera» come limite anche all'interpretazione conforme; la lettera nel senso dell'impossibilità di estensione: cioè la «lettera interpretata»²³.

Ai giudici, dunque, non spetta il potere di disapplicare la legge e solo una sentenza d'incostituzionalità, ottenuta attraverso la proposizione della questione alla Corte, esonera i giudici dalla soggezione alla legge che vale finché essa è in vigore. L'obbligo di tentare l'interpretazione conforme, previamente alla proposizione della questione d'incostituzionalità, incontra quel limite oltre il quale il giudice si sostituirebbe alla Corte costituzionale.

²³ Ritiene (ormai da tempo) che la lettera della disposizione *non* possa costituire un limite all'interpretazione conforme, F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014 (secondo il quale fra i limiti dell'interpretazione conforme non può «essere invocato il limite della c.d. interpretazione letterale o testuale, proprio perché quest'ultima, se è (e deve essere) interpretazione *prima facie*, non esaurisce le possibilità interpretative: interpretazione tutto considerato; e in questo «tutto» ovviamente è ricompresa la norma (o il principio) costituzionale»).

3.3. Il limite del testo

L'avviato processo di ridimensionamento del canone dell'interpretazione conforme trova conferma in tempi più recenti, quando la Corte in diverse occasioni considera il tenore testuale della disposizione un limite dinanzi al quale l'interpretazione del giudice deve arrestarsi, e quando riformula il *dictum* della sentenza n. 356 del 1996, in certa misura ammorbidendolo.

Tra i numerosi esempi²⁴ può menzionarsi la sentenza n. 268 del 2017, in tema di vaccinazione, ove la Corte costituzionale, nel reputare la questione ammissibile, sembra riprendere il percorso argomentativo intrapreso con la sentenza n. 110 del 2012, mostrando di apprezzare un giudice che ritenga “di non poter fare da sé”. Il giudice rimettente – pur in presenza del precedente costituzionale (sentenza n. 107 del 2012) con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione censurata (art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992), nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo a seguito di menomazione permanente derivante da vaccinazione contro morbillo, parotite e rosolia – esclude la possibilità di orientarsi verso un'interpretazione costituzionalmente conforme: rivolgendosi al contenuto normativo inequivocabilmente alle ipotesi di menomazione causate da vaccinazioni obbligatorie, e trattando il caso di specie di menomazioni causate da vaccinazione facoltativa, l'eventuale estensione del principio affermato nella precedente decisione costituzionale avrebbe assunto le sembianze di una «sostanziale disapplicazione della disposizione censurata». Tale modo di procedere, afferma il giudice delle leggi, è corretto. Anzi, la Corte aggiunge che: «quando il rimettente si prospetta la via dell'interpretazione conforme ma esclude che essa sia percorribile, la questione di legittimità costituzionale che ne deriva non può ritenersi inammissibile. Al contrario, laddove l'univoco tenore letterale della disposizione precluda un'interpretazione conforme, s'impone il sindacato di legittimità costituzionale».

Una chiara riformulazione del *dictum* della sentenza n. 356 del 1996 può leggersi nella decisione n. 42 del 2017²⁵, ove la Corte precisa che «se

²⁴ Oltre alla sentenza citata nel testo, v. sentenze n. 83 e n. 82 del 2017, n. 241 e n. 219 del 2016.

²⁵ M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, secondo il quale «[a]lcune significative affermazioni lasciavano intravedere l'esito al quale si è pervenuti. Mi riferisco alla sent. n. 235 del 2014, ove la Corte

“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è impossibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)” (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un’interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela [...] necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile».

Di nuovo un’inversione di prospettiva. Il tenore letterale della disposizione censurata può precludere il ricorso all’interpretazione conforme; e quando ciò si verifica, l’unico strumento per il ripristino della conformità costituzionale è il sindacato di legittimità costituzionale²⁶. L’aver il

sottolinea che la non condivisione della possibile soluzione ermeneutica conforme a Costituzione, in quanto sufficientemente argomentata, «non rileva più in termini di inammissibilità – ma solo, in tesi, di eventuale non fondatezza – della questione in esame». Ancora, con la sent. n. 51 del 2015, la Corte afferma che «per aversi una questione di legittimità validamente posta, è sufficiente che il giudice *a quo* fornisca un’interpretazione non implausibile della disposizione contestata» e poi, nella sent. n. 221 del 2015, che «la possibilità di un’ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell’esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità». È il preludio alle pronunce successive (sentt. n. 221 e 262 del 2015; n. 36, 45, 95, 111, 173, 204, 219 del 2016; n. 53, 69, 180, 194, 208, 213, 218, 254 del 2017).

²⁶ Un’esplicita conferma della fase attualmente vissuta dal canone dell’interpretazione conforme può trarsi dalla *Relazione sull’attività della Corte svolta nell’anno 2018* letta dal Presidente Giorgio Lattanzi lo scorso 21 marzo 2019 (reperibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale): «Il potere interpretativo dei giudici [...] non può spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l’ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire. Appartiene del resto alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione compete alla Corte, anziché ai giudici comuni, salve le ipotesi in cui il contrasto è di mera apparenza, in quanto ricomponibile attraverso l’interpretazione. La natura della Corte, fin dai suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità e l’efficacia *erga omnes* delle pronunce, sono solo alcuni dei fattori che rendono il sindacato accentrato l’architrave, non surrogabile, del controllo di costituzionalità. Ciò deve indurre all’adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l’accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio del merito della questione incidentale che viene proposta. [...] il dovere del giudice comune di sperimentare un’interpretazione costituzionalmente conforme delle leggi si assolve anche attraverso

giudice rimettente scartato la possibilità di un’interpretazione conforme non è più, di per se stesso, motivo di inammissibilità della questione²⁷ (il che, però, si badi, non esime il giudice dall’illustrare le ragioni per le quali ritiene non praticabile l’interpretazione conforme²⁸). Il fatto che il giudice abbia enunciato «argomenti testuali, logici, sistematici e storici denota che è stato esperito in concreto un tentativo di utilizzare tutti gli strumenti interpretativi per saggiare la possibilità di esegesi alternative, eventualmente conformi a Costituzione» (sentenza n. 69 del 2017). Tanto basta per ritenere ammissibile la questione sottoposta al suo sindacato, e consentire alla Corte di esaminarne il merito, non ultimo valutando la possibilità di intraprendere essa stessa la via scartata dal rimettente (così riaprendo le porte, che con le ordinanze di inammissibilità per insuffi-

una motivazione che dia conto delle ragioni per le quali, a parere di quel giudice, la lettera o il contesto normativo non consentono di procedere in tal senso, mentre attiene poi al merito della questione, di competenza della Corte, verificare se davvero tale interpretazione sia o no praticabile».

²⁷ Ad es. ordd. n. 36 e 177 del 2016, n. 97 e del 2017; sentt. n. 17, 77 e 91 del 2018.

²⁸ Non qualunque ipotesi normativa è idonea a fornire materia del giudizio della Corte. Affinché le norme ricavate dalle disposizioni possano diventare oggetto del giudizio costituzionale, esse devono essere dotate di *sufficiente consistenza*. Qualora una norma sia del tutto implausibile, puramente ipotetica o frutto di artificio argomentativo (se non di vero e proprio errore interpretativo), la Corte non può pronunciarsi sulla sua costituzionalità. Se la questione di costituzionalità è sollevata su una legge in una sua «interpretazione impossibile», essa non si configura che come pseudo-questione e dovrà essere respinta dalla Corte costituzionale con una decisione non di “merito costituzionale”. La Corte dovrebbe fermarsi prima, perché le si chiede di pronunciarsi su una norma che non esiste nel mondo del diritto (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., vol. II, Bologna 2018, 204 ss.). In tale contesto risulta puntuale l’osservazione di Marco Ruotolo sulla confusione, ancora presente nella giurisprudenza costituzionale, tra erroneo presupposto interpretativo e possibilità di pervenire a un esito conforme a Costituzione. Una confusione «logica, oltre che terminologica»: «[l]’erroneo presupposto interpretativo dovrebbe equivalere ad un errato impiego da parte del giudice dei suoi ordinari poteri di interpretazione, in grado di riverberarsi [...] sulle sue valutazioni in termini di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione (ad esempio: la ricostruzione del quadro normativo non è corretta, ergo l’interpretazione del testo è “sbagliata”). Se invece il giudice ha praticato un’interpretazione non implausibile della disposizione censurata, non gli si può addebitare un errore nella prospettazione della questione, che ovviamente ben potrà essere rigettata ove la Corte ritenga che sia possibile un’altra interpretazione dello stesso testo conforme a Costituzione. Se ricorre questa ultima condizione non si può affermare, propriamente, che la questione si fondi su un “erroneo presupposto interpretativo”, ma che la soluzione (non il presupposto) alla quale il giudice è pervenuto non è l’unica possibile, essendovene almeno un’altra plausibile che sia in grado di evitare l’insorgenza dell’antinomia con il parametro costituzionale» (M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 11).

ciente sforzo interpretativo era state socchiuse, alle sentenze interpretative di rigetto²⁹).

4. *Il limite dell'interpretazione conforme: il suo travalicamento nella di-applicazione*

L'interpretazione conforme è sì un aspetto dell'uso giudiziario della Costituzione, cioè della concezione della Costituzione come norma di applicazione giudiziaria. E ciò ha permesso che si radicassero nella pratica le decisioni interpretative e che il «dialogo» interpretativo tra Corte costituzionale e giudici si facesse serrato³⁰ e, qualche volta, anche polemico³¹.

²⁹ Sul ridotto ambito di intervento delle sentenze interpretative di rigetto a seguito dell'incremento delle decisioni di inammissibilità per mancato tentativo dell'interpretazione conforme, sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»*, cit., 804. V. ora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 473, secondo il quale «[o]ccorrerebbe meditare [...] sul recupero della tipologia decisoria delle sentenze interpretative di rigetto, la cui convivenza con le declaratorie di inammissibilità per difetto di interpretazione conforme è problematica, ma forse non impossibile, almeno se il dovere di interpretazione conforme si fa valere solo quando l'esito interpretativo armonico è «a portata di mano del giudice»» (qui richiamando G. SORRENTI, *La Costituzione «sottintesa»*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano 2010, 30 ss.).

³⁰ Giudizio prevalentemente positivo sul «dialogo» interpretativo tra Corte costituzionale e giudici comuni (Corte di cassazione in testa), in V. ONIDA, *Gli utenti della giustizia costituzionale in Italia*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *La giustizia costituzionale e i suoi utenti*, Milano 2006, 177 ss.; E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, 761 e *passim*, e ID., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in Aa.Vv., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano 2012, 37 ss. Giudizio opposto in S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit.

³¹ Si pensi, sempre a titolo di esempio, alla ordinanza n. 184 del 2017, ove la Corte si pronuncia sulla questione di legittimità sollevata dalla Corte di Cassazione, sez. VI pen., sull'art. 73, primo comma, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*), per contrasto con gli artt. 25 e 27 Cost., nella parte in cui prevede – a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale – la pena minima edittale di otto anni in luogo di quella di sei anni (introdotta quest'ultima con l'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con la legge 21 febbraio 2006, n. 49). Una pluralità di ragioni attinenti alla motivazione sulla rilevanza (quest'ultima ritenuta assente dalla Corte costituzionale), alla «intima contraddittorietà della motivazione», alla pretesa introduzione di effetti in *malam partem* a seguito della sentenza n. 32 del 2014 in violazione del principio della riserva di legge in

L'essersi ampliato il novero dei soggetti abilitati a “prendersi cura” della Costituzione non significa, però, che quelle cure siano caos generale. La creatività della giurisprudenza è subordinata e strumentale a un fine specifico: l'armonizzazione della legislazione ai principi costituzionali. Il canone dell'interpretazione conforme vale non come strumento di libera creazione, ma come strumento per la realizzazione del fine pre-definito. La questione è per natura controversa: quello che per uno è interpretazione conforme, per un altro è arbitrio. L'interpretazione è sempre, e forse per sempre, terreno di contrasto. Il rischio in cui è però possibile incorrere (e che va scansato) è che, dietro lo schermo della interpretazione conforme come potere-dovere della giurisprudenza, si celi l'arbitrio interpretativo che sovverte il principio della soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).

Si può ricordare la vicenda del Tribunale di Palermo che, in sede cautelare, accoglieva il ricorso della donna lavoratrice che, partorito prematuramente una bambina e sottoposta quest'ultima a un immediato ricovero ospedaliero, chiedeva che il congedo di maternità obbligatorio decorresse non dalla data effettiva del parto (come stabilito dall'art. 16 del d.lgs. n. 151 del 2001), bensì dalla data presunta o dalla data in cui la bambina, terminate le cure, fosse rientrata nella casa familiare (offrendo contestualmente al datore di lavoro di prestare la propria attività lavorativa sino a una di queste due date). Riteneva, il giudice cautelare, la necessità di così decidere in ottemperanza al canone della interpretazione conforme. Il giudice di merito, tuttavia, pur concordando con la sostanza della decisione assunta, escludeva il ricorso all'interpretazione conforme alla luce del tenore letterale della disposizione censurata, che prevedeva l'esplicito divieto per il datore di lavoro, pena l'incorrere in sanzioni (fino all'arresto di sei mesi), di adibire la donna al lavoro durante i tre mesi successivi al parto, e sollevava la questione di legittimità costituzionale alla Corte, che decideva – così confermando l'impossibilità di una interpretazione conforme – con una sentenza di accoglimento (sentenza n. 116 del 2011)³².

materia penale, all'improprio tentativo di impugnazione della citata sentenza n. 32 del 2014, inducono la Corte a propendere per una decisione di manifesta inammissibilità.

³² Indicazioni in M. LOSANA, *La tutela, in sede cautelare, dei diritti costituzionali disconosciuti da una legge ordinaria: la sottile (ma pur sempre praticabile) distinzione tra interpretazione conforme e disapplicazione della legge*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2011, c. 1993.

Altro esempio³³ può essere tratto dalla decisione del Tribunale di Salerno (9 gennaio 2010) con la quale il diritto alla procreazione col ricorso a tecniche medicalmente assistite veniva esteso a una coppia non infertile o non sterile, che però rischiava, in concreto, di generare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie trasmissibili geneticamente. La l. n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) espressamente prevedeva il ricorso alla procreazione medicalmente assistita per le sole coppie sterili o infertili. L'argomento su cui si basava l'estensione era l'irragionevolezza del limite ostativo per le coppie fertili ma ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche, le quali, prima della legge n. 40, sceglievano la via della fecondazione artificiale e della diagnosi pre-impianto degli embrioni creati in vitro al fine di impiantare nell'utero materno solo quelli sani. In entrambe le situazioni, i giudici (di legittimità, nel primo caso; di merito, nel secondo), valutata l'irrazionalità (nel primo caso) e l'irragionevolezza (nel secondo) della disposizione legislativa, ritenevano di poter (e dover) direttamente armonizzare la legge alla Costituzione, senza coinvolgere la Corte costituzionale attraverso la questione di costituzionalità.

Qual è la natura delle decisioni ora riportate? Possono ritenersi il prodotto di attività interpretativa (più precisamente, di attività interpretativa conforme) o sono piuttosto il prodotto di prevaricazioni mascherate da interpretazioni conformi?

5. *Il presunto timore di una deriva verso il sindacato diffuso*

Il ricorso, nei termini descritti, all'interpretazione conforme è stato inteso come sintomo di un passaggio dal giudizio accentrato al giudizio diffuso di costituzionalità delle leggi³⁴, con la conseguente messa a rischio – in ciò l'avvertito timore da parte di alcuna dottrina – del ruolo della Corte costituzionale e, forse, della sua stessa esistenza³⁵.

³³ Indicazioni in C. TRIPODINA, *Incertezza generata da giudici che disconoscono i vincoli della testualità*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino 2012, 134.

³⁴ A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, cit., 1085; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2005, 19 ss.

³⁵ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli 2009, 418 ss.

Merita, però, di essere riportata la precisazione di recente offerta da Massimo Luciani che ridimensiona il presunto timore: «[...] quando si parla di una torsione del sindacato di costituzionalità verso la sua diffusione non si allude alla semplice penetrazione della Costituzione al livello della giurisdizione comune, che è altra cosa, ma al fatto che al testo della legge si fa dire quel che non permetterebbe di dire, così determinandosi l'esercizio da parte dei giudici comuni del potere di ripristinare la legalità costituzionale violata, che non posseggono»³⁶.

Il coinvolgimento costituzionale dei giudici è fuori discussione³⁷. Un coinvolgimento che però – ed è questo il limite – non può essere esteso fino al punto in cui, per applicare la Costituzione, si disapplica la legge. Qui deve entrare in campo la Corte costituzionale per mezzo della questione di costituzionalità. Questo è il punto d'equilibrio che deve essere salvaguardato. Se e in quanto lo sia, non si può parlare di «sindacato diffuso» e di travalicamento del potere giudiziario in quelli riservati alla Corte costituzionale. L'interpretazione conforme dei giudici è di per sé uno strumento non conflittuale ma cooperativo con i poteri della Corte nell'assicurare la circolazione dei principi e dei valori costituzionali nelle vene dell'ordinamento giuridico.

6. *L'interpretazione conforme nell'ambito sovranazionale*

Data l'odierna integrazione del diritto nazionale nel diritto sovranazionale (non v'è, ormai, questione di legittimità costituzionale che non invochi, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della Convenzione, o di un suo Protocollo, come interpretate dalla Corte di Strasburgo; e non v'è decisione costituzionale che non contenga riferimenti alla giurisprudenza della Corte Edu o a quella della Corte di Giustizia), il ricorso all'interpretazione conforme alla Costituzione (nella evoluzione descritta nei paragrafi che precedono) non esaurisce i compiti che il giudice *a quo* è chiamato ad assolvere prima di proporre questione di legittimità: su di lui grava, altresì, il dovere, in caso di dubbio, di valutare la possibilità che dalla disposizione censurata possa essere tratta una

³⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 472-473.

³⁷ R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione*, relazione al Convegno annuale AIC, *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, tenutosi a Roma, 27-28 ottobre 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic2006/bin.

norma conforme al diritto europeo e internazionale, particolarmente dal punto di vista della garanzia dei diritti fondamentali. È interessante osservare che la Corte costituzionale ha, nella sua giurisprudenza, “esportato” il già collaudato modello elaborato sul versante interno (interpretazione costituzionalmente conforme/diritto vivente nazionale) al versante esterno, al rapporto tra diritto nazionale e diritto sovranazionale (particolarmente, con riferimento al diritto convenzionale)³⁸: il giudice comune deve tentare, sempre che il dato testuale non si ponga come insuperabile ostacolo, l’interpretazione *convenzionalmente* conforme della disposizione nazionale che ritiene di dover applicare³⁹; se ciò non è possibile, deve sollevare questione di legittimità costituzionale alla Corte; se sulla disposizione censurata si è consolidata una interpretazione contraria al diritto convenzionale, e non è possibile alcuna altra interpretazione, deve sollevare questione di legittimità costituzionale sulla norma vivente stessa. Analogamente all’interpretazione costituzionalmente orientata, anche per l’interpretazione conforme al diritto sovranazionale vale il limite del testo: come più volte ribadito nella giurisprudenza costituzionale, «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso

³⁸ Per una analogia tra i due modelli sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018, 18ss.

³⁹ L’analogia è ancor più evidente se si considera che la stessa Corte costituzionale utilizza la nozione di norma vivente con riferimento al diritto convenzionale: quando si tratta di ricercare il significato della disposizione della Convenzione Edu rilevante ai fini del giudizio di costituzionalità, lo sguardo va rivolto alla norma come consolidata nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dinanzi alla quale si arresta l’autonomo potere interpretativo del giudice nazionale. Rimane, tuttavia, la perplessità di utilizzare tale nozione con riferimento a una giurisprudenza *fisiologicamente* casistica, quale è quella convenzionale: tanto che a decidere “che cosa sia diritto consolidato europeo” (secondo l’espressione coniata dalla stessa Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 43 del 2018) è, spesso, la stessa Corte costituzionale. Atteggiamento che trova conferma nelle parole del Presidente Giorgio Lattanzi, espresse in occasione della *Relazione sull’attività della Corte svolta nell’anno 2018* (cit., 23), il quale riconosce che «[n]on è infatti pensabile che il controllo di costituzionalità (i cui esiti, in caso di accoglimento della questione, sono irretrattabili) possa fondarsi su interpretazioni isolate, sporadiche, o comunque ancora in via di consolidamento, con il pericolo che il corso della giurisprudenza europea possa poi smentirne i presupposti. Non si può correre il rischio di pronunciare un’illegitimità costituzionale ritenendola imposta da una decisione le cui affermazioni di principio successivamente vengono riviste dalla stessa Corte di Strasburgo. Certo è pur sempre possibile che anche una giurisprudenza consolidata evolva, ma un’evoluzione è assai più probabile quando ci si trova al cospetto di pronunce che non riflettono un orientamento giurisprudenziale costante».

dai testi delle norme» (sentenza n. 43 del 2017). Qualora non sia possibile, ovvero persistano dubbi sulla compatibilità della disposizione interna con quelle sovranazionali, egli deve attivare i rimedi previsti, a seconda dei casi, presso la Corte di giustizia del Lussemburgo o presso la Corte costituzionale, ovvero presso quest’ultima invocando l’art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 349 del 2007). Un dato testuale chiaro e non suscettibile di interpretazione convenzionalmente orientata (così come la sussistenza di una norma vivente interna incostituzionale) impedisce, dunque, al giudice di “fare da sé” e lo obbliga a sollevare la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale.

Il parallelismo tra i due modelli (interpretazione costituzionalmente conforme e interpretazione convenzionalmente conforme) può cogliersi anche da un punto di vista diacronico: all’espansione dell’invito a ricorrere alla prima ha corrisposto l’espansione a ricorrere alla seconda; al ridimensionamento dello strumento dell’interpretazione costituzionalmente conforme corrisponde, parallelamente, oggi, un ridimensionamento dello strumento dell’interpretazione convenzionalmente conforme.

Anche dal punto di vista dei rapporti con il diritto sovranazionale, dunque, si assiste alla contrazione del paradigma del “giudice che deve fare da sé”⁴⁰. In recentissime decisioni (sentenze n. 269 del 2017, n. 20 e n. 63 del 2019), la Corte costituzionale si è auto-qualificata giudice e custode dei diritti fondamentali, le cui violazioni – siano essi contenuti nella Carta costituzionale, siano essi contenuti nella Carta di Nizza, «di impronta tipicamente costituzionale» – «postulano la necessità di un [suo] intervento *erga omnes* [...], anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)» (sentenza n. 269 del 2017). Una contrazione certamente diretta a evitare il rischio che sia sottratta «alla Corte costituzionale la conoscenza di assetti normativi che si pongano

⁴⁰ Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 109 del 2017, ove la questione di legittimità costituzionale sollevata per violazione dell’art. 25, secondo comma, Cost., è stata dichiarata inammissibile avendo il giudice rimettente dato per superata, alla luce della giurisprudenza convenzionale, la lettera della disposizione censurata, così sfilendo – dice espressamente la Corte – «l’“autoqualificazione legislativa” della sanzione come puramente nominale e, così facendo, trascura[ndo] un preciso dato testuale, parte di una complessiva e discrezionale scelta legislativa di depenalizzazione». O, più recentemente, alla sentenza n. 240 del 2018, ove la Corte dichiara l’infondatezza per erroneo presupposto interpretativo, poiché il giudice rimettente qualifica come sanzione amministrativa i provvedimenti assunti dalla Consob che, invece, secondo la Corte, non hanno natura sanzionatoria, essendo provvedimenti con cui la Consob esercita un potere di vigilanza attiva.

in urto, oltre che con gli artt. 11 e 117, primo comma, anche con altre parti della Costituzione»: un «effetto, specie nella materia dei diritti e delle libertà della persona, non [...] pienamente conciliabile con il ruolo di custode giudiziario della Costituzione proprio della Corte»⁴¹. Ma, al contempo, diretta a fronteggiare l'erosione cui il ruolo della Corte era divenuto soggetto, tanto da parte delle giurisdizioni sovranazionali, quanto delle giurisdizioni comuni (strette, queste ultime, dinanzi al diritto europeo, tra il dovere di non applicare la norma interna contraria al diritto europeo e il ricorso al rinvio pregiudiziale; dinanzi al diritto convenzionale, tra l'interpretazione convenzionalmente conforme e la sollevazione della questione di legittimità costituzionale nel sol caso in cui il tenore letterale della disposizione interna non la consenta)⁴². Pur ribadendo l'idea di un «concorso di rimedi giurisdizionali», volto ad «arricchire gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», la Corte si riappropria della «prima parola» sulla disciplina legislativa censurata, proprio in virtù «del rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco» (sentenza n. 20 del 2019)⁴³.

⁴¹ *Relazione sull'attività della Corte svolta nell'anno 2018* letta dal Presidente Giorgio Lattanzi, cit., 21.

⁴² A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la «crisi» del diritto penale tra le Corti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2017; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 25 febbraio 2019; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018.

⁴³ Può essere interessante notare un ammorbidimento, con riferimento alla diretta applicazione delle disposizioni europee in materia di diritti, di quanti avevano, in un primo tempo, valutato il risvolto dell'apprezzamento, caso per caso, dell'interprete in ossequio alla giurisprudenza sovranazionale, con conseguente riduzione del tasso di certezza, come qualcosa «di cui non preoccuparsi più di tanto», essendo la posta in gioco «un innalzamento complessivo del livello di tutela dell'individuo nei confronti della potestà punitiva statale, rispetto al livello ricavabile dalla sola Carta costituzionale» (F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017). Tali affermazioni – che sembravano alludere alla incertezza nella fase applicativa come una sorta di inconveniente di fatto, da accettare in quanto tale – sembrano oggi mitigate: dinanzi alla disapplicazione di disposizioni interne senza che sia previamente investita la Corte della questione di legittimità, si avverte oggi la necessità di dover «reagire a simili inquietanti scenari, che potrebbero segnare il definitivo commiato dal ruolo centrale della Corte costituzionale nel *judicial review* della legislazione ordinaria, in materia di diritti fondamentali» (F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in corso di pubblicazione).

Il giudice comune, dunque, non può più (e, forse, in alcune circostanze, non deve più) “fare da sé”⁴⁴.

⁴⁴ Se l'evoluzione descritta nel testo sembra mettere in evidenza un deciso ridimensionamento del ruolo del giudice comune *prima* di sollevare la questione di costituzionalità, apre però, lasciandolo almeno per il momento irrisolto, a un diverso problema: quello del margine di intervento del giudice *dopo* la decisione della Corte costituzionale. La sentenza n. 63 del 2019, precisando quanto affermato nei suoi immediati precedenti (n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019), riconosce, infatti, che resta fermo «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Il “concorso di rimedi giurisdizionali”, inteso dalla Corte costituzionale come un bene ai fini della massima tutela dei diritti fondamentali, può infatti assumere le sembianze di un “conflitto tra i rimedi giurisdizionali”: che cosa può fare il giudice dopo la decisione costituzionale? La convergenza cui le corti sembrano aspirare in nome dei diritti e della loro tutela può tramutarsi, nella fase applicativa, in divergenza (o, comunque, in contrapposizione) tra le medesime, mosse ciascuna dall'esigenza di preservare il proprio ruolo nella materia eminentemente costituzionale. Con l'ulteriore paradossale conseguenza che la stessa certezza dei diritti potrebbe rarefarsi nei rivoli della giurisprudenza comune. Per più approfonditi spunti di riflessione v. G.M. FLICK, *I Diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, relazione conclusiva per il Convegno su “Tutela multilivello dei diritti fondamentali e diritto penale: Corti europee e giudice interno tra dialogo e scontro”, Catania, 23 marzo 2019, il quale definisce una “illusione” «quella di ritenere che la sovrabbondanza di Carte e delle Corti abbia offerto una risposta più adeguata sia per individuare i bisogni emergenti, sia come strumento di tutela»; «il più alto livello di protezione può diventare l'obiettivo di un “forum shopping” e lo strumento per conquistare il primato fra le Corti».

Federico Savastano

L'OPPORTUNITÀ DI UN MODELLO COMUNE
PER L'ACQUISIZIONE
DELLA CITTADINANZA EUROPEA

SOMMARIO: 1. Perché è importante tornare a parlarne. – 2. La cittadinanza dell'Unione europea. – 3. I modelli di acquisizione della cittadinanza negli Stati membri dell'Unione. – 3.1. L'acquisizione *iure sanguinis*. – 3.2. Lo *ius soli* in Europa. – 3.3. Le prove di conoscenza della lingua e altri elementi di *ius culturae*. – 3.4. Malta, Cipro e la cittadinanza in vendita. – 3.5. Un quadro d'insieme. – 4. Verso un modello comune di acquisizione della cittadinanza.

1. *Perché è importante tornare a parlarne*

I flussi migratori che stanno interessando il continente europeo costituiscono probabilmente il fenomeno socioeconomico più importante del nostro tempo. La pressione migratoria proveniente dall'Africa¹, gli spostamenti dei richiedenti asilo, i migranti economici extra e intracomunitari, lo spostamento di lavoratori e capitali tra Stati membri assurgono ad una posizione sempre più rilevante tra le questioni all'ordine del

¹ Per un'analisi giuridica internazionale del fenomeno si vedano R. CADIN, *Dal paradigma migratorio a quello della mobilità internazionale delle persone: opportunità storica per l'Africa o pura retorica?*; T. ABBIATE, *Rifugiati in Africa: tre esperienze a confronto*; E. DAL ZOTTO, V. FUSARI, *Africa e Europa allo specchio: contesti e pretesti della mobilità circolare*; F. IPPOLITO, *Compacts di partenariato con Stati di migrazione: 'i vestiti nuovi dell'imperatore'?*; F. MARTINES, *Gli Strumenti dell'Unione Europea per promuovere la migrazione circolare tra obiettivi di sviluppo e interessi economici degli Stati membri*; G. MORGESE, *I programmi di (sviluppo e) protezione regionale dell'Unione Europea: uno strumento efficace per i rifugiati africani?*; F. PERRINI, *Migrazione circolare e tutela internazionale ed europea dei migranti ambientali*; A. PITRONE, *Le politiche migratorie nell'ambito delle relazioni euromediterranee: dal Partenariato euromediterraneo al Riesame della Politica europea di vicinato*; D. PORENA, *Scuola, l'Università e la Formazione professionale quale possibile veicolo per i processi di migrazione circolare*; E.A. ROSSI, *Il sistema africano di protezione dei diritti dell'uomo e dei popoli di fronte al tema delle migrazioni*. Tutti i contributi sono apparsi in *federalismi – Focus Africa*, n. 1, 2018.

giorno dei governi degli Stati europei e assumono una sempre crescente popolarità tra i temi all'attenzione dell'opinione pubblica.

Su questi temi si sta giocando la tenuta stessa dell'Unione europea, che li vede tra le cause di quelle che sono state le sue crisi più significative degli ultimi tempi: le tensioni sul funzionamento del sistema di Dublino² e in generale sulla gestione del Mediterraneo sta ampliando la già significativa frattura tra Nord e Sud dell'Unione europea; i primi problemi con l'Ungheria sono sorti proprio in occasione del dibattito sul "muro" che avrebbe dovuto proteggere il confine magiaro dai migranti provenienti dai Balcani; tra le radici della Brexit, stando alla lettera di Cameron³ che ha segnato l'inizio di questa controversa vicenda, c'è anche il malcontento britannico per la non completa disponibilità domestica della gestione

² Sul tema, tra gli altri, M. BORRACCETTI, "To Quota" or "Not to Quota"? *The EU Facing Effective Solidarity in Its Asylum Policy*, in *Eurojus.it*, 31 luglio 2015; G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2015, 459-488.; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2015, 33-60; E. KÜÇÜK, *The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?*, in *European Law Journal*, 4/2016, 448-469; G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino 2014, 365-405; P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, settembre 2015, 1-9; B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin system". The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, n. 1, 2016, 101-113; S.F. NICOLOSI, *Emerging Challenges of the Temporary Relocation Measures under EU Asylum Law*, in *European Law Review*, n. 3, 2016, 338-361; S. PEERS, *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *EU Law Analysis*, 24 settembre 2015.

³ Si vedano gli interventi al Seminario sulla lettera di Cameron a Tusk, organizzato da *federalismi*, FormAP e Osservatorio sui processi di governo, Roma, 20 novembre 2015. Nel dettaglio C. CURTI GIALDINO, *La richiesta britannica di rinegoziare taluni impegni europei: prime considerazioni sulla lettera del Premier Cameron al Presidente del Consiglio europeo Tusk*; G. CARVALE, "With them" o "of them": il dilemma di David Cameron; E.A. IMPARATO, *Le "uscite di emergenza" nel processo di integrazione europea: il caso del Regno Unito*; G. ALLEGRI, *Brexit, questione sociale, sovranismi: ever loser Union*; F. SAVASTANO, *Sulle conseguenze di un eventuale Brexit*, tutti pubblicati in *federalismi*, n. 23, 2015. La vicenda è trattata in modo più ampio anche in G. CARVALE, *A Family of Nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra Devolution e Brexit*, Napoli 2017, 197-204; K. NICOLAÏDIS, *The Political Mantra: Brexit and the Transformation of the European Order*, in F. FABBRINI (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford 2017, 25-48; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino 2019, 32-40.

delle frontiere nei confronti degli stranieri (comunitari o extracomunitari che siano)⁴.

Il problema della cittadinanza investe altresì il tema della sicurezza⁵: si pensi non solo e non tanto al dibattito spesso strumentale riguardante i casi di delinquenza comune, quanto piuttosto agli episodi di terrorismo che hanno caratterizzato l'Europa centrale negli ultimi anni e di cui si sono resi protagonisti immigrati di seconda generazione, talvolta a tutti gli effetti cittadini dell'Unione.⁶

Ma la cittadinanza vive anche e soprattutto di una relazione con la forma di Stato⁷: le vicende connesse alla cittadinanza europea sono pertanto decisive per gli sviluppi del processo di integrazione e per il rapporto che intercorre tra l'ordinamento europeo e gli Stati e i cittadini cui si rivolge.

In questo testo si cercherà di dimostrare la necessità della definizione di tratti comuni nell'acquisizione della cittadinanza europea, mettendo

⁴ Su questioni specifiche del Regno Unito in relazione all'immigrazione si vedano S. BONINO, *The British state "security syndrome" and Muslim diversity. Challenges for liberal democracy in the Age of Terror*, in *Contemporary Islam*, 2016, 223 e ss.; A. RICHARDS, *Characterising the UK terrorist threat: the problem with non-violent ideology as a focus for counter-terrorism and terrorism as the product of "vulnerability"*, in *Journal of Terrorism Research*, 2012, 17 e ss.; C. PANTAZIS-S. PEMBERTON, *From the "old" to the "new" suspect community: examining the impacts of recent UK counter-terrorist legislation*, in *British Journal of Criminology*, 2009, 646 e ss.

⁵ Sul punto M. D'AGOSTINI, *Politica di difesa comune e solidarietà europea. L'articolo 42 del Trattato sull'Unione europea contro il terrorismo internazionale*, in *federalismi – Focus Human Rights*, n. 1, 2016; M. D'AGOSTINI, *L'evoluzione delle competenze delle istituzioni europee in materia di sicurezza e di difesa*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 5, 2015; J. LOZANO MIRALLES, *Seguridad Común e Integración Europea En La Lucha Contra El Terrorismo En La Unión Europea*, in *federalismi*, n. spec. 1, 2019, 60-89; C. SBAILO', *Crisi nordafricana, κατστροφή e occasione di rilancio per l'Europa*, in *federalismi*, n. spec. 1, 2019, 94-107. Si veda anche A. STERPA, *La libertà dalla paura. Una lettura costituzionale della sicurezza*, Napoli 2019.

⁶ Si fa riferimento, in particolare, ad una serie di attentati verificatisi tra il 2015 ed il 2016: Parigi, 7 gennaio 2015 (*Charlie Hebdo*); Copenaghen, 14-15 febbraio 2015; Saint-Quentin-Fallavier, 26 giugno 2015; Parigi, 13 novembre 2015 (*Bataclan*); Bruxelles, 22 marzo 2016; Nizza, 14 luglio 2016; Chiesa di Saint-Étienne-du-Rouvray, 26 luglio 2016; Londra, 22 marzo 2017; Parigi, 20 aprile 2017; Manchester, 22 maggio 2017. In tutti questi casi, l'autore o gli autori delle stragi erano cittadini dello Stato in cui tali stragi si sono verificate, nati nello Stato da famiglie originarie di altri Paesi. Sui fenomeni connessi al tema in generale, si vedano G. D'AGNONE, *Migrazioni di massa e minacce "ibride" alla sicurezza degli Stati membri dell'Unione europea*, in *federalismi*, n. 1, 2018; A. CARMINATI, *Brevi annotazioni sullo status civitatis come fattore di discriminazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 febbraio 2018; F. COCHRANE, *Migration and Security in the Global Age. Diaspora Communities and Conflict*, London 2015;

⁷ Così S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *federalismi*, n. 21, 2008, 1.

a fuoco da una parte l'istituto in sé, dall'altra passando brevemente in rassegna le normative in vigore nei 28 Stati membri.

Il tentativo è quello di individuare dei tratti comuni e ragionare sulle distorsioni che la mancanza di un modello comune comporta sulla vita istituzionale, economica e sociale dell'Unione europea.

Del resto, la cittadinanza è sempre stata inquadrata su una scala statale, ma oggi molti dei temi politici più rilevanti vanno ben al di là dei confini nazionali⁸. In questo senso anche la cittadinanza muta di forma, si fa "cosmopolita"⁹, e l'Unione europea rappresenta una prova tangibile di questo fenomeno¹⁰.

2. *La cittadinanza dell'Unione europea*

L'istituto della cittadinanza europea è stato introdotto nell'ordinamento dell'Unione a seguito di una lunga e ragionata gestazione. Le sue origini possono essere ricondotte al 1974, quando il vertice intergovernativo di Parigi istituì una commissione per studiare l'ipotesi di una rosa di "diritti speciali" da concedere ai cittadini degli allora nove Stati membri della CEE. Il primo documento organico sul tema è il capitolo "Verso un'Europa dei cittadini" contenuto nel Rapporto Tindersmans¹¹ del 1975

⁸ Secondo B. CARAVITA, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Cagliari, 2009, Napoli 2010, 133-162, "La cittadinanza appare sempre più determinata non tanto come status (quindi come somma di condizioni giuridiche soggettive), ma come relazione tra il soggetto e la comunità alla quale appartiene. Il concetto di cittadinanza si riempie di un contenuto relazionale che consiste nella partecipazione, ancorché di fatto, alla vita della comunità e sempre in misura minore da caratteri culturali-identitari di stampo nazionale".

⁹ Il concetto di "cittadinanza cosmopolita" prende le mosse dalla constatazione per cui gran parte delle decisioni politiche sono oramai prese a livello sovranazionale, per cui anche la gran parte dei diritti e dei doveri che formano l'oggetto della cittadinanza non sono più rintracciabili nello Stato nazionale ma devono essere ricercati a livelli superiori. Si veda in proposito M. KALDOR, *Global Civil Society*, Cambridge 2003, 110. Per approfondimenti si veda J. PAINTER, A. JEFFREY, *Geografia politica*, Torino 2011, 117-123.

¹⁰ Una rassegna esaustiva e completa delle questioni attuali riguardanti la cittadinanza europea è rinvenibile in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali. Convegno interinale SIDI (Salerno, 18-19 gennaio 2018)*, Napoli 2018.

¹¹ Il Rapporto Tindersmans è un documento presentato al Consiglio europeo il 29 dicembre 1975 dal Primo Ministro belga Leo Tindermans e presentava alcune possibili linee di sviluppo dell'Unione europea. Era diviso in cinque sezioni riguardanti "Una visione comune dell'Europa", "l'Europa nel mondo", "L'Europa economica e sociale",

cui si aggiunse nel 1977 il Rapporto Scelba che riaffermava l'opportunità di concedere diritti speciali ai cittadini degli Stati membri. La *ratio* della creazione di questi diritti speciali stava nell'intento di approfondire il livello di integrazione tra gli Stati membri attraverso una maggiore protezione dei loro cittadini che si trovavano in Stati terzi.

Ma l'accelerazione decisiva e il dibattito vero e proprio si ebbero con la conferenza intergovernativa in cui si discussero i termini del Trattato di Maastricht. Maastricht, come noto, costituisce il momento in cui la Comunità economica si trasforma in vera e propria organizzazione politica: la creazione di un'unione politica rendeva dunque indispensabile rafforzare la protezione dei diritti dei cittadini che ne sarebbero stati parte, concedere loro uno *status* peculiare che rappresentasse ad un tempo uno strumento di integrazione "dal basso" tangibile e il segno dell'esistenza di una comunità politica alla base dell'Unione.

È così che il Trattato di Maastricht introduce la cittadinanza europea con l'art. 8 TCEE, istituito oggi disciplinato dall'art. 9 TUE e dall'art. 20 e ss. del TFUE.

L'art. 9 TUE (inserito dal Trattato di Lisbona) individua come cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro: cittadinanza che si aggiunge e non si sostituisce a quella nazionale. I Trattati dunque non lasciano spazi ad interpretazioni diverse rispetto al fatto che il possesso della cittadinanza europea deriva dall'essere cittadino di uno Stato membro, e che quindi all'Unione non spetta individuare i propri cittadini¹².

La disciplina dettagliata della cittadinanza è invece contenuta nell'art. 20 TFUE, "figlio" dell'art. 8 del Trattato di Maastricht e degli artt. 17-21 del Trattato di Nizza. Ad un primo paragrafo in cui si riproduce fedelmente la disposizione dell'art. 9 TUE, segue un secondo in cui si presenta il sommario dei diritti che comporta la titolarità della cittadinanza europea. Ad un generale richiamo ai diritti e doveri previsti nei Trattati, si aggiunge infatti un elenco puntuale che comprende il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; il diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni europee e alle elezioni comunali nello Stato di residenza; il diritto di godere della tutela delle autorità diplomatiche di un altro Stato membro qualora ci si trovi in Stati terzi in

"l'Europa dei cittadini" e il "rafforzamento delle istituzioni". I suoi contenuti, di indubbia importanza, furono comunque accantonati in quanto il loro carattere dirompente non tardò a creare dei dissidi tra gli Stati membri, alcuni dei quali faticavano ad accettarli.

¹² Cf. r. B. SARDELLA, *Art. 9*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli 2012, 150-151.

cui lo Stati di cui si ha la cittadinanza non sia rappresentato; il diritto a presentare petizioni al Parlamento europeo, a ricorrere al Mediatore europeo e a rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi UE in una delle lingue dei Trattati e a ricevere risposta nella stessa lingua.

La libertà di circolazione e di soggiorno per i cittadini europei è sancita dall'art. 21 TFUE¹³ e comporta il divieto per gli Stati membri di introdurre misure restrittive rispetto al pieno godimento di tale diritto.¹⁴ La Corte di giustizia si è più volte pronunciata sul diritto di circolazione e soggiorno configurandolo come diritto fondamentale direttamente invocabile dal cittadino europeo al di là delle norme contenute nelle fonti legislative interne¹⁵.

L'art. 22 TFUE riguarda invece il diritto di voto attivo e passivo alle elezioni del Parlamento europeo¹⁶, disciplinato poi nello specifico dalla Direttiva 93/109/CE, e alle elezioni locali¹⁷, disciplinato nello specifico dalla Direttiva 94/80/CE. Se l'elettorato attivo costituisce una forma di garanzia del diritto di voto del cittadino europeo residente in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, quello passivo sembra ribadire il principio per cui il ruolo dei parlamentari europei dovrebbe essere quello di rappresentare delle volontà politiche e non gli Stati di provenienza.

La tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari cui fa riferimento l'art. 23 TFUE costituisce un vero e proprio diritto soggettivo in capo al cittadino europeo: quello di poter far riferimento ad una qualsivoglia rappresentanza diplomatica di uno Stato membro dell'Unione qualora dovesse trovarsi ad averne bisogno in uno Stato terzo in cui il proprio Stato di origine non è rappresentato¹⁸.

¹³ Vedi S. O'LEARY, *Art. 21*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *cit.*, 569-586. Sul tema anche B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Padova 2012 e M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano 2006.

¹⁴ Ciò significa che qualsiasi settore del diritto nazionale può potenzialmente rientrare nella sfera tutelata dal diritto europeo, nella misura in cui la questione possa essere considerata una restrizione della libera circolazione. L'applicazione dell'articolo 21 TFUE, quindi, si configura come una sorta di *quinta libertà*. Cfr. H.V. EIJKEN, *EU Citizenship & the Constitutionalisation of the European Union*, Amsterdam 2015, 74.

¹⁵ Si veda, in particolare, Corte di giustizia UE, sent. 23 marzo 2006, causa C-408/03, *Commissione c. Regno del Belgio*. Cfr. D. PORENA, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Torino 2011, 252. Si veda anche Corte di giustizia, sent. 17 settembre 2002, *Baumbast*.

¹⁶ V. S. O'LEARY, *Art. 22*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *op. cit.*, 586-593.

¹⁷ Nel dettaglio, *inter alia*, M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino 2016, 55-58.

¹⁸ Si veda A. IANNELO SALICETI, *Art. 23*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *cit.*, 594-604.

L'art. 24 configura infine i diritti del cittadino europeo riguardanti la petizione dinanzi al Parlamento europeo, un istituto di democrazia semi-diretta disciplinato nel dettaglio dall'art. 227 TFUE; la possibilità di rivolgersi al Mediatore europeo, ai sensi dell'art. 228 TFUE; il diritto di scrivere alle istituzioni, agli organi o agli organismi enunciati nell'art. 13 TUE in una delle lingue dell'Unione (ex art. 55 TUE) e ricevere risposta nella stessa lingua.¹⁹

Il catalogo dei diritti qui elencato e contenuto nell'art. 20 TFUE non è da ritenersi chiuso²⁰ per almeno due ragioni: in primo luogo è la stessa lettura dell'articolo a suggerire un'interpretazione in tal senso, laddove, al paragrafo 2, puntualizza che “*i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati*”. Ciò vuol dire che la cittadinanza dell'Unione permette di godere non solo dei diritti contenuti nell'art. 20 TFUE, ma di tutti i diritti contenuti in tutte le disposizioni dei Trattati. In secondo luogo, il principio di non discriminazione (artt. 18, 19 e 157 TFUE) fa sì che lo straniero comunitario abbia negli Stati membri una posizione che tende ad espandersi fino a ricalcare in tutto e per tutto lo *status* di cittadino di origine dello Stato in cui si trova.²¹

Uno spunto di riflessione riguarda un aspetto spesso trascurato dell'istituto della cittadinanza europea.

Come si è avuto modo di sottolineare, il concetto di cittadinanza rimanda concretamente ad un insieme di diritti e di doveri di cui si è titolari in uno specifico ambito e con riguardo ad un determinato ordinamento. Lo stesso art. 20 TFUE fa riferimento esplicito al “godere dei diritti” ma anche all'essere “soggetti ai doveri” che derivano dai Trattati. Se l'elenco dei diritti è praticamente sconfinato, maggiori difficoltà si riscontrano nell'individuazione dei doveri che i Trattati prevedono in capo ai cittadini europei. A ben vedere, in realtà, sembra che non ve ne siano²².

La mancanza di doveri²³ di riferimento collegati alla cittadinanza è

¹⁹ Si veda P. SOAVE, *Art. 24*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *cit.*, 604-610.

²⁰ Cfr. M. CARTABIA, *Voce “Cittadinanza europea”*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Aggiornamento, Roma 1995, 2 e ss.

²¹ D. PORENA, *cit.*, 255.

²² Più approfonditamente, *infra*, § 4.

²³ Si veda R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2008, 34-40; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza, Le grandi radici, I modelli storici di riferimento*, Padova 1997, 46-60. L'importanza dei doveri di cittadinanza come controbilanciamento naturale dei diritti ad essa connessi è affermata anche dalla Corte costituzionale italiana in Corte cost., sent. n. 172/1999, in cui, a proposito degli apolidi, si rileva come questi, partecipando ai diritti previsti dalla comunità nella quale ha stabilito liberamente la pro-

elemento significativo per rendersi conto delle caratteristiche peculiari di dualità e complementarità dell'istituto della cittadinanza europea, che non potrà essere un vero e proprio *status a sé stante* fino a quando non potrà fare riferimento ad un concreto sistema di diritti e doveri collegati esclusivamente all'ordinamento di riferimento, quello dei Trattati.

3. *I modelli di acquisizione della cittadinanza negli Stati membri dell'Unione*

Nel definire come cittadino europeo chiunque sia in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri, configurando dunque, come detto, una cittadinanza di secondo grado, l'ordinamento europeo rinuncia di fatto all'individuazione specifica dei propri cittadini, lasciando alla competenza degli Stati membri il compito di decidere chi e come possa fregiarsi dello status di cittadino europeo.

Se da una parte non poteva essere altrimenti, dato che la cittadinanza costituisce uno dei cardini dello Stato moderno e che difficilmente gli Stati membri avrebbero acconsentito a cedere competenze sul tema, dall'altra le diverse normative sull'acquisizione della cittadinanza non possono che comportare distorsioni e differenze significative in termini di godimento dei diritti derivanti dalla *membership* in base allo Stato membro di residenza.

La fattispecie in cui le differenze tra le normative statali comportano squilibri significativi nel sistema eurounitario è costituita dalle modalità di acquisizione della cittadinanza da parte di individui provenienti da Stati terzi, elemento decisivo nella gestione dei fenomeni migratori e dell'integrazione dei migranti.

Attenendoci alla definizione di cittadinanza in senso generale, ovvero "*la condizione giuridica di chi fa parte di uno Stato*", riconosciuta sulla base di un rapporto di effettività tra il singolo e la società statale di riferimento, le situazioni in cui emerge chiaramente tale legame effettivo e che permette ad un individuo di essere considerato giuridicamente cittadino di una determinata comunità politico-sociale sono essenzialmente due: lo

pria residenza, debba anche adempiere ai doveri. In particolare "*l'abbondante legislazione nazionale in materia di rapporti civili e sociali, alla stessa stregua dei cittadini italiani si induce a ritenerli parti di una comunità di diritti la cui partecipazione ... giustifica la sottoposizione ai doveri*".

ius sanguinis e lo *ius soli*²⁴. Essendo però notoriamente assai complesso il processo di riconoscimento ed attribuzione della cittadinanza, a questi due se ne è affiancato un terzo, che riguarda l'elemento volontaristico del soggetto che intende acquisire la cittadinanza (in presenza di determinati requisiti fissati sempre dalle normative statali).

È opportuno tener presente come nelle moderne legislazioni i principi in questione hanno comunque perso l'originale rigore, implicando un loro utilizzo congiunto e l'adozione di criteri intermedi frutto proprio della commistione dei primi due.²⁵

Tali *criteria* hanno infatti subito un'evoluzione nel tempo e nello spazio, confermando l'approccio soggettivo di ciascuno Stato verso il fenomeno dell'immigrazione e la politicizzazione della discussione in materia. Proprio per evitare profili procedurali estremamente diversificati, indice della complessità della questione "integrazione", l'Unione europea, pur non mettendo in discussione la competenza degli Stati membri in materia, ha offerto una serie di indicazioni utili ai fini di un avvicinamento dei parametri utilizzati. Con la comunicazione su "Immigrazione, integrazione e occupazione"²⁶, la Commissione esortando gli Stati membri a facilitare l'inserimento dello straniero nella società di accoglienza, riflette sul fatto che la cittadinanza nazionale è "*un mezzo per agevolare l'integrazione, seppure non debba diventare il fine ultimo del processo di integrazione e non sia in grado di risolvere di per sé le questioni legate all'esclusione sociale e alla discriminazione*"²⁷. Secondo tale prospettiva – prosegue la Commissione – "*la naturalizzazione deve essere rapida, certa e non discrezionale*", così come i criteri di naturalizzazione "*devono essere chiari, precisi e obiettivi*" andando a "*limitare il potere discrezionale amministrativo, assoggettandolo al controllo giudiziario*"²⁸. È importante notare come la Commissione, nei punti analizzati, contestualizzi in un quadro complessivo di lungo periodo gli aspetti procedurali (certezza dei tem-

²⁴ Cfr. E. CORTESE, voce "Cittadinanza", in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII, Milano 1960, 139-149.

²⁵ Si veda A. BARAGGIA, *La cittadinanza "composita" in alcune esperienze europee. Spunti di riflessione per il caso italiano*, in *Federalismi*, n. 18, 2017.

²⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni su "Immigrazione, integrazione e occupazione", 03.06.2003, COM(2003) 366 definitivo.

²⁷ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni su "Immigrazione, integrazione e occupazione", 03.06.2003, COM(2003) 366 definitivo, pp. 24-25.

²⁸ *Ibid.*, p. 25.

pi, motivazione e controllo delle decisioni) e sostanziali dell'acquisizione della cittadinanza, che tengano conto dei risvolti economici e sociali dell'effettiva integrazione e partecipazione nella società di accoglienza.

Dall'analisi delle singole legislazioni nazionali emerge infatti un quadro ancora eccessivamente destrutturato e disomogeneo in cui a impostazioni tradizionali si affiancano, come accennato, politiche nate dalla necessità di rispondere da una parte ai fenomeni migratori più recenti, dall'altra alle questioni economiche e della sicurezza.

Per tutte queste ragioni, nell'ultimo ventennio, tutti gli Stati membri hanno prestato e stando prestando (basti considerare le attuali discussioni italiane) attenzione al criterio dello *ius soli*.

Ai fini di un'analisi comparativa che consenta di valutare le diversità nelle modalità di acquisizione della cittadinanza europea, appare necessario elencare le caratteristiche fondamentali delle normative nazionali degli Stati membri in materia.

3.1. *L'acquisizione iure sanguinis*

L'acquisizione della cittadinanza per nascita *iure sanguinis* prevede che si diventi automaticamente cittadini in ragione della discendenza da genitori (uno e entrambi) che siano già cittadini dello Stato. Seguendo le teorie tradizionali sull'acquisizione della cittadinanza, lo *ius sanguinis* mira a garantire una maggiore coesione nel popolo e garantisce la salvaguardia dell'omogeneità nazionale.²⁹ Per questa ragione – secondo l'impostazione classica appena citata – si tratta di un criterio maggiormente diffuso nell'Europa degli Stati nazionali, mentre lo *ius soli*, al contrario, è tradizionalmente il principio cui si ispirano gli Stati di forte immigrazione, dato che in contesti simili può consentire il formarsi di una nuova collettività che va via via omogeneizzandosi.³⁰

L'acquisizione *iure sanguinis* può avvenire in modo più o meno puro a seconda delle diverse legislazioni. In Italia, ad esempio, non esiste alcun limite temporale alla trasmissione della cittadinanza per discendenza; vi è anzi il riconoscimento automatico della cittadinanza a chi dimostra il le-

²⁹ Cfr. F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 1990, 29.

³⁰ In passato, ritenendosi lo *ius sanguinis* il modello di trasmissione naturale della cittadinanza, si riteneva che lo *ius soli* potesse essere uno strumento utile per Stati a basso livello di natalità che avessero bisogno di *umentare anche artificiosamente il numero dei cittadini*, giungendo così a conseguente definite *aberranti*, nel senso di non regolari. Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, 126.

game di sangue, e vi sono delle facilitazioni per coloro che avevano perso tale legame in ragione di mutamenti territoriali.³¹ La forza del criterio di sangue della legislazione italiana è tale da far sì che l'eventuale riacquisizione della cittadinanza da parte di un individuo residente in uno Stato terzo abbia effetti automatici anche sui figli. Risponde a questa fattispecie il caso del Senatore australiano Canavan, che si è trovato a dover rifiutare esplicitamente la cittadinanza italiana che aveva acquisito a sua insaputa per effetto del riconoscimento che lo Stato italiano aveva invece concesso alla madre³².

Diversi ordinamenti hanno scelto di temperarne invece gli effetti, decidendo, nei casi di nascite all'estero, di limitare il trasferimento automatico alla prima generazione, richiedendo invece, per la seconda o terza

³¹ G. ZINCONI, M. BASILI, *Country Report: Italy*, in *EUDO Citizenship Observatory*, Revised and updated January 2013, 2.

³² La madre del Senatore Matt Canavan, australiana di nascita, non era originariamente cittadina italiana, in quanto nata dopo la naturalizzazione del Padre che, divenendo cittadino australiano, aveva rinunciato alla cittadinanza italiana. La madre della signora Canavan (nonna materna del senatore, dunque) era ancora cittadina italiana al momento della nascita della figlia (ottobre 1955) ma questo non contava ai fini della discendenza, in quanto la legge sulla cittadinanza italiana (legge 13 giugno 1912, n. 555 con relativo regolamento di esecuzione contenuto nel R.D. 2 agosto 1912, n. 949) prevedeva che la cittadinanza per nascita *iure sanguinis* potesse aversi solo in relazione alla discendenza paterna. Di fatto, dunque, solo i padri trasmettevano la cittadinanza e dato che il nonno materno del Senatore Canavan aveva perso la cittadinanza italiana al momento della nascita della figlia, non si configurava alcun tipo di trasmissione di tale status.

Il problema è sorto con la sentenza Corte cost., n. 30/1983, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 1, della legge 13 giugno 1912, n. 555, nella parte in cui non prevede che sia cittadino per nascita anche il figlio della madre cittadina. Per effetto di questa pronuncia, la madre del Senatore Canavan ha acquisito il diritto di essere riconosciuta cittadina italiana per discendenza materna, e ha trasferito automaticamente la propria cittadinanza al figlio (ragionamento formulato nel *Joint Report* presentato alla High Court dal Sen. Canavan, elaborato dagli esperti italiani Beniamino Caravita e Maurizio Delfino).

La legge australiana consente la doppia cittadinanza ma, ai sensi dell'art. 44 della Costituzione, "*non può essere eletto e sedere come Senatore né come membro della Camera dei rappresentanti chi abbia impegni di fedeltà e d'obbedienza o d'interesse con una potenza straniera; né chi sia suddito o cittadino od ammesso a godere dei diritti o privilegi di suddito o di cittadino d'una potenza straniera [...]*". Acquisendo dunque la cittadinanza italiana, il Senatore Canavan non avrebbe potuto occupare il proprio seggio in Senato. La High Court australiana, anche tenendo conto della volontà di Matt Canavan di non chiedere la cittadinanza italiana e dell'assenza di ogni tipo di comportamento concludente in tal senso, ha comunque escluso che vi fosse incompatibilità ex art. 44 Cost. australiana (High Court of Australia [2017] HCA 45). Sul tema J. STOKES, G. DEL VILAR, *Constitutional law: Genealogical witch-hunts and the 'Citizenship 7': Re Canavan and Others* [2017] HCA 45, in *The Proctor*, Vol. 38, No. 4, May 2018, 14-15.

generazione, la registrazione entro un determinato limite di tempo dalla nascita³³.

Altre normative stabiliscono la perdita della cittadinanza per coloro che, essendo nati all'estero, perdono il “*legame effettivo*”, ossia non mantengono o sviluppano rapporti con il Paese dei propri ascendenti.

A partire dagli Ottanta del secolo scorso, la tendenza di molti Stati europei è stata quella di abbandonare l'impostazione che faceva del padre l'unico portatore della discendenza necessaria per l'ottenimento della cittadinanza *iure sanguinis*³⁴, andando a parificare le posizioni dei due genitori e rimuovendo quella che era una evidente discriminazione³⁵: prima della progressiva ondata di riforme, la trasmissione avveniva infatti prevalentemente per via paterna³⁶.

3.2. *Lo ius soli in Europa*

L'acquisizione della cittadinanza per nascita *iure soli* è un tema ormai al centro del dibattito in tutti gli Stati dell'Unione. La centralità del tema è dovuta all'intensificarsi del fenomeno migratorio e al conseguente aumento del numero di stranieri nel territorio degli Stati, caratterizzati dall'interesse allo stabilimento nel paese di residenza e dunque alla partecipazione alla vita pubblica dello Stato. In particolare, la permanenza di lungo periodo di stranieri comporta, in ragione del loro inserimento nella società di accoglienza, un'integrazione che va approfondendosi con il susseguirsi delle generazioni: seconde e terze generazioni di stranieri che nascono e si formano culturalmente in uno Stato ma che rischiano di

³³ Ad esempio, Paesi come il Regno Unito, Malta e l'Irlanda hanno sempre previsto dei limiti per la trasmissione nel caso di nascita in suolo estero. M.P. VINK, G.R. DE GROOT, *Birthright citizenship: trends and regulations in Europe*, in *EUDO Citizenship Observatory*, November 2010, 9-12.

³⁴ Si veda in tal senso la già citata Corte cost., sent. n. 30/1983.

³⁵ Si consiglia in tal senso il *paper* di M.P. VINK, G.R. DE GROOT, *Birthright citizenship: trends and regulations in Europe*, in *EUDO Citizenship Observatory*, November 2010, 5 e ss.

³⁶ Indubbiamente la normativa di tale specifico settore si presenta quanto mai soggetta a modifiche, alla luce soprattutto delle attuali problematiche connesse alle nuove tecniche di riproduzione assistita, come nel caso delle madri surrogate. In tal senso, il Consiglio d'Europa invita gli Stati a “applicare ai bambini le proprie disposizioni in materia di acquisizione della cittadinanza per diritto di sangue, se, a seguito di un parto concepito attraverso tecniche di riproduzione medicalmente assistita, il rapporto familiare bambino-genitore sia stabilito o riconosciuto dalla legge”. Raccomandazione CM/Rec (2009) 13 del Consiglio dei Ministri degli Stati membri sulla nazionalità dei bambini, p. to 12 – *Nazionalità come conseguenza del rapporto familiare bambino-genitore*.

non poter esserne pienamente parte, non potendo accedere al sistema di diritti e doveri che comporta lo *status* di cittadino.

Punto di riferimento per ogni ragionamento sullo *ius soli* è l'ordinamento degli Stati Uniti che, come in altri casi di ex colonie europee, ha optato per una forma di *ius soli puro*. Per effetto del XIV emendamento, adottato nel 1868 dopo la fine della Guerra di Secessione, “*tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono*”³⁷. La scelta degli Stati Uniti, come accennato in precedenza, è da leggersi in chiave storica con l'esigenza di “creare” un popolo che di fatto non esisteva prima della formazione dello Stato: il criterio dello *ius soli* avrebbe favorito la formazione di un vincolo di nazionalità, conferendo tratti comuni ad una popolazione proveniente da etnie e culture talvolta profondamente diverse³⁸.

Sempre tenendo presente la complessità delle singole legislazioni, gli Stati europei che si ispirano tradizionalmente allo *ius soli* sono la Francia e la Repubblica d'Irlanda. Non è un caso che proprio la Francia, la cui storia coloniale è ben nota, abbia deciso di basare il proprio sistema di acquisizione della cittadinanza per nascita sul territorio.³⁹

Per quanto riguarda invece l'Irlanda, la *ratio* della scelta dello *ius soli* è da rintracciarsi anche nella questione territoriale che ne ha caratterizzato la storia, in relazione alla divisione con l'Irlanda del Nord: in applicazione del principio del territorio, infatti, l'EIRE riconosce come cittadini irlandesi tutti coloro che nascono sull'isola, che si tratti di Irlanda o di Irlanda del Nord⁴⁰.

³⁷ Constitution of the United States – Amendment XIV (Rights Guaranteed: Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process, and Equal Protection): “1: *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

³⁸ Non è un caso che oggi, sotto la pressione migratoria proveniente soprattutto dall'America latina, negli Stati Uniti si stia sviluppando un dibattito contrario a quello europeo. In particolare, si sta rivalutando il criterio dello *ius sanguinis*, da più parti ritenuto opportuno per difendere la nazionalità americana dall'intensificarsi del fenomeno migratorio.

³⁹ La cittadinanza (*nationalité*) francese è disciplinata dal Codice civile, agli articoli da 17 a 33-2. È uno degli Stati in cui da più tempo è in vigore il principio dello *ius soli*, sebbene in compresenza dello *ius sanguinis*. La cittadinanza può infatti acquisirsi per filiazione, sia *iure soli* (art. 18 c.c.) che *iure sanguinis*, per matrimonio con cittadino francese e per naturalizzazione.

⁴⁰ Fino al 2004 è stata in vigore una forma di *ius soli* pura, per cui era considerato cittadino irlandese chiunque fosse nato sul territorio. Con l'*Irish Nationality and Citizenship*

Al di là di queste due esperienze, le legislazioni degli Stati membri in tema di *ius soli* fanno emergere due tendenze contrastanti: da una parte, tutti gli Stati hanno inserito elementi di acquisizione della cittadinanza *iure soli* che vanno a temperare le impostazioni sostanzialmente basate sullo *ius sanguinis*, dall'altra tali elementi sono stati introdotti in un quadro di schematizzazioni abbastanza rigido (o comunque irrigiditosi nel tempo) che ha determinato il configurarsi di quadri normativi ibridi non idonei alla risoluzione delle problematiche in ragione delle quali erano stati elaborati.

Le fattispecie di *ius soli* generalmente riconosciute riguardano la concessione della cittadinanza ai figli di apolidi ovvero ai figli di genitori sconosciuti nati nel territorio dello Stato.

Da più parti è stato introdotto il criterio del *doppio ius soli*, che prevede l'acquisizione automatica da parte di figli di stranieri a loro volta già nati nel Paese di accoglienza. In Europa rileva senz'altro la legislazione francese, che lo prevede sin dal 1851⁴¹, quella spagnola⁴², portoghese⁴³, lussemburghese⁴⁴ e greca (2010)⁴⁵.

Act, il modello è stato temperato con alcuni elementi di *ius sanguinis* e *ius domicilii*: in particolare, è considerato cittadino irlandese chiunque nasca sul territorio dello Stato da almeno un genitore in possesso di permesso di soggiorno permanente. Elemento peculiare riguarda il fatto che sono considerati aventi diritto ad ottenere la cittadinanza irlandese in qualità di *natural born citizens* anche gli abitanti dell'Irlanda del Nord.

⁴¹ La *ratio* alla base di tale criterio risiede essenzialmente nella volontà delle autorità francesi di evitare l'evasione della leva da parte di figli e nipoti di immigrati. C. BERTOSI, A. HAJJAT, *Country Report: France*, in *EUDO Citizenship Observatory*, January, 2013, 7.

⁴² La disciplina della cittadinanza è contenuta nell'art. 11 della Costituzione spagnola del 1978 e negli artt. 17-28 del Codice civile, modificati dalla legge 36 del 2002 e integrati dal Codice sulla nazionalità del 2003. Secondo la legge spagnola sono ritenuti "spagnoli d'origine" i nati da padre e madre spagnoli; i nati da almeno un genitore nato in Spagna (*doppio ius soli*); i figli di apolidi nati in Spagna; i figli di genitori incerti nati in Spagna. Si tratta dunque di uno *ius sanguinis* con alcune specifiche previsioni riconducibili allo *ius soli* e al *doppio ius soli*. In diverse fattispecie è possibile far valere lo *ius soli* esercitando un'opzione entro il diciottesimo anno di età.

⁴³ In Portogallo, l'acquisizione *iure soli* può avvenire per gli immigrati di terza generazione; la seconda generazione può accedere alla cittadinanza sin dalla nascita per acquisizione volontaria e in presenza di alcuni requisiti, come la residenza dei genitori in Portogallo per un periodo di minimo cinque anni o il completamento del primo ciclo di istruzione obbligatoria.

⁴⁴ Quello della cittadinanza è un tema di particolare rilevanza in Lussemburgo, se si tiene conto del fatto che poco meno della metà della popolazione è di cittadinanza straniera. Per molti anni, proprio in ragione di "proteggere" gli autoctoni, l'unico modo di acquisire la cittadinanza è stato lo *ius sanguinis*. Con la riforma del 2008 è stato invece introdotto il *doppio ius soli* ed è stata ammessa la doppia cittadinanza.

⁴⁵ Interessante notare come la legislazione greca abbia preso in considerazione la generazione definita "uno e mezzo", ossia di coloro che, nati all'estero, hanno però svolto il loro

È infine opportuno operare una distinzione tra acquisizione della cittadinanza *iure soli* alla nascita ovvero dopo la nascita. Nel primo caso rientrano le fattispecie classiche, riconducibili ai sistemi di *ius soli* puro⁴⁶; nel secondo si fa invece riferimento alle ipotesi in cui l'attribuzione avvenga nel momento in cui si raggiungono determinati requisiti (residenza, raggiungimento della maggiore età, manifestazione esplicita di volontà, matrimonio, assenza di condanne penali, *et similia*).

3.3. Le prove di conoscenza della lingua e altri elementi di *ius culturae*

Anche per quel che riguarda la naturalizzazione degli stranieri, le legislazioni europee sono state protagoniste di innovazioni che hanno introdotto principi nuovi che hanno modificato significativamente le caratteristiche dell'istituto.

La naturalizzazione è la procedura alla quale possono accedere gli stranieri stabilmente residenti nel territorio dello Stato e proprio sul requisito della residenza basa tradizionalmente la sua natura. Nello scenario europeo, si può osservare come tutti gli Stati membri richiedano – in modalità e gradi diversi – un periodo di residenza minima ininterrotta e l'assenza di precedenti penali. La maggiore o minore rigidità delle normative sulla naturalizzazione⁴⁷ è data soprattutto dall'individuazione degli anni di residenza necessari per presentare la domanda (variano da 3 a 10 nelle diverse esperienze nazionali) e da eventuali requisiti aggiuntivi richiesti, quali possono essere la garanzia di requisiti di moralità, la dimostrazione di un reddito sufficiente a sostenere se stessi e la propria famiglia, la dimostrazione di un buon grado di integrazione

percorso scolastico in Grecia, e che pertanto, possono ottenere, in forza di dichiarazione, la cittadinanza secondo le stesse modalità di quelli nati in Grecia da genitori ivi residenti da almeno 5 anni. Nel caso di *doppio ius soli* per la terza generazione, l'acquisizione avviene automaticamente al momento della nascita. Numerose le critiche mosse nei confronti di tale principio, introdotto con la riforma in materia di immigrazione del 2010, soprattutto da parte del partito conservatore che lo ha definito un criterio "illiberale". Si veda D. CHRISTOPOULOS, *Country Report: Greece*, in *EUDO Citizenship Observatory*, January, 2013, 11.

⁴⁶ Vale la pena sottolineare, in merito, come solo 30 Stati nel mondo prevedano la forma pura, e tra questi la maggior parte sono Stati del continente americano, i principali Stati Uniti e Canada. In Europa era previsto soltanto in Irlanda, prima della riforma approvata con referendum costituzionale il 24 aprile 2004.

⁴⁷ Sulla inclusività ed esclusività del procedimento di naturalizzazione, facendo riferimento all'idea di cittadinanza etnica e cittadinanza civica, si veda S.W. GOODMAN, *Naturalisation Policies in Europe: Exploring Patterns of Inclusion and Exclusion*, in *EUDO Citizenship Observatory*, November 2010, 2-4.

nella società e, in alcuni casi, la rinuncia alla precedente cittadinanza (negli Stati, come l'Estonia ad esempio, in cui non è contemplata la doppia cittadinanza)⁴⁸.

La novità principale in termini di naturalizzazione riguarda i test che certificano la conoscenza della lingua, della cultura, delle leggi e dei tratti essenziali della società dello Stato di cui si intende richiedere la cittadinanza. Si tratta di un requisito ormai diffuso nella gran parte degli Stati europei⁴⁹, che merita di essere analizzato in alcuni suoi aspetti, non privi di spunti di riflessione interessanti.

Diversi ordinamenti hanno infatti affiancato al requisito della residenza la dimostrazione di un grado di integrazione elevato nella società dello Stato di cui intendono chiedere la cittadinanza⁵⁰. Questo requisito – in alcuni casi meramente dichiaratorio – si sostanzia nella gran parte degli ordinamenti in veri e propri test di esame che possono riguardare, a seconda della restrittività della normativa, solo la conoscenza della lingua, ovvero anche la dimostrazione di una effettiva conoscenza dell'ordinamento giuridico dello Stato o degli elementi caratterizzanti la sua cultura tradizionale⁵¹.

I parametri necessari a valutare i requisiti in questione variano da Stato a Stato non solo in termini di materie di cui è richiesta la padronanza, ma anche in termini di livello considerato sufficiente per dimostrare

⁴⁸ Si tratta dei cosiddetti “*membership requirements*”, termine atto ad indicare l'idea di *integrazione* nella società da parte di un soggetto. Cfr. *ibid.*, pp. 13 e ss.

⁴⁹ I test di lingua per la naturalizzazione sono previsti in tutti gli Stati membri ad eccezione di Belgio, Paesi Bassi, Cipro, Irlanda, Polonia e Svezia.

⁵⁰ Sul rapporto tra integrazione e cittadinanza si vedano, *inter alia*, G. MILANI, *Cittadinanza e integrazione. L'influenza del diritto comparato sulla disciplina italiana e sulle proposte di riforma*, in *Federalismi*, n. 4, 2018, F. MACIOCIE, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, Torino 2014, 155-159; P. COSTA, *Cittadinanza e integrazione: dall'Ottocento a oggi*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti delle società multiculturali*, Torino 2013.

⁵¹ In G. MILANI, *Cittadini jurae linguae. Test linguistici e cittadinanza in Europa*, Milano 2017, 179-358, si elabora e approfondisce la distinzione tra tre modelli di utilizzo dei requisiti linguistici: quello *selettivo*, che rende difficile l'acquisizione della cittadinanza se non per gli individui ritenuti “affini” alla cultura dello Stato, diffuso soprattutto in Europa orientale; quello *assimilativo*, diffuso soprattutto in Europa centrale e settentrionale, che è sì selettivo ma consente l'acquisizione della cittadinanza agli individui già integrati nel tessuto sociale e quindi non pone barriere a priori per nessun individuo sulla possibilità di acquisirla in futuro; quello *multiculturale*, diffuso in Europa occidentale, in cui l'individuo che intende acquisire la cittadinanza viene accompagnato in un percorso di integrazione basata anche e soprattutto sull'integrazione linguistica ovvero più genericamente culturale.

l'effettiva integrazione⁵². Elemento questo che crea ulteriori evidenti distorsioni nel panorama dell'Unione⁵³.

Recentemente, anche in Italia sono stati introdotti i test di conoscenza della lingua⁵⁴ per la naturalizzazione, per effetto del “decreto sicurezza e immigrazione”⁵⁵ dell'ottobre 2018⁵⁶. L'emendamento 14.7 introduce

⁵² In Lettonia, ad esempio, l'esame di conoscenza della lingua e della cultura lettone è periodico, e non si esaurisce in un unico test;

⁵³ Da più parti si è fatto riferimento all'opportunità di ispirarsi al modello del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue (QCER). Cfr. la Risoluzione del Consiglio d'Europa n. 14757 del 2001 con la quale si invitano gli Stati membri ad utilizzare il QCER per costruire sistemi di validazione dell'abilità linguistica.

⁵⁴ Sui test di lingua nel “Decreto Sicurezza e Immigrazione” si veda G. MILANI, *Ius linguae e status civitatis: verso un nuovo paradigma della cittadinanza italiana?*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, in corso di pubblicazione, n. 2, 2019.

⁵⁵ Il c.d. Decreto Salvini, oltre ai test di lingua, ha allungato i termini per la risposta dell'amministrazione alle domande di naturalizzazione e ha introdotto nuove cause di perdita della cittadinanza, la cui legittimità costituzionale è stata peraltro messa fortemente in discussione in dottrina. Sugli aspetti del decreto legati alla cittadinanza si veda, in particolare, C. BERTOLINO, *Paradossi della cittadinanza nella legge di conversione del decreto legge c.d. “Sicurezza”*, in *federalismi*, n. 3, 2019; sui dubbi di legittimità costituzionale si vedano, *ex plur.*, A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, 191 e ss.; E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine tra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2019; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”)*, in *federalismi*, n. 22, 2018, 11; D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2019; M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2018; su altri aspetti di carattere generale, A.M. CECERE, *Le iscrizioni anagrafiche per gli stranieri richiedenti protezione internazionale dopo il d.l. n. 113 del 2018*, in *c.d. Decreto Salvini*, M. COLLEVECCIO, *Comuni ed immigrazione: prime riflessioni e criticità applicative del “Decreto sicurezza” per gli enti locali*, E. OCELLO, *Nuove norme sulla sicurezza: profili applicativi e criticità interpretative*, C. SBAILO', *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranista*, F. UGOLINI, *Convergenza tra politiche di immigrazione e diritto penale. Alcuni aspetti problematici*, tutti in *federalismi*, n. 3, 2019; A.D. DE SANTIS, *L'impatto del c.d. “Decreto sicurezza” sul processo civile*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2019. Sui contenuti del decreto sicurezza e in generale sul problema migratorio in Italia e in Europa, nonché sulla condizione giuridica dello straniero si vedano, di recente, N. CANZIAN, *Profili di diritto intertemporale nel decreto-legge n. 113/2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2019; E. SIRENA, *Emigrare e immigrare. Esiste un diritto del muoversi?*, in G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli 2019, 215-246.

⁵⁶ Decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale*

nella legge sulla cittadinanza n. 91 del 1992⁵⁷ l'articolo 9.1 che sottopone l'acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio (art. 5) e per residenza (art. 9) al possesso da parte dell'interessato di una conoscenza della lingua italiana ad un livello non inferiore al livello B1 del Quadro Comune Europeo di Riferimento per le Lingue (QCER).⁵⁸

Diverse sono le ragioni che hanno determinato la diffusione dei requisiti linguistici e culturali per la naturalizzazione: in origine l'istituto è stato elaborato con l'obiettivo di garantire un'integrazione reale e più solida da parte degli stranieri naturalizzati, ben presto si è trasformato in un meccanismo di protezione che gli Stati hanno adottato per contrastare i problemi di sicurezza dovuti all'intensificarsi del fenomeno migratorio, il ché ha avuto come conseguenza l'irrigidimento dei criteri e l'innalzamento dei livelli richiesti.

Al di là delle scelte operate dalle singole legislazioni in termini di parametri e livelli richiesti, l'ondata di *ius culturae* che ha pervaso le normative degli Stati membri è stata vista di buon grado tanto da coloro che auspicavano un'apertura e una semplificazione delle procedure (anche perché spesso accompagnata da misure di *ius soli* temperato) quanto dalle parti politiche auspicanti un irrigidimento di tali procedure.

Questa convergenza ha fatto sì che non si prestasse la dovuta attenzione al tema della legittimità del requisito della conoscenza della lingua per l'ottenimento della cittadinanza.

L'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁹,

delle Forze di polizia e delle Forze armate, convertito con legge 1 dicembre 2018, n. 132, in GURI n. 281 del 3 dicembre 2018.

⁵⁷ Legge 5 febbraio 1992, n. 91 recante "Nuove norme sulla cittadinanza", in GURI n. 38 del 15 febbraio 1992.

⁵⁸ Il nuovo art. 9.1 recita: "*La concessione della cittadinanza italiana ai sensi degli articoli 5 e 9 è subordinata al possesso, da parte dell'interessato, di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue (QCER). A tal fine, i richiedenti, che non abbiano sottoscritto l'accordo di integrazione di cui all'articolo 4-bis del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, o che non siano titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui all'articolo 9 del medesimo testo unico, sono (tenuti, all'atto della presentazione dell'istanza, ad) attestare il possesso di un titolo di studio rilasciato da un istituto di istruzione pubblico o paritario riconosciuto dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale o dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ovvero a produrre apposita certificazione rilasciata da un ente certificatore riconosciuto dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale o dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*".

⁵⁹ "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la

così come l'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁰, nel vietare ogni forma di discriminazione, fanno espresso riferimento alla lingua come elemento la cui diversità non può comportare disuguaglianze nel godimento dei diritti in esse garantiti.

Potrebbero pertanto profilarsi problemi di compatibilità con il principio di non discriminazione per quelle normative che impongono a cittadini di uno Stato membro dell'Unione di dover conoscere la lingua di un altro Stato membro di cui intendono chiedere la cittadinanza. Medesima considerazione può farsi per chi, provenendo da uno Stato terzo, sia interessato a chiedere la cittadinanza di uno Stato membro non conoscendone la lingua ma potendo dimostrare di conoscere un'altra delle lingue ufficiali dell'Unione europea⁶¹.

Il quadro si fa ancor più complesso se il problema della conoscenza della lingua viene letto in combinato con altri aspetti quali l'effettivo godimento del diritto di soggiorno ex art. 21 TFUE⁶², la parità di trattamento ex art. 18 TFUE, la tutela delle minoranze linguistiche⁶³ e – non da ultimo – il paradosso delle distorsioni dovute alla necessità di conoscere

razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

⁶⁰ "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

⁶¹ Si pensi al classico esempio di un cittadino di uno Stato africano che conosce perfettamente l'inglese o il francese, a seconda della provenienza, e che si trovi a voler chiedere la cittadinanza di un altro Stato membro.

⁶² Il motivo della lingua non è stato oggetto di direttive specifiche da parte dell'Unione. Ciononostante, la Corte di giustizia dell'UE lo ha più volte richiamato nell'ambito del motivo di non discriminazione basato sulla nazionalità sotto il profilo della libera circolazione delle persone. Si veda in tal senso Corte di Giustizia UE, sentenza 28 novembre 1989, causa C-379/87, *Groener c. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee*, Racc. 1989, pag. 3967.

⁶³ Rilevano in proposito sia la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie, firmata il 5 novembre 1992 a Strasburgo nell'ambito del Consiglio d'Europa, sia la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali del 1995, che impongono agli Stati partecipanti obblighi specifici in relazione all'uso delle lingue minoritarie. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano l'art. 6, Cost. che tutela espressamente le minoranze linguistiche rende difficile ipotizzare la legittimità di una norma che rifiuti la cittadinanza ad uno straniero che parli tedesco e intenda stabilirsi in Alto Adige, ovvero di un francofono che intenda vivere in Valle d'Aosta.

la lingua per ottenere la cittadinanza europea accedendo da un determinato Stato membro e la possibilità, accedendo da altri, di poter entrare in possesso della stessa cittadinanza attraverso il versamento di un ingente contributo economico.⁶⁴

3.4. Malta, Cipro e la cittadinanza in vendita

Malta è stata l'ideatrice a livello europeo dell'acquisizione della cittadinanza *iure pecuniae*: dal 2013, infatti, è possibile diventare cittadini maltesi tramite il pagamento di una somma di circa 650 mila euro a persona, maggiorata di 25 mila euro per ogni altro componente della famiglia. La *ratio* della norma sta nel favorire l'attrazione di capitali sull'isola, concedendo la cittadinanza a chi da un "contributo straordinario" allo sviluppo economico di Malta. Si tratta, come visto, di cifre senz'altro poco accessibili ai cosiddetti "migranti economici", ma sicuramente appetibili per gli investitori extracomunitari che vogliono avere un accesso privilegiato al mercato comune. La cittadinanza maltese consente infatti di avere libertà di viaggio in circa 163 Paesi, al di là dei vantaggi che comporta grazie all'automatica e contestuale concessione della cittadinanza europea. In questo modo Malta apre una porta del tutto particolare sull'Europa e sull'area Schengen, il cui controllo dipende esclusivamente da se stessa⁶⁵.

Molto si è discusso sulla legittimità di una tale pratica: i Trattati nulla dispongono sulle procedure di acquisizione della cittadinanza, per cui gli unici profili di incompatibilità con le norme europee potrebbero confi-

⁶⁴ Per un'analisi più approfondita delle problematiche legate al requisito della lingua per la richiesta di cittadinanza si veda B. CARAVITA, *Kenntnis der nationalen Sprache und Bürgerschaft Gibt es noch Raum, um in Europa eine multikulturelle Bürgerschaft aufzubauen?*, in *federalismi*, n. 6, 2019, che riprende l'intervento presentato al German Chapter di ICON-S svoltosi alla Humboldt-Universität di Berlino il 28-29 marzo 2019, in cui si sostiene come vi sia una contraddizione tra i metodi originari di acquisizione della cittadinanza e il requisito di rudimenti linguistici e culturali più o meno approfonditi richiesto agli stranieri o ai figli di genitori stranieri nati nel territorio dello Stato.

⁶⁵ Di fatto, l'attuazione concreta del progetto, e dunque anche le fasi di valutazione della 'bontà' dell'acquirente, verrà effettuata dalla *Hanley & Partners*, una società inglese specializzata in "soluzioni per la cittadinanza" (*"Global expertise in residence and citizenship planning"*) che ha sede nell'isola di Jersey, un piccolo paradiso fiscale nello stretto della Manica, le cui commissioni per il servizio sono pari al 4%. Si teme infatti che ci possa essere un accesso di capitali la cui natura legale non venga sempre appurata con chiarezza. Cfr. *Malta's sale of EU passports causes controversy*, A. Rettman, euobserver.com, 7 gennaio 2014. Si veda anche il sito della *Henley Global* per maggiori informazioni.

gurarsi in merito al principio di leale collaborazione⁶⁶ sancito dagli artt. 3 e 9 del TFUE⁶⁷ ovvero al principio di non discriminazione in base al censo⁶⁸. Anche in virtù di questi ragionamenti, Malta ha affiancato ai requisiti di investimento indicati anche la necessità di un anno di residenza prima dell'iterazione della domanda.

Se da una parte va tenuto presente che finora – come era facilmente prospettabile – non ci sono state moltissime concessioni di cittadinanza per investimento⁶⁹, dall'altra non può non considerarsi come la normativa maltese configuri una vera e propria vendita pubblica di passaporti che può costituire sia uno svuotamento del concesso stesso di cittadinanza, sia un aggiramento legalizzato delle regole del mercato comune, con conseguenti fisiologiche ripercussioni su di esso.⁷⁰

Anche a Cipro⁷¹ viene riconosciuta la cittadinanza agli stranieri che investono 2 milioni di euro nell'isola, anche se non residenti. In Bulgaria si può invece chiedere la cittadinanza investendo 600 mila Leva bulgari in beni immobili o 250 mila Leva nelle regioni meno ricche.

⁶⁶ J. SHAW, *Citizenship for Sale: Could and Should the EU Intervene?*, in *EUDO Citizenship Observatory*.

⁶⁷ Articolo 3bis, comma 3 «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

Articolo 9, comma 2 «Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione».

⁶⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2014, *Cittadinanza dell'Unione europea in vendita* [P7_TA-PROV(2014)0038], in particolare punto K e L.; si veda anche l'interrogazione parlamentare con richiesta di risposta orale alla Commissione europea del 4 dicembre 2013, *Cittadinanza dell'Unione europea in vendita* (O-000138/2013).

⁶⁹ D. KOCHENOV, *Citizenship for Real: Its Hypocrisy, Its Randomness, Its Price*, in *EUDO Citizenship Observatory*.

⁷⁰ R. BAUBÖCK, *What is wrong with selling citizenship? It corrupts democracy!*, in *EUDO Citizenship Observatory*.

⁷¹ Va sempre tenuto in considerazione come anche il tema della cittadinanza a Cipro sia da leggere alla luce delle note vicende geopolitiche che caratterizzano la storia dell'isola, divisa di fatto in una parte greca e una turca. A Cipro vige un sistema misto di acquisizione della cittadinanza: *ius sanguinis* predominante ma temperato dallo *ius soli* laddove si nasca nel territorio cipriota da genitori aventi diritto la richiesta di cittadinanza. La Costituzione specifica come siano riconosciuti cittadini ciprioti sia quelli residenti e culturalmente appartenenti alla Cipro greca sia quelli residenti e culturalmente appartenenti alla Cipro turca (che formalmente, per Cipro, non esiste).

3.5. *Un quadro d'insieme*

L'analisi delle legislazioni degli Stati membri consente di operare alcune valutazioni. In primo luogo, la cittadinanza di uno Stato si acquisisce sempre e comunque *iure sanguinis*: chi è figlio di cittadini diventa cittadino, e chi ha antenati che sono stati cittadini ha condizioni di vantaggio nella naturalizzazione.

Nella quasi totalità dei casi lo *ius sanguinis* è almeno temperato, quando non del tutto integrato, dallo *ius soli*: figli di apolidi e di genitori ignoti, ad esempio, si vedono quasi ovunque riconoscere il diritto alla cittadinanza. In diversi Stati è stato accolto il principio del *doppio ius soli*, ossia il riconoscimento del diritto alla cittadinanza per gli immigrati di terza generazione, ossia di figli di stranieri nati nel territorio dello Stato.

La naturalizzazione si basa ovunque sul cosiddetto *ius domicilii*, ossia sulla dimostrazione di un periodo di residenza stabile e continua nello Stato di cui si intende chiedere la cittadinanza. Il periodo richiesto può variare da tre a dieci anni a seconda della restrittività o dell'apertura della normativa statale di riferimento, ma ovunque vi sono requisiti di residenza da soddisfare, eventualmente attenuati per casi particolari o per rapporti privilegiati con gli Stati di provenienza.

Sempre più diffusa è l'integrazione del requisito della residenza con aspetti legati allo *ius culturae*, che riguardano genericamente la necessità di dimostrare un più o meno sufficiente (anche qui a seconda della restrittività della normativa) grado di integrazione nello Stato di cui si intende chiedere la cittadinanza. Si va dalla certificazione della conoscenza della lingua ufficiale (gli Stati più "chiusi" pretendono un livello molto avanzato) a quella delle istituzioni e degli aspetti salienti della vita politica, sociale e culturale, dalla dichiarazione dell'assenza di condanne penali alla dimostrazione dell'autosufficienza propria e della propria famiglia.

Fenomeno recente, ancora limitato ma in espansione, riguarda invece la concessione della cittadinanza in ragione di importanti investimenti di capitale effettuati nello Stato. Una forma di acquisizione ribattezzata *iure pecuniae*. Gli Stati – Malta e Cipro su tutti – che hanno adottato questo istituto lo hanno giustificato facendo riferimento alla necessità di attrarre capitali nei propri territori, ma appare abbastanza chiaro, cambiando punto di vista, come non sia difficile poter parlare di una vera e propria "vendita della cittadinanza", a cui peraltro molti stranieri sono realmente interessati in quanto – nei casi specifici di Malta e Cipro – l'investimento comporterebbe anche (e soprattutto) l'accesso al mercato unico e all'area Schengen.

4. *Verso un modello comune di acquisizione della cittadinanza*

Ci sono due aspetti, forse banali, della questione della cittadinanza che bisogna tenere in considerazione per riuscire a comprenderne l'importanza nel momento storico. Il primo è che si tratta di un argomento di forte impatto nell'opinione pubblica, in ragione dei suoi legami ai temi dell'immigrazione e della conservazione della sovranità nazionale dello Stato.

Il secondo aspetto, che può apparire banale o scontato ma che troppo spesso non è tenuto in debita considerazione, è quello per cui nella maggioranza dei casi coloro che richiedono la naturalizzazione in uno Stato membro dell'Unione hanno come obiettivo non solo e non tanto la cittadinanza di quello Stato, quanto piuttosto l'acquisizione della cittadinanza europea e l'accesso al primo dei diritti da essa dipendenti: la libertà di circolazione e di soggiorno nei 28 Stati membri dell'Unione europea. E questo vale per tutte le categorie di richiedenti, dai migranti economici provenienti dalle coste settentrionali del continente africano, ai calciatori sudamericani che cercano di sfruttare i canali preferenziali per il conseguimento della cittadinanza spagnola o italiana così da non dover essere contati nel novero dei tre tesserati extracomunitari concessi nella maggior parte dei campionati di calcio europei.

Questi due aspetti sono particolarmente importanti ai fini di un ragionamento sulla cittadinanza europea perché costituiscono le due principali forze opposte per cui da una parte gli Stati difficilmente vorranno consentire all'Unione di interferire sulle norme interne in materia, dall'altra il buon senso indicherebbe la necessità di normative condivise e comuni per la gestione di una delle principali sfide dei prossimi decenni. Il tutto tenuto insieme da un paradosso, quello per cui il contenuto della cittadinanza europea è disciplinato dai Trattati mentre l'onere di garantire i diritti da essi sanciti spetta a ciascun Stato membro senza particolari forme di cooperazione.

Nell'ultimo decennio, le retoriche sovraniste e populiste⁷², che hanno ottenuto sempre maggior successo nello scenario europeo, sono riuscite a conferire maggior forza agli argomenti conservativi degli Stati membri: la cittadinanza è diventata – del tutto impropriamente – il centro di vere e proprie battaglie ideologiche del tutto fuori asse rispetto al cuore del problema che intendevano affrontare.

⁷² Per un approfondimento sul tema si veda G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli 2019.

I criteri per le naturalizzazioni e per il riconoscimento della cittadinanza per nascita si sono inaspriti in modo più o meno significativo nella gran parte degli Stati membri dell'Unione. In alcuni Paesi l'inasprimento si è avuto in conseguenza di attentati terroristici in cui erano coinvolti immigrati di seconda generazione, in altri per effetto dell'ondata migratoria proveniente da sud, in altri ancora – come ad esempio gli Stati nordici – per la paura di essere coinvolti dai flussi migratori che interessano gli altri Stati.

Il risultato è il perdurare di un quadro molto frammentato, con legislazioni tra loro molto distanti e talvolta contraddittorie, affatto armonizzate e dagli effetti di medio periodo non controllabili. Le diversità illustrate comportano due conseguenze: da una parte una forte discriminazione nell'accesso ai diritti connessi all'acquisizione della cittadinanza europea, dall'altra a delle possibili distorsioni nel funzionamento del mercato unico.

Per quanto riguarda le discriminazioni, non sembra in armonia con i principi del diritto europeo una situazione per cui un bambino figlio di genitori stranieri possa essere cittadino europeo dalla nascita qualora avesse la fortuna di nascere in uno Stato che adotta lo *ius soli* ovvero possa non esserlo e debba essere costretto ad affrontare una lunga trafila fino al compimento della maggiore età qualora fosse nato in uno Stato membro con diversa legislazione. Altresì difficilmente compatibile con i principi dell'Unione è la situazione che vede facilitato nell'acquisto dello *status* di cittadino europeo un facoltoso imprenditore in grado di sborsare 650 mila euro in investimenti a Malta rispetto ad un migrante sceso dagli ormai tristemente noti “barconi” provenienti dal continente africano⁷³.

Meno diffuso ma non per questo meno importante è il tema delle distorsioni del mercato unico. Evitare le distorsioni del mercato è una delle preoccupazioni che da sempre, tradizionalmente, ha investito l'azione delle istituzioni europee. Uno degli aspetti più delicati del funzionamento del mercato unico è quello che riguarda i criteri di accesso e di uscita e i rapporti tra il mercato interno e l'esterno. Se nel mercato unico, ad esempio, vi fossero Stati che offrissero condizioni fiscali particolarmente

⁷³ Sul tema S. KUDRYASHOVA, *The sale of Conditional EU Citizenship: The Cyprus Investment Programme Under the Lens of EU Law*, in *European Papers*, 3, 2018, 1265-1288; A. SHACHAR, *Dangerous Liaisons: Money and Citizenship*, in *EUDO Citizenship Observatory*; R. BARBULESCU, *Global mobility corridors for the ultra-rich and why understanding the neoliberal transformation of citizenship matters*, in *EUDO Citizenship Observatory*.

vantaggiose per gli investimenti provenienti da Paesi terzi, si creerebbe una sorta di porta di accesso privilegiata che spingerebbe gli investitori ad entrare nel mercato tramite quegli Stati, che risulterebbero così (indebitamente) favoriti nei confronti di altri Stati membri. Proprio per questo l'Unione è intervenuta armonizzando le condizioni di accesso di beni, servizi e capitali provenienti da Stati extracomunitari. Lo stesso discorso può valere per la cittadinanza: gli stessi effetti che l'Unione ha inteso scongiurare in campo commerciale, possono verificarsi per effetto dei diversi gradi di difficoltà nell'acquisizione dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea. Lo *ius pecuniae* di Malta e Cipro si configura in questo quadro proprio come un tentativo di utilizzare la cittadinanza europea come strumento per acquisire investimenti dall'estero, concedendo in cambio il "pass" per un ingresso più veloce nel mercato interno.

Ma il ruolo di una cittadinanza composita e frammentata, come già detto in apertura, investe tematiche ben più ampie che afferiscono alla stessa forma di stato dell'Unione.⁷⁴ Il dibattito – giustamente vivo e attuale – sul sistema di Dublino e sulla gestione a livello europeo dei fenomeni migratori extracontinentali non può essere affrontato compiutamente senza una presa di posizione comune: sarebbe infatti senz'altro più agevole l'applicazione degli accordi in tema di recupero in mare, di prima accoglienza, di "quote di migranti" se ci fosse uno scenario comune in cui muoversi.

Peraltro, un perdurare di questa frammentazione può prestare il fianco all'utilizzo della concessione della cittadinanza come arma politica da parte degli Stati membri. Prendiamo come esempio uno Stato di prima immigrazione abituato a ricevere un grande numero di migranti destinati ad usarlo come "corridoio" per raggiungere gli altri Paesi europei. A normative vigenti questo Stato – che potrebbe benissimo essere l'Italia, per le caratteristiche indicate – svolge un'importante funzione di controllo e gestione delle frontiere non solo proprie, ma dell'intera Unione europea. Le persone che volessero sfuggire alle previsioni del sistema di accoglienza e integrazione italiano per spostarsi clandestinamente oltre frontiera si troverebbero ad essere respinti al confine, anche in modo deciso e scomposto, come avvenuto di recente con i noti e spiacevoli episodi di Ventimiglia, sul confine italo-francese.

La funzione del nostro Paese in questo senso è preziosa per tutta l'Unione, in ragione delle normative (per di più abbastanza rigide) che regolano e gestiscono l'ingresso degli stranieri nella comunità dei cittadini.

⁷⁴ Cfr. S. STAIANO, *op. cit.*, 1.

Cosa accadrebbe se tali normative non esistessero? Ovvero se venisse meno questa funzione di filtro? Pensiamo ad uno scenario in cui l'Italia decidesse di concedere indiscriminatamente e incondizionatamente la naturalizzazione a tutti gli stranieri che ne fanno richiesta, senza tener conto di alcun *ius domicilii*. La gran parte dei migranti economici provenienti dall'Africa e dei richiedenti asilo si ritroverebbe ad essere cittadino italiano e, conseguentemente, cittadino europeo. Considerando che la maggior parte di costoro è interessata a ricongiungersi con famiglie stanziate in altri Stati europei, o comunque a raggiungere Stati con una maggior richiesta di forza lavoro non qualificata (Francia e Germania, ma anche i Paesi scandinavi), questi nuovi cittadini si ritroverebbero a poter attraversare il confine italiano esercitando la libertà di movimento e di stabilimento di cui godono in qualità di cittadini europei.

Entrerebbe in crisi Schengen, perché alcuni Stati potrebbero decidere di chiudere le frontiere; entrerebbe in crisi la stessa Unione europea, perché verrebbe meno una delle libertà su cui l'ordinamento stesso dell'Unione si basa.

L'ipotesi appena descritta – dai tratti senz'altro provocatori ma non certo irrealistici – rende ancor più evidente la necessità di una gestione comune del problema della cittadinanza, che non può continuare ad essere concessa arbitrariamente senza essere uniformata alle stesse norme o quantomeno ispirata da principi comuni.

Dal punto di vista tecnico-giuridico non mancano elementi di possibile armonizzazione: uno *ius sanguinis* generalizzato con criteri di *ius soli* condivisi (ad esempio il *doppio ius soli*); norme sulla naturalizzazione che individuino standard comuni in termini di anni di residenza necessari per poter inoltrare domanda; aspetti di *ius culturae* che tengano conto di fattori comuni e di fattori specifici riservati a ciascun Stato membro; chiarezza sulla doppia cittadinanza; regolamentare la concessione della cittadinanza per investimento⁷⁵.

Chiaramente alcuni aspetti dovrebbero tener conto di specificità e peculiarità nazionali: ma non sarebbe difficile – come accade ed è accaduto in molti ambiti delle legislazioni europee – immaginare regimi di *opting out* per alcune fattispecie e situazioni (ad esempio il mantenimento del divieto di doppia cittadinanza in Estonia, dovuto all'intenzione di limitare l'influenza russa).

⁷⁵ Si veda anche H. SWOBODA, *Linking citizenship to income undermines European values. We need shared criteria and guidelines for access to EU citizenship*, in EUDO Citizenship Observatory.

La definizione di linee comuni nell'acquisizione della cittadinanza europea è dunque tema che investe il buon funzionamento dell'Unione e la sua stessa stabilità. Quali sono dunque gli ostacoli? Tradizionalmente l'ostacolo principale si individua nella ritrosia degli Stati membri a cedere sovranità su un aspetto che rientra tra le prerogative classiche dello Stato moderno. C'è però una considerazione di cui tener conto *a priori*: la cittadinanza europea comporta l'acquisizione di una serie di diritti (esposti nei paragrafi precedenti) di cui il cittadino diventa titolare per effetto di norme europee, ma il cui effettivo godimento dipende dagli Stati membri. Si tratta per certi versi di un paradosso che può creare un'*empasse* difficilmente superabile, e che legittima la ritrosia degli Stati nell'acconsentire a passi indietro sulla disciplina della materia.

Un impulso può provenire da un doppio binario: da una parte si rende necessario un approfondimento delle politiche sociali dell'Unione⁷⁶, tema oggi molto discusso e dalle potenzialità significative in termini di impatto; dall'altra si percepisce l'opportunità di approfondire il catalogo dei doveri connessi alla cittadinanza europea. Lo *status* di cittadino, infatti, non comporta solo l'acquisizione di nuovi diritti, ma anche l'inglobamento dell'individuo in una sfera che comprende dei doveri di cittadinanza⁷⁷. Ad oggi non risulta di facile individuazione un catalogo

⁷⁶ I diritti sociali sono un aspetto rilevante ai fini dei ragionamenti sulla cittadinanza. Molti Stati membri, infatti, lamentano l'impotenza nei confronti delle migrazioni intracomunitarie volte ad accedere a sistemi sociali più favorevoli rispetto a quelli degli Stati di provenienza. Ovviamente il discorso si riflette anche sulla concessione della cittadinanza a cittadini provenienti da Stati terzi. Proprio per queste ragioni il rafforzamento di un *welfare* europeo consentirebbe maggior disinvoltura nel raggiungimento di norme comuni sulla concessione della cittadinanza.

Oggi, invece, si registra una situazione per cui "...malgrado non sia in atto un'aggressione vera e propria ai sistemi sociali di tali Stati da parte di cittadini comunitari alla ricerca di un migliore *welfare*, ma unicamente nella prospettiva che la perdurante crisi economica possa indurre i cittadini a spostarsi alla ricerca del sistema di assistenza sociale più favorevole, questi Stati hanno fatto pressione sull'Unione Europea affinché vengano ristabiliti i tradizionali confini per proteggere i diritti e gli interessi dei nativi". Cfr. C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari 2014, 160.

Sul rapporto tra cittadinanza europea e diritti sociali si vedano anche M.C. MARCHETTI, *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Luci ed ombre di un rapporto difficile*, in *Società Mutamento Politica*, vol. 7, n. 13, 2016, 139-155; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino 2013.

⁷⁷ Cfr. E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Cagliari, 2009, Napoli 2010, 239 e ss., dove si evidenzia come "se da un lato la riflessione scientifica sulla cittadinanza si è sempre prevalentemente concentrata sul versante dei diritti

dei doveri del cittadino europeo, elemento non trascurabile anche nella gestione delle naturalizzazioni dei migranti extracomunitari⁷⁸.

Senza doveri, del resto, non ci sono appartenenza né soggezione⁷⁹, per cui non c'è comunità e non c'è cittadinanza. E senza di essi non sarà possibile pensare quella "Europa dei cittadini" la cui realizzazione è al centro delle priorità dell'Unione, né sarà possibile, di conseguenza, proseguire il cammino della *ever close union*⁸⁰.

[...] in realtà – almeno a partire dallo Stato liberale – sono i doveri a qualificare concretamente la posizione del cittadino rispetto allo Stato.”

⁷⁸ Sul tema, *inter alia*, R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino 2007, in particolare i saggi di G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, 86-139; V. MARZUILLO, *I doveri costituzionali degli immigrati: una realtà in continua tensione tra obbligo giuridico ed onere sociale*, 414-423; A. WOJTEK PANKIEWICZ, *I doveri costituzionali degli immigrati extracomunitari*, 424-437; A. SPADARO, *Sul necessario carattere «globale» (e non solo interno) dei doveri nello stato costituzionale contemporaneo*, 462-468. Si vedano anche A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2016; E. GROSSO, *cit.*

⁷⁹ Cfr. S. STAIANO, *op. cit.*, 2.

⁸⁰ Si veda in tal senso A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2015, 303-305.

Antonio Bellizzi di San Lorenzo

FENOMENOLOGIA GIURIDICA
DEL BENE ALIMENTARE*

SOMMARIO: 1. Nozione normativa di “alimento” e sua *ratio* protettiva. – 2. Accesso al cibo nella gerarchia dei bisogni umani: la bio-assiologia. – 3. Aspetti strutturali e funzionali del bene alimento: esclusività fruitiva, divisibilità, comunanza deontologica, consumabilità, deteriorabilità, futuribilità. – 4. Il bene alimentare come bene patrimoniale a funzione non patrimoniale: il «potere alimentare». – 5. Il bene alimentare sotto il profilo antropologico, religioso, simbolico-identitario e la rilevanza giuridica della sua irriducibilità materiale. – 6. Aspetti della sicurezza alimentare: specificità di rilevanza del valore d’uso alimentare per la persona fisica e possibili frizioni col valore di scambio; illeciti e tutele; informazione e pubblicità. – 7. Alimento e bene medicinale. – 8. Il problema dell’alimentazione artificiale: cenni.

1. *Nozione normativa di “alimento” e sua ratio protettiva*

L’azione d’ingerire¹ una determinata entità materiale, da parte di un essere umano, costituisce, in proiezione, l’elemento dinamico qualificante di una cosa²,

* Il presente studio costituisce lo sviluppo analitico di un intervento tenuto al Convegno *Environment, energy, food. Comparative models for sustainable development*, Roma-Firenze 5 ottobre 2015, e di uno scritto pubblicato negli *Studi in onore di Giovanni Fargiuele. I. Principi, regole, interpretazione* a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017.

¹ Assume valenza centrale lo «svolgimento dell’azione giuridica cioè costitutiva o conservativa d’ordinamento», in Salv. Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, s. d. ma 1964, 16; cfr. F. ROMANO, in *Aa.Vv. Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Firenze 15 ottobre 2004, Milano 2007, 83; N. LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1429: «la ragione si radica in un profilo di socialità, cioè nel medesimo terreno sul quale si fonda il diritto e come questo implica una valutazione orientativa dell’azione».

² Con riferimento al pensiero di S. PUGLIATTI, in voce *Cosa* (teoria generale), *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 20, osserva O.T. SCOZZAFAVA: «si può concordare con quella dottrina che considera la nozione di cosa una nozione pregiuridica e neutra che rileva nella fase precedente alla qualificazione a seguito della quale si trasforma da entità del mondo feno-

quale bene alimentare³, secondo la definizione della fonte normativa europea⁴: infatti per l'art. 2 del Regolamento 178/2002/CE, la ragionevole prevedibilità d'ingestione di un prodotto o sostanza assurge a criterio di dimensionamento normativo della nozione di alimento⁵ a prescindere dalla idoneità satisfattiva di una esigenza nutritiva⁶ (es. *chewingum*). La definizione di alimento, rivelandosi così permeata dal principio di precauzione⁷, esprime una *ratio* protettiva della salute della persona predisponendo il più ampio spettro applicativo della varia normativa volta alla sicurezza di tutto ciò che appunto ragionevolmente⁸ possa essere ingerito (*food safety*), tranne le categorie espressamente individuate dallo stesso art. 2: infatti mentre è considerato "alimento" non solo il prodotto finito immediatamente ingeribile ma anche il prodotto primario o il semilavorato, il cui risultato di trasformazione sarà ingeribile, la suddetta fonte

menico a bene in senso giuridico, venendo a costituire "l'elemento materiale del concetto giuridico di bene"», v. *I beni*, in *Trattato Dir. civ.*, C. N. N., dir. da P. Perlingieri, Napoli 2007, 12. Nel senso che la dialettica tra "cosa" e "bene" possa metter capo ad «un'incisione non indifferente sul sistema di fruizione delle risorse, specie se di queste può predicarsi la scarsità» v. C. CAMARDI, *Cose beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 960.

³ V., nell'ottica della dialettica cibo/rifiuto, A. GORASSINI, *Il cibo come bene comune. Periplo di una recente legge con tentativo d'approdo*, in *Juscivile. it*, 5, 2017. Si ritiene di non ricomprendere il "diritto dell'alimentazione" nell'ambito del diritto ambientale, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto ambientale*, Milano 2014; nel senso invece di una integrazione tra le due branche del diritto, M. MONTEDURO, *Alimentazione e ambiente*, in G. ROSSI, (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 4^a ed., Torino 2017, 309.

⁴ Infatti il Regolamento 178/2002/CE del 28 gennaio 2002, all'art. 2 stabilisce la definizione di "alimento": «Ai fini del presente regolamento si intende per "alimento" (o "prodotto alimentare", o "derrata alimentare") qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato destinato ad essere ingerito o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito da essere umani» (corsivi miei).

⁵ Cfr. P. BORGHI, voce *Alimento (prodotto)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 10^o *Agg.*, Torino 2016, 2 e ss., ove si nota che la più importante disciplina dell'informazione dei consumatori su etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari (d. lgs. 27 gennaio 1992 n°109) non contiene ancora la definizione di prodotto alimentare rinviando il «linguaggio giuridico alla semantica della prassi» (ivi, 4).

⁶ Alla «alimentazione, cioè al nutrimento corporale» ha fatto invece riferimento la giurisprudenza: v. Cass. pen. sez. III, 5 giugno 1998 n° 8662, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 826 e ss. Per l'importanza del fine nutritivo v. F. ALBISINI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Milano 2015, 11 e ss.

⁷ V. chiaramente il 20° Considerando nonché l'art. 7 del Regolamento 178/2002/CE. Sul principio di precauzione v., in generale, R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano 2012; O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI, *op. cit.*, I, 166.

⁸ Sul principio di ragionevolezza, v., *ex multis*, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi del principio di ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, *passim*; N. LIPARI, *op. cit.*

– ai fini dell’applicazione di specifiche normative – espressamente esclude, i vegetali prima della raccolta, gli animali vivi ad eccezione di quelli consumabili come tali (es. mitili); inoltre sono esclusi i mangimi animali, i medicinali, i cosmetici, il tabacco e le sostanze stupefacenti e psicotrope. Così come, in virtù del secondo comma dell’art. 2, insieme ad ogni bevanda, l’acqua è considerata “alimento”, solo se potabile⁹, in quanto coincidente con i “punti” distributivi (rubinetti, confezioni per la vendita etc.), in cui deve essere conforme ai parametri di valore, che la rendono suscettibile di consumo umano ex art. 6 della Direttiva 98/83/CE del 3 novembre 1998.

2. Accesso al cibo nella gerarchia dei bisogni umani: la bio-assiologia

Ora, la summenzionata definizione di alimento¹⁰, contenuta nell’art. 2 del Regolamento 178/2002/CE, risulta teleologicamente rivolta al concetto di “*food safety*”¹¹: si tratta cioè di una nozione di alimento che presuppone la sua collocazione spazio-temporale¹² in un contesto di abbondanza, in cui si assume risolto il problema della *food security* ossia di garanzia di una sicura disponibilità alimentare¹³. In quest’ultima direzione invece, il solenne riconoscimento, in fonti internazionali¹⁴, di un diritto al cibo come diritto

⁹ L’acqua potabile costituisce la primaria manifestazione degli usi civili di acqua, la cui captazione, adduzione e distribuzione afferisce all’insieme dei servizi pubblici di cui alla “Gestione delle risorse idriche” ex art. 141 e ss. d. lgs. 3 aprile 2006, n° 152, (Codice dell’ambiente): v. M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in *Federalismi. it*, 16 febbraio 2011.

¹⁰ Per la problematicità del concetto di “definizione” v. S. LANDINI, *Il ruolo delle definizioni legislative nell’interpretazione del diritto civile*, in *Diritto privato*, 2001/2002, Padova 2003.

¹¹ P. BORGHI, *op. ult. cit.*

¹² V., *ex multis*, M. MONTANARI, *La fame e l’abbondanza. Storia dell’alimentazione in Europa*, Milano 1997. Ma il *clivage* tra “fame” e “abbondanza” non è solo diacronico tra epoche diverse e sincronico tra macro-aree, quali Occidente opulento – in cui i problemi dell’alimentazione sono osservati nell’ottica de *La società della post-crescita. Consumi e stili di vita* (G. FABRIS, Milano 2010, 177 e ss.) – e paesi poveri, dove assicurare *Policies and practices for securing and improving access to land* (L. COTULA, C. TOULMIN, J. QUAN ICCARD, 1, London 2006). Infatti questo è il segno della «contraddizione tra l’esistenza proclamata di uno spazio continuo e la realtà di un mondo discontinuo» (M. AUGÈ, *Che fine ha fatto il futuro? Dai non luoghi al nontempo*, Milano 2009, 43), com’emerge, *ex multis*, in M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 391 e ss.,

¹³ V., P. BORGHI, *op. ult. cit.*

¹⁴ Art. 25 *Dichiarazione universale dei Diritti umani* ed art. 11 *Convenzione internazionale dei diritti economici, sociali e culturali*.

umano fondamentale¹⁵, pone comunque il problema, nei singoli ordinamenti¹⁶, dell'accesso al cibo adeguato e sufficiente (*right to food approach*)¹⁷ nell'effettività¹⁸ di un diritto soggettivo giustiziabile¹⁹, quale *basic right*²⁰ *in rem publicam*²¹, in posizione sussidiaria²² rispetto al diritto agli alimenti, manifestazione della solidarietà familiare²³, nel suo nucleo primario.

Ma a prescindere da questa prospettiva è la stessa emancipazione del soggetto²⁴ come un «io reale»²⁵ dalla veste formale di un «io giuridico»²⁶

¹⁵ V. S. MOSCATELLI, *Il diritto all'alimentazione nel sistema dei diritti umani*; sulla categoria in generale, *ex multis*, M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, *Iustitia*, 2008, 399 e ss.

¹⁶ V. Corte Cost. 11 gennaio 2010, n. 10, ove si enuncia la sussistenza di un «diritto sociale» a «prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno alimentare» fondato sul combinato disposto dagli artt. 2, 3 c. 2 e 38 Cost., in occasione della decisione sulla costituzionalità del D. L. 25 giugno 2008 n. 112 convertito con modificazioni nella Legge 6 agosto 2008 n. 133 (art. 81 c. 29, c. 30 e dal c. 32 al c. 38 *ter*) istitutivo della «social card», ritenuta da alcune Regioni disciplinata in modo non conforme al riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni. Sui «diritti sociali», merita ricordare la riflessione di P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, Milano 2016, 46 e ss. con riferimento al tema «Costituente e questione sociale».

¹⁷ V. l'articolata analisi di M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2016.

¹⁸ *Ex multis*, v. G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele*, in *Enc. Dir. Annali*, X, Milano 2017, 381 e ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 1071 e ss.

¹⁹ Sul problema della giustiziabilità del diritto al cibo, v. A. LORENZETTI, *Il diritto al cibo, fra tutela del diritto al lavoro e tutela dell'ambiente*, in *www.aggiornamentisociali.it*, 23 ottobre 2014.

²⁰ H. SHUE, *Basic rights. Subsistence, affluence and U. S. foreign policy*, 11 Princeton, 1996.

²¹ In questa direzione, il «Reddito di cittadinanza» introdotto in Italia e disciplinato dal D. L. 28 gennaio 2019 n°4, convertito nella Legge 28 marzo 2019 n° 26, può essere letto come una risposta, attuativa del principio di solidarietà costituzionale.

²² Il principio di sussidiarietà è stato distillato la prima volta dalla cultura cattolica da L. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto* (1840-43), Roma 1990 ed ufficializzato da Pio XI, *Quadragesimo anno*, 15 maggio 1931, *A. A. S.*, 1931, XIII, 203 e ss.: v. I. MASSA PINTO, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bologna 2005; T.E. FROSINI, voce *Sussidiarietà (principio di) dir. cost.*, *Enc. dir. Annali II*, 2, Milano 2008, 1133 e ss.

²³ *Ex multis*, v. F. ALCARO, *Diritto privato*, 4ª ed., Padova 2019, 653; cfr. M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, in *Trattato dir. priv.*, dir. da M. Bessone, III, a cura di T. Auletta, Torino 2011, 571 e ss. Com'è noto, fa eccezione alla *ratio* di solidarietà familiare, l'obbligazione di alimenti del donatario verso il donante ridotto in stato di bisogno (art. 437 c. c.)

²⁴ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 829 e ss.

²⁵ Espressamente, G. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 847.

²⁶ *Ibidem*: osserva poi Mazzamuto «La critica che il postmodernismo scaglia contro

disincarnato²⁷ a porre il tema²⁸ dell'enucleazione civilistica del bene giuridico²⁹ alimentare.

Infatti la considerazione dell'oggettivo bisogno umano di alimentarsi, discende dalla necessità del soggetto di sostenere la propria esistenza fisica attraverso la periodica assunzione di cose potabili/comestibili, quali porzioni del mondo esterno, allo stato liquido e solido esistenti come tali, in natura, nel mondo minerale, vegetale e animale, ovvero quale risultato della prodromica manipolazione umana, più o meno complessa.

È noto che biologicamente l'essere umano, come gli altri animali, attinge il proprio nutrimento non solo direttamente dalla materia inorganica come l'acqua ma altresì dai vegetali e dagli altri animali: dunque l'uomo appartiene al novero degli esseri viventi eterotrofi, i quali sintetizzano il nutrimento indirettamente dalla materia organica e non direttamente esclusivamente dalla materia inorganica, come gli esseri viventi autotrofi, quali i vegetali³⁰.

Ne consegue che, nella gerarchia dei bisogni umani, il bisogno di alimentarsi comprensivo dell'acqua è secondo soltanto a quello primario di respirare, cioè di assumere direttamente la sostanza aereiforme contenente in natura l'ossigeno³¹. Infatti il bisogno di respira-

il modernismo è quella di essersi risolto in una storia di occultamento del soggetto reale attraverso il soggetto formale».

²⁷ Fa riferimento a «l'individualismo della razionalità disincarnata, inaugurato da Descartes», C. TAYLOR, in *Il disagio della modernità*, 4ª ed., Roma-Bari 2006, 31; cfr. M. MONTANARI, in *Il cibo come cultura*, Roma-Bari, 11ª ed., 2018, 13: «l'uomo "civile" si autorappresenta fuori dalla Natura ma la Natura stessa diventa nella esperienza storica un modello culturale consapevole, alternativa a quella della Cultura».

²⁸ Sulla nozione di «scelta del tema», v. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 110; cfr. G. PASCUIZZI, *La creatività del giurista – tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna 2013, 72.

²⁹ Sul concetto di «bene giuridico» v., oltre la bibliografia cit., *supra*, n. 2, S. PUGLIATTI, *Beni (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 164 e ss.; M. COSTANTINO, R. PARDOLESI, D. BELLANTUONO, *I beni in generale*, in RESCIGNO (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, VII, 1, 2ª ed., Torino 2005, 5 e ss.; A. GAMBARO, *I beni*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER (a cura di), *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano 2012; F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 459 e ss.; F. ALCARO, *Diritto privato*, 105 e ss.

³⁰ V., *ex multis*, A. GIULIANI, *La produzione di energia*, in *Basi chimiche molecolari e biologiche della medicina*, Torino 1997, 272 e ss. Per il fenomeno d'eccezione delle piante carnivore o insettivore (600 specie. c. a., in tutto il mondo), v. G. BLONDEAU, *Il grande libro delle piante carnivore*, Firenze 2002.

³¹ «Tutti gli organismi animali sono eterotrofi e degradano i componenti organici fino a CO₂ e H₂O attraverso processi ossidativi che possono avvenire in presenza di ossigeno (organismi aerobi) o in assenza (organismi anaerobi). L'uomo è un organismo aereo-

re³² si differenzia da quello di alimentarsi per la necessaria continuità della sua soddisfazione rispetto alla periodicità indifferibile senza limite della soddisfazione del bisogno alimentare. Ma, nell'ambito del bisogno alimentare, è nello stato liquido che si reperisce l'oggetto di soddisfazione fondamentale, giacché l'assunzione dell'acqua assume valore primario rispetto ad ogni altro alimento in termini di periodicità indifferibile. Tali bisogni umani essenziali, complementari e non alternativi, sono dunque segnati da una precisa gerarchia satisfattiva, imprescindibile per una lettura giuridica del fenomeno³³. Ed infatti, come dai rudimenti della scienza economica³⁴ si attinge che, nella gerarchia dei beni idonei a soddisfare i bisogni umani, il primo è l'aria e il secondo è l'acqua, così giuridicamente s'impone la constatazione di una bio-assiologia³⁵ ossia di una gerarchia di valori di sussistenza della persona³⁶ scanditi dalla sequenza aria-acqua-altra alimentazione, le cui differenze strutturali e funzionali devono essere indagate al fine di coglierne la peculiare natura normativa, nello «svolgimento dell'azione giuridica cioè costitutiva o conservativa d'ordinamento»³⁷.

bio; i processi ossidativi che si svolgono al suo interno sono, in ultima analisi ossigeno-dipendenti. Il complesso dei fenomeni che portano un organismo aerobio alla produzione di anidride carbonica e acqua, con consumo di ossigeno, viene detto respirazione», v. A. GIULIANI, *op. ult. cit.*

³² J. W. HOLE JR (D. SHIER, J. BUTLER, R. LEWIS), *Human anatomy e physiology*, XIV ed., Columbus (Ohio) 2015, 19, Respiratory system.

³³ Infatti «il diritto privato è per essenza sua propria normativa di singoli atti o comportamenti ossia di singoli accadimenti puntuali»: A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, 35. Sul problema della lettura giuridica della realtà, fisica e spirituale v. A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, Paris 2003, segnatamente 97 e ss. Rileva la «enorme virulenza di certi fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo», P. GROSSI, in *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, 10, nota 18.

³⁴ V. G.S.J. EVONS, L. COSSA, *Economia politica*, VIII ed. agg. da V. Tosi, Milano 1924, 15 e 23.

³⁵ Il termine è ispirato dalla lettura di R. ESPOSITO, *suos-biopolitica e filosofia*, Torino 2004. Sul rapporto tra “ordine biologico” e “ordine giuridico”, v. J. MORAND-DEVILLER, *Il giusto e l'utile nel diritto*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 1 e ss. Per una critica filosofica contemporanea alla impossibilità di fondare valutazioni etiche oggettive v. H. PUTNAM, *Ethics without Ontology*, Harvard 2004, trad. it., *Etica senza ontologia*, Milano 2005, 110. Da un punto di vista giuridico, v. G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino 2015, 168.

³⁶ Sullo sconfinato tema, v. *ex multis*, G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, cit.

³⁷ V. SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, cit.; F. ROMANO, *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, cit.

3. *Aspetti strutturali e funzionali del bene alimento: esclusività fruitiva, divisibilità, comunanza deontologica, consumabilità, deteriorabilità, futuribilità*

Mentre la prima differenza di carattere cronologico tra la periodicità di soddisfazione del bisogno idrico-alimentare e la continuatività di quello respiratorio rivela un carattere funzionale alla fisiologia dell'essere vivente, emerge invece la strutturalità di un'altra differenza discendente dalle caratteristiche fisiche degli oggetti idonei a soddisfare i suddetti bisogni: infatti i beni alimentari, a cominciare dall'acqua³⁸, presentano la caratteristica fenomenica del bene esclusivo, ossia suscettibile di appropriazione individuale per trarne le utilità, laddove il bene arioso presenta tendenzialmente ed ordinariamente la caratteristica di bene inclusivo o quantomeno non esclusivo³⁹. Così la fruizione di un dato bene alimentare da parte di un individuo esclude gli altri individui dalla soddisfazione dello stesso bisogno omologo e competitivo poiché, per quanto il bene possa essere divisibile in più parti, vi è un limite oltre il quale l'entità risultante dalla divisione non è in grado di soddisfare nessun destinatario della stessa operazione; invece la fruizione del bene unitario arioso, intrinsecamente *res communis* e come tale non divisibile⁴⁰, non solo non esclude ma anzi implica la fruizione comune, sia sotto il profilo quan-

³⁸ Infatti il fatto che purtroppo la singola unità d'acqua consumabile, come le stesse fonti idriche si prestino alla tragica constatazione del possibile *human divide*, non solo non esclude ma è la premessa consapevole per la ricostruzione sociale ed in termini di dover essere dell'acqua come bene comune in sé e non patrimoniale nel senso dei "beni fondamentali" di L. FERRAIOLI, *Principia juris*, Bari-Roma 1977 e ss.

³⁹ Per la distinzione tra «beni esclusivi», come il cibo appunto, beni «non esclusivi» e «beni inclusivi», v. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, 458; v. A. GAMBARO, *op. cit.*, 68, per il «ripudio di quegli insegnamenti per cui le *res communes omnium* non sarebbero catalogabili tra i beni. Questa esclusione è del resto logicamente errata perché inserisce nella definizione del concetto di bene un medio logico non previsto da alcuna fonte, ossia che si deve trattare di beni-cose appropriabili individualmente». Sull'aria, v. G. PIZZANELLI, *L'inquinamento atmosferico*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *op. cit.*, II, 561: «l'elemento naturale arioso rappresenta la miscela di gas, vapori e particelle solide più basse dell'atmosfera, fondamentale per qualsiasi forma di vita».

⁴⁰ Infatti, la possibilità che la quantità d'aria o sue componenti siano comprimibili in contenitori ovvero chimicamente commutabili in aria liquida non implica divisione del bene unitario e collettivo arioso, non essendovi *deminutio* dell'entità di provenienza. Cfr. S. PUGLIATTI, *Cosa (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 36; U. POMARICI, *Beni comuni*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, 37. Per la proiezione del concetto di «bene comune» fuori della «logica dell'avere», v. U. MATTEI, *Beni comuni – un manifesto*, Roma-Bari 2011.

titativo che qualitativo, tra individui umani e con tutte le altre specie viventi e varietà vegetali: l'aria infatti ha una sua materialità aereiforme appunto e quindi una natura incorporea non quale fisica intangibilità – giacché anch'essa sottoposta a forza (es. vento) è senso-percettivamente tangibile – ma come giuridica non individuabilità nel *corpus* di una propria forma determinata di bene se non coartata in un altro bene mobile o immobile (bombole ad ossigeno, contenitore di aria compressa etc.): in tal senso è materiale ma in sé incorporale⁴¹, come pure l'acqua, la quale però è suscettibile d'individuazione spaziale⁴², laddove l'aria è omnicomprensiva, ubiqua⁴³, immediatamente attingibile per la respirazione dalla universalità dei viventi e come tale tutelata dagli ordinamenti avverso le immissioni⁴⁴

⁴¹ Tradizionalmente invece la dottrina post-romanistica sovrappone il concetto di corporeità a quello di materialità: v. B. BIONDI, *I beni*, in F. VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ. it.*, 1953, 21, essendovi stati invece notevoli sviluppi in tema di beni immateriali: v., *ex multis*, D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970; F. ALCARO, *Riflessioni «vecchie» e «nuove» in tema di beni immateriali. Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 899 e ss. Sulla svolta determinata da F. CARNELUTTI per i beni materiali in *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 354 e ss., v. considerazioni di M. COSTANTINO, R. PARDOLESI, D. BELLANTUONO, *op. cit.*, 54 e ss. Peraltro la distinzione romanistica delle *res* in «1. corporales (...) quae sui natura tangi possunt» e «2. incorporales autem (...) quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iura consistunt» (*Iustiniani Inst.*, II, 2) costituisce una trasposizione di categorie filosofiche greche che però riduce agli *iura* le cose immateriali, ossia attinte per astrazione intellettuale: chiarissimo, in tal senso, M. VILLEY, in *Le droit romain*, X ed., Paris 2002, 72: «*Les philosophes de l'école d'Aristote enseignent qu'il existe deux catégories de choses: celles que les sens perçoivent corporellement, celles que l'esprit perçoit par l'abstraction*».

⁴² L'acqua si rivela suscettibile di un *nomos* risolutivo di un conflitto appropriativo per un bene scarso, cioè di «un atto costitutivo dell'ordinamento dello spazio» nel senso di C. SCHMITT, *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin 1974, trad. it., *Il Nomos della terra*, 5^a ed., Milano 2011, 60. Sul concetto di «individuazione» come «operazione per mezzo della quale si determina un bene giuridico in quanto tale vale a dire un'entità giuridica oggettiva unitaria e autonoma» da distinguersi dalla «identificazione» che «riguarda esclusivamente la cosa», v., S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 62.

⁴³ Ovviamente l'aria come tale (ai fini respiratori etc.) non deve essere confusa con lo «spazio aereo» inteso in senso giusprivatistico come «colonna d'aria» soprastante un dato fondo (v. S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 35) e, inteso in senso internazionalistico, come spazio aereo in senso tecnico (ai fini del suo attraversamento etc.) su cui, v., *ex multis* P. DE LA PRADELLE, *Les frontières de l'air*, *RC*, 1954, II, 132 e ss.; G. ZHUKOV, Y. KOLOSOV, *International space law*, New York 1984; F. VON DER DUNK, F. TRONCHETTI, *Handbook of space law*, Northampton (Massachusetts) 2015. Sui problemi appropriativi dell'etere v. O. T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 113 e ss.

⁴⁴ Senza pretesa di esaustività sul tema delle immissioni – che affonda le sue radici nel diritto romano come dimostra il caso dei fumi provenienti dalla *taberna casearia* – v. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli 1987, 180; v., per il travalicamento di tale istituto dalla tutela del diritto di proprietà a quella del diritto alla salute, *ex*

ed emissioni⁴⁵. Quindi l'acqua, come il cibo e le loro fonti di approvvigionamento, danno luogo giuridicamente ad una conflittualità d'interessi di tipo appropriativo (oltre che conservativo), laddove l'aria dà luogo ad una conflittualità di tipo conservativo⁴⁶: solo la consapevolezza delle caratteristiche strutturali dei suddetti beni vitali rende possibile una ricostruzione dell'acqua e del cibo come beni comuni in senso deontologico di strutturazione di una garanzia di accesso a tutti gli esseri umani, laddove l'aria si presenta come bene comune già in senso fenomenologico⁴⁷.

A ciò va aggiunto che il bene alimentare infatti si presenta come il bene consumabile per eccellenza, giacché, per definizione, il suo stesso uso – possibile una sola volta – consiste nell'essere consumato per esser trasformato nell'energia necessaria all'organismo (*res quae ipso usu consumuntur*) non essendo così un mero bene deteriorabile⁴⁸, destinato cioè ad usurarsi attraverso il suo uso reiterato o non uso protratto nel tempo: sotto quest'ultimo profilo, l'alimento è anche un bene deteriorabile perché la possibilità stessa del suo uso- proprio in termini di consumo- esaurisce la sua funzione soddisfattoria in tempi differenziati a seconda della cate-

multis, E. PELLECCIA, *Brevi note in tema di disciplina delle immissioni, tutela della salute e azione inibitoria*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1633 e ss.; Cass. Sez. Un. 27 febbraio 2013, n. 4848, in *www.neldiritto.it*.

⁴⁵ La letteratura sull'argomento dell'inquinamento atmosferico, sotto il profilo di tutela giuspubblicistica nonché internazionale è vastissima: v., per una ricognizione, B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2005, 125 e ss.; D. PAPPANO, *Inquinamento atmosferico e clima*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino 2011, 340 e ss.

⁴⁶ V. *Norme in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera* dettate nella *Parte quinta* del Codice dell'Ambiente, D. Lgs. 30 aprile 2006 n° 152, artt. 267-298: la formalizzazione dell'ambiente come tutela di un bene collettivo è una manifestazione di "bene giuridico" a prescindere da una dimensione esclusiva/appropriativa nel senso di M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano 1998, 65 e ss.

⁴⁷ Si fa qui riferimento alla distinzione di C. MORTATI (v. *Istituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Padova 1962, 4 e 5), tra "leggi fenomenologiche" che «contengono descrizione di ciò che accade» e "leggi deontologiche" contenenti «prescrizioni di ciò che deve accadere»: solo osservando infatti «la cosa nelle sue esigenze primordiali, nella sua fattualità non condizionata, non mortificata, non filtrata» (v. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma 2004, 73), si possono elaborare strategie deontologiche contro gli effetti negativi dell'*ex-claudere* esseri umani dall'accesso ai beni vitali: v. S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012, 312; cfr. M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in *Dir. e Soc.*, 2016, 375 e ss. e *ivi* interventi di Q. Camerlengo, I. Ciolli, L. D'andrea, S. Staiano, L. Violini, E. Vitale.

⁴⁸ Per le note distinzioni, v. per tutti B. BIONDI, *op. cit.*, 50 e ss. Cfr. A. GORASSINI, *op. cit.*, 436, nel senso che «per la sua funzione tale tipo di bene deve essere distrutto dal fruitore» e 439.

gorie merceologiche e quindi con tempi di possibilità di conservazione limitati e condizionati dalla tecnologia del momento storico.

Inoltre il bene alimentare, tanto nella sua consistenza originaria naturale di frutto del raccolto e dell'allevamento (art. 820 c. c.), quanto nella forma assimilata *ab antiquo* della pesca e della caccia⁴⁹, costituisce il prototipo di bene futuro⁵⁰, come tale deducibile *in obligatione* (art. 1348 c. c.) a prescindere dalla sua esistenza attuale al momento della conclusione del contratto: com'è noto quindi, la vendita di cosa futura (art. 1472 c. c.), che limiti il rischio per l'acquirente a quantità e qualità del bene futuro, rimane nell'alveo del contratto commutativo, inefficace qualora la cosa non venga ad esistenza (*emptio rei speratae*: es. raccolta di ciliegie della prossima stagione della tale unità agricola); laddove invece si accolti all'acquirente l'intero rischio della venuta ad esistenza della cosa, la vendita di cosa futura costituisce un contratto aleatorio (*emptio spei*: es. il risultato di un getto di rete che pur resti vuota di pesci). Ma con una precisazione: che, in ragione della riproducibilità tecnica e seriale caratterizzante i processi produttivi contemporanei, emancipati dai ritmi della natura e trascendenti la singola contrattazione, il *genus* tendenzialmente assorbe la *res futura*, con prevalenza della qualifica, in termini di vendita di cosa generica (art. 1378 c. c.), su quella di cosa futura⁵¹: così, in caso di vendita di una partita di polli in batteria ancora non nati, l'acquisto non si produrrà al momento della venuta ad esistenza degli stessi, ma al momento dell'individuazione ovvero della consegna al trasportatore o spedizionario.

4. *Il cibo come bene patrimoniale a funzione non patrimoniale: il «potere alimentare»*

Dalle precedenti osservazioni discende che il bene idrico-alimentare, semplice o complesso, è un bene fenomenicamente esclusivo con riferimento proprio alla fruizione finale delle utilità che produce, limitatamente divisibile nella sua funzionalità nutritiva, consumabile, deteriora-

⁴⁹ POMPONIO, (IX *ad Sabinum*), D., XVIII, I, 8, 1, con riferimento ai concetti rispettivamente, di *fructus et partus futuri* nonché di *captum piscium vel avium vel missilium*.

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli 1962.

⁵¹ G. FURGIUELE, *Vendita di «cosa futura» e aspetti di teoria del contratto*, Milano 1974, 89 e ss.

bile, destinato a soddisfare un bisogno umano periodico e non differibile senza limiti nel tempo. Ne consegue l'imprescindibilità del consumo di beni idrico-alimentari per la sussistenza della persona che, come non può scegliere se respirare o meno, così non può scegliere se consumare o meno acqua né può esser libera dal bisogno di nutrirsi con beni diversi dall'acqua, pur potendo scegliere quali, entro certi limiti socio-economici-culturali. Il che val quanto dire che manca, in capo al consumatore dell'alimento, il «dominio finalistico»⁵² dell'atto di consumo dell'alimento stesso come tale: in tal senso i beni alimentari – con la primazia dell'acqua – sono beni di natura patrimoniale ma a funzione non patrimoniale, in quanto destinati a soddisfare esigenze primarie della persona⁵³. Acqua e cibo sono dunque beni ai quali – se la patrimonialità è connessa con la stessa circolazione – deve ritagliarsi nel tessuto normativo lo statuto specifico di “beni vitali”, non solo nel senso che un accesso basico rende possibile la stessa permanenza in vita di ciascuna persona⁵⁴ ma altresì nel senso che-al di là della soddisfazione dell'esigenza primaria – ogni unità di bene alimentare introdotto nel corpo può pregiudicarne la salute e quindi la vita⁵⁵ (v. infra § 6). Ne deriva altresì, per il fabbisogno idrico, una gerarchia personalistica tra soddisfazione del bisogno alimentare primario, in termini di acqua potabile, esigenze igieniche individuali e funzioni agricolo-industriali.

A tal punto, devesi pertanto osservare che la situazione di dipendenza primaria universale da tale consumo costituisce il cibo quale bene non

⁵² V., in generale, M. GALLO, *La teoria finalistica dell'azione nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1967.

⁵³ V., A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 381-382. «Un' immediata ed imprescindibile esigenza di alimentarsi» è stata ritenuta «stato di necessità» scriminante del reato di furto di cibo ex art. 54 c. p. da Cass. Sez. V pen., 2 maggio 2016, n. 18248, in *Riv. pen.*, 2016, 6, 549. Successivamente però lo stesso Supremo Collegio ha ritenuto difettare, in un caso del genere, l'«attualità ed inevitabilità» del pericolo di danno grave alla persona non scongiurabile altrimenti che con atto penalmente illecito, potendo l'agente sopperire all'esigenza alimentare rivolgendosi ad enti di assistenza sociale quali la *Caritas*: Cass. Sez. IV pen., 13 febbraio 2017, n. 6635, *ivi*, 2017, 4, 351.

⁵⁴ Per la configurazione di un«diritto fondamentale di ciascuno d'essere libero dalla fame», come declinazione primaria del «diritto al cibo “adeguato”», con riferimento rispettivamente all'art. 25 della Dichiarazione universale O.N.U. dei diritti umani 10 dicembre 1948 ed all'art. 11 del Patto internazionale di New York sui diritti economici, sociali e culturali 16 dicembre 1966, v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma 2012, 128.

⁵⁵ V., *ibidem*, nel senso che «la sicurezza alimentare si configura così anche come limite alla libertà d'impresa secondo l'indicazione esemplare contenuta nell'art. 41 della Costituzione».

opzionale ma coesistente alla condizione umana assegnando una rilevanza di vero e proprio «potere alimentare»⁵⁶, dal tratto virtualmente politico e non meramente economico⁵⁷, ai soggetti produttori, nel momento in cui le società contemporanee si caratterizzano sempre più per l'allontanamento del consumatore finale di cibo dai luoghi fisici di produzione concreta di tale bene primario⁵⁸: trattasi cioè del crescente fenomeno dell'urbanesimo post-industriale, in cui la maggior parte della popolazione mondiale ormai vive nelle città/metropoli⁵⁹ mentre la restante parte è insidiata dalla deforestazione e dalla carenza del bene acqua⁶⁰.

Peraltro proprio sotto il profilo della riflessione sul «potere alimentare», significativa si rivela l'invenzione in ambito bancario, del termine «agflazione»⁶¹, per indicare il fenomeno specifico dell'aumento dei prezzi dei beni alimentari, dovuto ad un complesso di fattori, quali l'uso di ri-

⁵⁶ Si fa riferimento al “potere” nell’accezione pregnante di «potere di creare dati di fatto ossia potere dell’uomo sulla natura, nonché potere “veicolato dagli oggetti di decidere delle condizioni di vita degli altri uomini”» nel senso di G. BRINDISI, *Potere*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di Filosofia del diritto*, I, cit., 322; cfr. H. POPITZ, *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, Bologna, 2001, 23. Si tratta veramente di un profilo di «microfisica del potere» nel senso di M. FOUCAULT, *Microfysique du pouvoir*, Paris 1971-1976, trad. it., *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino 1977. Nel senso che «il potere (...) è soltanto una funzione del generale processo produttivo, esattamente determinata nel suo oggetto», v. D. FISICHELLA, *Il potere nella società industriale*, Roma-Bari 1995, 95. Nel senso che «Proprio là dove non viene tematizzato, il potere è indiscusso; più grande è il potere, più silenziosamente agisce», v. B.C. HAN, *Psicopolitica*, Roma 2016, 23.

⁵⁷ «L'accesso al cibo si conferma così come parte integrante della cittadinanza, sì che il diritto al cibo deve essere anche considerato come criterio per comprendere la condizione di una società e il modo in cui vengono distribuite e rispettate le responsabilità politiche, economiche e sociali», v. S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 130. Cfr. M.L. PERUGINI, *Il diritto all'alimentazione e la sicurezza alimentare nella legislazione delle Nazioni Unite*, in www.redreadi.org.

⁵⁸ V. K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origin of Our Time*, Boston 1957, 56-57, e Cap. VI. Per un'attualizzazione del pensiero di Karl Polanyi, v. Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Oxford 2000, trad. it., *Modernità liquida*, 16ª ed., Roma-Bari 2010, 162 e ss.: «il punto di partenza della “grande trasformazione” che partorì il nuovo ordine industriale fu la separazione dei lavoratori dai loro mezzi di sussistenza».

⁵⁹ «Today, 54 per cent of the world's population lives in urban areas, a proportion that is expected to increase to 66 per cent by 2050», in www.U.N.org, *World's population increasingly urban with more than living in urban areas*, New York, 10 July 2014.

⁶⁰ Sullo stesso sito delle Nazioni Unite, si veda la scheda sul notorio problema mondiale di crescente *Water scarcity*. V. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche*, Napoli 2008; C.A. MAUCERI (a cura di), *Guerra all'acqua, la riduzione delle risorse idriche per mano dell'uomo*, Torino 2016.

⁶¹ V. S. CASSESE, *I Tribunali di Babele*, Roma 2009, 19.

sorse alimentari per produrre biocarburanti, calamità naturali, riduzioni terre coltivabili, etc.

5. *Il bene alimentare sotto il profilo antropologico, religioso, simbolico-identitario e la rilevanza giuridica della sua irriducibilità materiale*

A significare, da un punto di vista antropologico, che il bene alimentare si pone come centrale nella cultura in senso pregnante⁶², che va dal *colere* dell'agricoltura al *cultus* delle religioni, non ci si può esimere dall'osservare, in primo luogo, che il superamento dell'antropofagia nei processi di civilizzazione umana⁶³ ha concorso alla definizione dello stesso concetto di persona umana come entità giuridica ontologicamente differenziata dagli altri animali. Inoltre l'ambito della possibilità di scelta individuale di introdurre nel proprio corpo il cibo, quale alimento, si interseca non solo con la commestibilità fisiologica ma anche con la dimensione religiosa ed etica, per cui è proprio di talune religioni il divieto di consumare taluni cibi o bevande di origine animale o vegetale (carne suina etc. per Ebrei e Musulmani ed alcolici per quest'ultimi, carne bovina per gli Indù etc.)⁶⁴ mentre è proprio di altre religioni l'onere di mangiare determinati cibi per attingere la salvezza ultraterrena (Ostia consacrata nel sacramento eucaristico per i Cattolici, mero simbolo per i Protestanti etc.)⁶⁵. D'altra parte, pur nell'orbita delle società complesse

⁶² V. A. KANAFANI-ZAHAR (a cura di), *À croire et à manger*, Paris 2008; A.F. MENDEZ-MONTOYA, *The Theology of Food*, New Jersey 2010; E. DI RIENZO, *Oltre l'edibile: su alcune valenze antropologico-culturali del cibo*, in *Economia della cultura*, 2010, 64 e ss.; G. CHIZZONTI (a cura di), *Cibo, religione e diritto*, Roma 2015; F. CECLA, *Babel food-contro il cibo* *Kultura*, Bologna 2016; M. MONTANARI, *op. cit.*

⁶³ A proposito del cannibalismo nel Paleolitico inferiore, v. A. RUST, *L'uomo primitivo*, in G. MANN, A. MEUSS, *Propylaen-Weltgeschichte*, Frankfurt-Berlin 1961, trad. it., *I Propilei*, Milano 1967, I, 199 e 220.

⁶⁴ Per quanto riguarda i divieti alimentari dell'Ebraismo, v. P. STEFANI, *Gli Ebrei*, Bologna, 1997, 41 (v. *Levitico* XI, 7); per l'Islam, v., Sure II, 173; V, 3; VI, 145 del *Corano*; per quanto riguarda l'Induismo, il divieto tradizionale di macellare (e quindi mangiare) bovini e altri animali da latte o da tiro è recepito dalla stessa Costituzione federale indiana del 15 agosto 1947, che, all'art. 48, stabilisce: «*The State (...) shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter, of cows and calves and other milch and draught cattle*». Sui modelli religiosi alimentari, v. G. DAMMACCO, C. VENTRELLA, *Cibo e ambiente. Manipolazioni e tutele nel diritto canonico*, Bari 2015.

⁶⁵ Sulla *Transustanziazione*, v. D. MUSSONE, *L'Eucarestia nel Codice di diritto canonico*, Roma 2002; J.I. ARIETTA, *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, Roma 2015, Can. 897 e ss.

post-secolarizzate⁶⁶, sempre più si diffondono fenomeni etico-identitari di rifiuto di cibi di derivazione animale in modo meno (vegetariani) o più radicale (vegani)⁶⁷: trattasi di usi alimentari⁶⁸ che – a prescindere dagli esiti del dibattito scientifico sulla imprescindibilità ovvero sulla nocività del consumo di prodotti animali per la salute umana – non paiono ridicibili a meri rituali ideologici o neo-religiosi, ma risultano supportati da un “pensiero ecologico integrato”⁶⁹, in cui la rinuncia consapevole al consumo dei prodotti animali è funzionale allo sviluppo sostenibile ovvero espressione di una posizione morale di rifiuto della violenza sugli animali riconosciuti come portatori di un interesse a non soffrire⁷⁰.

Ecco che tanto il diritto alla libertà religiosa quanto il diritto all’identità della persona⁷¹ pongono problematiche organizzative di rispetto di

⁶⁶ Sulle «ambiguità della secolarizzazione», v. M. RIZZI, *La secolarizzazione debole*, Bologna 2016, 35 e ss.

⁶⁷ Sul complesso fenomeno contemporaneo dei rapporti tra identità individuali e collettive e alimentazione, v. M. NIOLA, *Homo dietiticus – Viaggio nelle tribù alimentari*, Bologna 2015. V. D. BRESSANINI, B. MAUTINO, *Contronatura. Dagli OGM al «bio», falsi allarmi e verità nascoste del cibo che portiamo a tavola*, Milano 2015.

⁶⁸ V. M. SALT, *L’etica vegetariana*, Roma 2015; cfr. E.M. MANNUCCI, *La cena di Pitagora: storia del vegetarianesimo dall’antica Grecia a Internet*, Roma, 2008. La rinuncia consapevole alla nutrizione con prodotti animali pone tuttavia delicate questioni attinenti alla scelta della dieta da parte dei responsabili *ex lege* per i minori, in assenza di evidenze scientifiche certe circa la compatibilità di diete vegane/vegetariane con l’età dello sviluppo: da questo punto di vista deve registrarsi la decisione non preclusiva verso la dieta vegana del minore ma condizionata di Trib. Monza, IV Sez., Decr. 5 luglio 2016 n. 10984, *www.altalex.com*, come da seguente massima «Deve ritenersi che il minore alunno delle elementari possa seguire la dieta vegana anche presso l’istituto scolastico dovendo ritenersi detta alimentazione idonea per lui a condizione di rispettare tutte le indicazioni fornite dal consulente tecnico d’ufficio e di mantenere un monitoraggio costante delle condizioni nutrizionali del bambino: ne consegue dunque l’accoglimento del ricorso proposto in tal senso da uno dei due genitori». Drasticamente preclusiva invece la P. d. l. dep. E. Savino, 11 luglio 2016 “Introduzione degli articoli 572-bis e 572-ter del codice penale, concernenti il reato di imposizione di una dieta alimentare priva di elementi essenziali per la crescita a un minore di anni sedici”, A. C. 3972.

⁶⁹ V. G. SCIACCALUGA, *Organizzazioni internazionali, sviluppo sostenibile e vegetarianesimo: recenti evoluzioni*, in *La comunità internazionale*, 83 e ss. Cfr. L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in M.R. MARELLA, *op. cit.*, 73 e ss.

⁷⁰ V. M. GANDHI, *La mia vita per la libertà*, Roma 2014, 52. Per una sintesi sulla problematica della tutela dell’interesse dell’animale a non soffrire, v. G. MARTINI, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di “giuridificazione” dell’interesse alla loro protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 109 e ss.

⁷¹ Cfr., S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 129, nel senso di «un diritto a un cibo adeguato e sufficiente corrispondente alle tradizioni culturali del popolo alle quali la persona appartiene». Sulla evoluzione del diritto all’identità personale, v., *ex multis*, G. PASCUZZI, *La creatività del giurista*, Bologna 2013, 107 e ss.

tali fruitori (ospedali, mense scolastiche, militari etc.). Il che val quanto dire che il cibo reperisce non solo nella fisiologica commestibilità ma altresì nell'universo simbolico differenziato di religioni, etiche e credenze collettive o individuali, i termini di una rilevanza giuridica ai vari effetti dell'ordinamento⁷².

6. *Aspetti della sicurezza alimentare: specificità di rilevanza del valore d'uso alimentare per la persona fisica e possibili frizioni col valore di scambio; illeciti e tutele; informazione e pubblicità*

L'alimento, quale bene di consumo finale in termini di «valore d'uso», riguarda soltanto quello specifico soggetto di diritto che è la persona fisica e non la persona giuridica, la cui attività *sub specie* societaria può implicarne la oggettiva rilevanza come bene strumentale alla realizzazione di un «valore di mercato» per la percezione di profitto⁷³. Ora, la compatibilità della strumentalità al profitto del bene alimentare con la sua primaria funzionalità⁷⁴ non può non essere oggetto di tutela cogente in un ordinamento che assume la persona quale valore normativo apicale⁷⁵. E ciò non solo attraverso norme che reprimono la messa in commercio di beni alimentari comunque non genuini (frodi commerciali)⁷⁶ o addi-

⁷² V. A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris 2005, trad. it., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano 2006, 1 e ss.

⁷³ Per le note espressioni «valore d'uso» (*Gebrauchswert*) e «valore di scambio» (*Tauschwert*), v. K. MARX, *Das Kapital-Kritik del politischen oekonomie*, Hamburg 1867, trad. it., *Il capitale, critica dell'economia politica*, Roma 1974, 220: a favore dell'utilizzazione di categorie scientifiche di Marx a prescindere dell'accettazione dell'economicismo della interpretazione generale della Storia dello stesso, v. B. CROCE, *Materialismo storico ed economia marxistica* (Palermo 1900), Bari 1978, 74 e ss.

⁷⁴ Con riferimento a «*nourriture nécessaire*» parla di «*droit économique élémentaire*» ancorandolo pure ai testi biblici, K. POLANYI, in *La subsistance de l'homme*, Paris 2011, 118-19.

⁷⁵ Per la configurazione dei diritti alla protezione dei consumatori come «diritti fondamentali» della persona, *sub specie* di «diritti cc.dd. della terza generazione», v. G. MORBIDELLI, *Diritto pubblico comparato*, V ed, Torino 2016, 164. Per le specificità del «consumatore di alimenti» rispetto al consumatore in generale, v. M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di diritto agrario*, III, *Il diritto agroalimentare*, Torino 2011, 579-615.

⁷⁶ V., ad es., i reati previsti rispettivamente dagli artt. 516 c. p. (*messa in vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine*) e 517 c. p. (*vendita di prodotti industriali con segni mendaci*).

rittura nocivi per la salute (frodi sanitarie)⁷⁷, prodromicamente ai danni cui comunque è apprestata un'ulteriore tutela penale e civile ma altresì attraverso quell'obbligo d'informazione imposta al produttore del bene circa la provenienza e modalità di produzione (biologica, non etc.) dei beni semplici o anche circa la composizione dei beni complessi⁷⁸. La fruibilità della suddetta informazione trasparente da parte del consumatore finale garantisce allo stesso di cautelarsi contro il consumo di beni, che presentino caratteristiche di rischio soggettivo individuale strutturali (allergie-intolleranze) ovvero contingenti (necessità di non ingerire determinate sostanze pericolose per una certa patologia in corso) ma anche di rischio oggettivo generale sopravvenuto emergente dalla pubblica informazione (scoperta di discarica di sostanze tossiche in prossimità del luogo di produzione). Ovviamente il rispetto di questi obblighi d'informazione è compatibile con l'esercizio della facoltà di pubblicizzare i prodotti nei limiti del c. d. *dolus bonus*⁷⁹, nell'acquisita consapevolezza che la pubblicità mira a persuadere anche attraverso il linguaggio non logico, ossia non rivolto a provocare un ragionamento ma anzi ad orientare una scelta di consumo superandolo (messaggi subliminali), per indurre bisogni più che per soddisfare i preesistenti (consumismo)⁸⁰.

Il notorio contesto del mercato globale non coincidente con uno spazio giuridico conforme alle esigenze di tutela della persona avverso i danni delle merci circolanti – provenienti, come tali o in componenti delle stesse, dalle parti più disparate del globo⁸¹ – trova il suo *ubi consistam* di tutela privatistica nel principio per cui «quando il produttore non sia individuato è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale (...)» (art. 116, comma 1, d. lgs. n. 206/2005, cod. cons.), giacché «le disposizioni del presente articolo si applicano al prodotto importato nell'Unione europea, quando non sia individuato l'importatore, anche se sia noto il pro-

⁷⁷ V., ad es., i reati previsti rispettivamente dagli artt. 442 c. p. (*commercio di sostanze alimentari contraffatte e adulterate*) e 444 c. p. (*commercio di sostanze alimentari nocive*).

⁷⁸ V., Regolamento UE n. 11169/2011 del 25 ottobre 2011 *relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori*, in vigore dal 13 dicembre 2014.

⁷⁹ V., per tutti, F. ALCARO, *Diritto privato*, cit., 445. Sulle tutele riguardanti pratiche commerciali, pubblicità e altre informazioni commerciali, v. gli artt. 19-21 e 22 cod. cons.

⁸⁰ Senza pretesa di esaustività, nella sconfinata letteratura di sociologia dei consumi, v. M. FRANCHI, *Il senso del consumo*, Milano 2007, segnatamente, 73 e ss.

⁸¹ V. *ex multis*, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000; N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001.

duttore» (art. 116, c. 6, d. lgs. n. 206/2005, cod. cons.). Ed, ai fini civili della tutela preventiva e risarcitoria⁸² del consumatore di alimenti, vige il «principio di precauzione», quale criterio di determinazione del livello di rischio giuridicamente rilevante quindi, già ove «venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico» (art. 7, reg. n. 178/2002)⁸³.

7. *Alimento e bene medicinale*

Nell'ambito dei beni destinati ad essere ingeriti nel corpo umano, gli alimenti devono distinguersi (art. 2, Reg. n. 178/2002) dai farmaci medicinali, quali beni volti a curare ovvero a prevenire una patologia. La rilevanza della distinzione è legata al differente regime della produzione e commercio dei differenti beni e delle specifiche responsabilità⁸⁴.

Mentre infatti per gli alimenti vige ordinariamente la libera circolazione, questa per i medicinali è subordinata ad un'autorizzazione all'immissione in commercio⁸⁵. In esplicazione del principio di precauzione⁸⁶ è normativamente considerato "medicinale" non solo quello oggettivamente tale per "funzione" farmacologica scientificamente accertata⁸⁷ ma anche «ogni sostanza o associazione di sostanza presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane» (art. 1 n° 2 Dir. 2001/83/CE)⁸⁸; in tal guisa, a tutela del pubblico affidamento su tale "presentazione" – ed a prescindere dalla effettiva "funzione" – viene responsabilizzato il soggetto d'immissione nel mercato, attribuendosi «effetti

⁸² V. O. PROSPERI, *Sicurezza alimentare e responsabilità civile*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, 351 e ss.

⁸³ V. M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano 2006; A. GERMANÒ, *Mercato alimentare e sicurezza dei prodotti*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, 99 e ss.; R. MONTINARO, *Dubbio scientifico* cit., 181 e ss.

⁸⁴ V., ad es., art. 443 c. p. (*commercio di medicinali guasti*) e art. 445 c. p. (*somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica*).

⁸⁵ V. art. 6 Dir. 83/2001/CE: «Nessun medicinale può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza autorizzazione all'immissione in commercio delle autorità competenti di detto Stato membro rilasciata a norma della presente direttiva oppure senza autorizzazione a norma del regolamento (CEE) n. 2309/93».

⁸⁶ V. R. MONTINARO, *Dubbio scientifico*, *passim*

⁸⁷ Art. 1 n. 2 Dir. 83/2001/CE definisce infatti "medicinale": «Ogni sostanza o composizione da somministrare all'uomo allo scopo di stabilizzare una diagnosi medica o di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche dell'uomo».

⁸⁸ Il farmaco omeopatico è censito e definito come medicinale al n. 5 dell'art. 1 cit.

giuridici di protezione»⁸⁹ alla valenza terapeutica da questi dichiarata. Dai farmaci medicinali devono essere distinti gli “integratori alimentari”, i quali rifluiscono nella categoria degli alimenti. Gli integratori alimentari sono destinati appunto «ad integrare la dieta normale e costituiscono fonte concentrata di sostanze nutritive o di altre sostanze aventi effetto nutritivo o fisiologico» (art. 2 Dir. 2002/46/CE): l’integratore alimentare circola in “forme di dosaggio” (capsule, bustine etc.) come tali destinate all’assunzione in “piccoli quantitativi unitari” e come tale si distingue a sua volta da quegli alimenti generici arricchiti con vitamine, sali minerali etc. (c. d. “alimenti funzionali”), che invece hanno una normale valenza nutritiva con una valorizzazione specifica aggiuntiva⁹⁰.

8. *Il problema dell'alimentazione artificiale: cenni*

Com’è noto, non esiste nell’ordinamento italiano un obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari, tranne casi espressamente previsti dalla legge (malattie contagiose – TSO etc.)⁹¹ ma appare viziata da un equivoco di fondo la stessa impostazione del problema se la c. d. «alimentazione artificiale» debba o meno essere considerata un trattamento sanitario, al fine di trarne o meno l’ordinaria non obbligatorietà. Infatti compete certamente alla scienza medico-legale valutare se il fenomeno dell’alimentazione artificiale esprima degli «atti medici», come tali non obbligatori per il paziente e rigorosamente subordinati ad un informato consenso autorizzativo, in sé revocabile⁹². Ma giuridicamente, ove si espunga l’alimentazione artificiale dai trattamenti sanitari e consequenzialmente dallo spettro applicativo dall’art. 32 Cost., tale conclusione non implica affatto che tale forma eccezionale di alimentazione possa essere più facilmen-

⁸⁹ P. BORGHI, voce *Alimento (prodotto)*, cit., 12

⁹⁰ Sottolinea il concetto di “fonte concentrata” di sostanza come elemento identificatore distintivo dell’integratore alimentare che «a differenza dell’alimento funzionale non ha altra valenza nutritiva», P. BORGHI, *op. ult. cit.*

⁹¹ *Ex multis*, v. D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2 c., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, 167 e ss.; C.M. ARRIGO, voce *Salute* (diritto alla), *Enc. dir., Aggiorn.*, V, Milano 2001, 1009, segnatamente 1028.

⁹² Per la complessità del consenso come atto giuridico in senso stretto, v. *ex multis*, T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova 2009, 82; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizione sul corpo*, Perugia 2011, 93. Nel senso invece della natura negoziale del consenso, G. GIAIMO, *Riflessioni comparatistiche a margine delle scelte in tema di trattamento sanitario*, in *Europa e dir. priv.*, 1203 e ss., segnatamente 1223.

te considerata obbligatoria, giacché anzi il diritto di alimentarsi è una primaria facoltà esistenziale compresa nel più ampio spettro applicativo dell'art. 13 Cost., per cui «la libertà personale è inviolabile», com'è noto con doppia riserva di legge e di giurisdizione (riserva rinforzata). E quindi, a *fortiori*, se non esiste un obbligo di curarsi non può esistere «per la contraddizione che nol consente» un obbligo di alimentarsi e men che meno di essere alimentati artificialmente, dato che comunque il diritto di curarsi, per l'assunzione dei farmaci più importanti, è mediato dalla valutazione medica della patologia e della terapia (prescrizione medica) mentre il diritto di alimentarsi è affidato al libero arbitrio della persona capace d'intendere e di volere al fine d'idratarsi e di ingerire nel proprio corpo cose commestibili secondo *l'id quod plerumque accidit*. Ciò premesso, il problema è stato risolto dall'art. 1, c. 5 della Legge 22 dicembre 2017, n. 219, laddove stabilisce per la persona capace di agire «il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione su prescrizione medica di nutrienti mediante dispositivi medici»⁹³. Tuttavia, in assenza di disposizione anticipata di trattamento ex art. 4 Legge cit. (*living will*)⁹⁴, se da un lato, non si può presumere un consenso all'interruzione del sostegno vitale dell'alimentazione artificiale iniziata per lo stato di necessità di salvare la vita della persona, che non era in grado di prestare il consenso (*in dubio pro vita*)⁹⁵, d'altra parte anche l'idratazione e nutrizione artificiale non devono tradursi in «accanimento terapeutico»⁹⁶. Ed infatti la misura normativa in concreto di tale «accanimento» «per un diritto secondo

⁹³ Cfr. B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Padova 2018, 59

⁹⁴ Sulle problematiche implicate, prima della Legge 22 dicembre 2017, n. 219, G. FERRANDO, *Testamento biologico*, voce in *Enc. dir., Annali*, VII, 2007, 987 e ss.

⁹⁵ V. Cass. Sez. I Civ. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2008, 1725 e in *Foro it.*, 2008, 2609; sulle contraddizioni e dilemmi della *law-satured society*, v. S. RODOTÀ, *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano 2009. Senza pretese d'eshaustività, sui nodi cruciali della bioetica, v. P. BECCHI, *Dignità umana*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, cit., 170 e ss.

⁹⁶ Del resto, lo stesso Catechismo della Chiesa cattolica adottato da S. Giovanni Paolo II, con la Costituzione apostolica *Fidei Depositum* (11 ottobre 1992) ed, in forma definitiva, con la Lettera apostolica *Laetamur magnopere* (15 agosto 1997), nell'ambito degli insegnamenti sul Quinto Comandamento, al n. 2278, stabilisce: «l'interruzione di procedure mediche onerose pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati può essere legittima. In tal caso si ha la rinuncia all'«accanimento terapeutico». Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire»

ragione»⁹⁷ è data dallo stesso legislatore all'art. 2, c. 2, Legge cit.: «Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e del ricorso ai trattamenti inutili e sproporzionati» rispetto al «sostrato assiologico» della dignità della persona⁹⁸.

⁹⁷ N. LIPARI, *op. cit.*

⁹⁸ V. M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 37. Sul concetto di ragionevolezza, v., *ex multis*, G. PERLINGIERI, *op. cit.*; N. LIPARI, *op. cit.*

IL DELICATO EQUILIBRIO TRA *FULL JURISDICTION*
ED EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO ANTITRUST
NEL SINDACATO DEI PROVVEDIMENTI DELL'AGCM

SOMMARIO: 1. Premessa e campo di indagine. – 2. Le ragioni storiche alla base del problema del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'AGCM. – 2.1. La giurisdizione di legittimità. – 2.2. Il giusto processo. – 3. Il percorso evolutivo compiuto dalla giurisprudenza amministrativa e la cautela mostrata dalla Corte di cassazione. – 4. L'art. 7, comma 1 del d. lgs. n. 3/2017 e la sua interpretazione in giurisprudenza e in dottrina. – 5. Contributo a una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 7, comma 1 del d. lgs. n. 3/2017: la presunzione di innocenza come parametro di legittimità. – 5.1. La posizione di terzietà dell'Autorità e il contraddittorio rinforzato. – 5.2. La neutralità come tratto distintivo delle valutazioni tecniche compiute dall'Autorità. – 5.3. Giurisdizione di legittimità e limite del potere sostitutivo. – 5.4. Verso un ragionevole punto di equilibrio. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa e campo di indagine*

Moltissimo è stato scritto sull'inquadramento costituzionale delle autorità amministrative indipendenti. Altrettanto è stato scritto in punto di (limiti del) sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM", "Autorità" o "Antitrust") in materia di tutela della concorrenza, con ampi richiami al principio del giusto processo. Ancor di più è stato scritto con riferimento ai tratti essenziali della giurisdizione (di legittimità e di merito) amministrativa, per come delineati in ambito nazionale e sovranazionale. Meno frequenti, invece, appaiono gli studi che tentano di tracciare un *fil rouge* tra queste distinte, ma strettamente connesse, tematiche.

Gli snodi argomentativi attraverso i quali la Corte costituzionale è recentemente giunta a negare la legittimazione dell'AGCM a sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale¹ offrono l'ocasio-

¹ Cfr. sentenza n. 13 del 2019, resa sull'ordinanza di rimessione dell'AGCM n. 1

ne per tornare a riflettere, con uno strumentario più ampio rispetto a quello finora a disposizione dell'interprete, sull'esatta portata dell'inciso (maldestramente) inserito dal legislatore delegato in sede di recepimento della direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust (c.d. *private enforcement*)², a mente del quale “*il sindacato del giudice [amministrativo] comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*” (art. 7, comma 1 d. lgs. n. 3/2017).

Scopo del presente contributo non è ripercorrere la sconfinata e plu-

del 3 maggio 2018. Tale ordinanza, coraggiosa e solidamente argomentata, ha il pregio di aver portato in Corte una questione dibattuta da anni. Il pensiero corre a G. AMATO, *Conclusioni* al Convegno internazionale “La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali”, tenutosi a Roma il 20-21 novembre 1995, collana *Temi e problemi*, disponibile alla pagina <http://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01PR.PDF>. Nella relazione conclusiva si legge: “*Cheks and balances* significa qualcosa di diverso dalla tripartizione, che è un concetto storico, non è un concetto che abbia un valore razionale [...]. I poteri potranno anche diventare cento, ma è e resterà essenziale che le regole continuino a farle i parlamenti eletti quando si tratta di scelte politiche. [...] Con il nostro potere di segnalazione, però, noi siamo deboli e siamo ogni giorno alle prese con ondate di legislazione che emergono dal passato, che tutto rispecchiano fuorché i principi concorrenziali, con corporazioni che vengono protette attraverso leggi che apparentemente parlano d'altro; con leggi che prevedono autorizzazioni accompagnando a esse il numero chiuso degli autorizzandi, e fornendo così protezione a una categoria che già coincide con quel numero e che non consente ad altri né di entrare, né di cambiare la conformazione del mercato [...]. Se la concorrenza è un principio costituzionale (e lo è), e Saja ha contribuito molto a renderlo tale, se diversi profili di concorrenza sono profili che in più modi possono trovare agganci costituzionali, se più leggi contrarie alla concorrenza potrebbero anche essere incostituzionali [...]; se tutto questo è vero, vi sarà un modo di far arrivare queste leggi alla Corte Costituzionale? [...] Un'autorità indipendente, che in realtà non è amministrativa perché non fa ponderazione di interessi pubblici, ma applica il sillogismo tipico del ragionamento giudiziario e lo applica con procedure che sempre più stanno diventando contenziose, non è molto diversa da quella Corte dei Conti a cui, in sede di registrazione di decreti e di parificazione del rendiconto consuntivo dello Stato, fu consentito e ammesso di sollevare come giudice *a quo* questioni di costituzionalità davanti alla Corte”. Per un commento critico all'ordinanza di rimessione, si veda F. APERIO BELLA, “*Ceci n'est pas une note de jurisprudence*”: *riflessioni critiche a margine del tentativo dell'Agcm di farsi giudice a quo*, in *Diritto e Società*, n. 2/2018, 281 e ss., cui si rinvia per i riferimenti all'incontro organizzato, all'indomani della pubblicazione dell'ordinanza, dalla Direzione della Rivista *Federalismi* presso il FormAP il 21 giugno 2018. Le relazioni e gli interventi di Studiosi di diritto costituzionale, europeo ed amministrativo che vi hanno preso parte sono stati tutti pubblicati su *Federalismi*, nn. 14 e 15/2018.

² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

ri-sfaccettata letteratura sul tema, bensì quello, più modesto, di provare ad affrontare la problematica dell'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM individuando un massimo comun denominatore tra le variegate posizioni affiorate in dottrina e in giurisprudenza, senza perder d'occhio la concomitante necessità di assicurare l'effettività del diritto della concorrenza, quale obbligo ricadente su tutti gli Stati membri dell'Unione.

Tale operazione richiede un esercizio di razionalizzazione che potrà risultare in una eccessiva banalizzazione della complessità del tema trattato. Di questo si chiede sin da ora venia al lettore.

Volendo anticipare le conclusioni l'impressione è tuttavia che, nel portare alla luce volti dell'AGCM non appartenenti alla narrazione tradizionale, la recente sentenza della Corte possa consegnare all'interprete dei tasselli argomentativi supplementari e, per tale via, aiutarlo a ricavare dal sistema una soluzione di sintesi (forse) più appagante rispetto al punto di equilibrio oggi raggiunto nel nostro ordinamento.

2. *Le ragioni storiche alla base del problema del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'AGCM*

Il corretto inquadramento del problema dell'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Antitrust non può prescindere dalla messa a fuoco delle due principali cause che ne hanno determinato l'emersione.

In estrema sintesi, la problematica in esame nasce dall'incontro tra giurisdizione (di legittimità) amministrativa e nozione di giusto processo.

Rimandando le considerazioni critiche al seguito della trattazione, sembra dunque utile proporre una (breve e il più possibile oggettiva) descrizione delle origini e dei termini del problema secondo l'impostazione comunemente accolta.

2.1. *La giurisdizione di legittimità*

Ai sensi dell'art. 33, comma 1 legge n. 287/1990, spetta al Giudice amministrativo la giurisdizione (di legittimità) sui provvedimenti dell'AGCM³.

³ In primo grado è inoltre prevista la competenza funzionale del TAR Lazio, sede di

A partire dal 2011, tale giurisdizione si estende al merito per quanto concerne i profili sanzionatori⁴. Nonostante alcune interpretazioni “amplie”⁵, detta giurisdizione di merito deve considerarsi limitata, conformemente alla lettera legislativa, ai soli aspetti sanzionatori e non anche alla verifica in ordine alla sussistenza dell’illecito.

Roma (cfr. art. 135, comma 1, lett. *b* c.p.a.). Pare inoltre utile ricordare che si ricade in un’ipotesi di giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a.*. Come chiarito in dottrina, “si tratta però di una giurisdizione esclusiva che opera solo sulla carta perché non riguarda le varie materie di intervento ([...] la concorrenza, ecc.) bensì le controversie sui provvedimenti dell’]Autorità e siccome tali provvedimenti sono atti autoritativi discrezionali di fronte ai quali non sono configurabili posizioni di diritto soggettivo la giurisdizione esclusiva finisce per essere una sorta di competenza per materia sugli interessi legittimi” (così F. SCALFANI, *La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2017, 10). Coerentemente, in materia antitrust la giurisdizione sulle azioni inibitorie e risarcitorie cc.dd. *follow on* spetta al giudice ordinario (segnatamente, alle Sezioni specializzate impresa di Milano, Roma e Napoli) ai sensi del combinato disposto degli artt. 33, comma 2 legge n. 287/1990 e 3, comma 1, lett. *c*) e *d*) d. lgs. n. 168/2003.

⁴ L’art. 1, comma 1, lettera *mm*), del d. lgs. n. 195/2011 ha modificato l’art. 134, comma 1, lett. *c*) c.p.a. nei seguenti termini: “*Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: [...] c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall’articolo 123*”. Prima dell’entrata in vigore del c.p.a., la giurisprudenza amministrativa già riconosceva il potere di cognizione piena e di rideterminazione della sanzione *ex art. 23 legge n. 689/1981* (cfr. ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397). Una critica al modello bipartito del sindacato, (di legittimità) sull’*an* e (di merito) sul *quantum* sanzionatorio, è offerta in A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell’antitrust*, in *Federalismi*, 27 gennaio 2016.

⁵ Con riferimento al sindacato giurisdizionale esercitato dal Tribunale UE e dalla Corte di giustizia sulle decisioni della Commissione (ma con valutazioni estensibili anche in ambito nazionale), M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo “stato dell’arte” dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 2/2013, 408 e ss. hanno osservato che il “controllo di legittimità [...] non soddisf[erebbe] il parametro della piena giurisdizione, consistente nel potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione dell’autorità di concorrenza, sindacando la fondatezza, l’esattezza e la correttezza delle scelte da essa compiute”. Su queste basi gli A. sono dunque giunti ad auspicare una “rifocalizzazione della giurisprudenza applicativa dell’art. 261 TFUE, interpretandosi correttamente la disposizione, come certamente consentito dal suo dato letterale, nel senso che il sindacato di merito in materia sanzionatoria non vada limitato al solo calcolo dell’importo dell’ammenda, ma esteso all’intero provvedimento impugnato, ivi compreso l’accertamento dell’illecito concorrenziale, mentre il controllo di mera legittimità *ex art. 263 TFUE* continuerebbe a essere esercitato sulle decisioni che non impongano sanzioni” (v., in particolare, 456).

Per questa ultima valutazione, centrale nell'economia del giudizio impugnatorio sui provvedimenti dell'Antitrust, si rimane pertanto nell'ambito di una giurisdizione di legittimità⁶, da esercitare entro i confini della violazione di legge, dell'eccesso di potere e dell'incompetenza⁷.

È ampiamente noto che i limiti alla discrezionalità c.d. pura discendono in ultima istanza dalla necessità di assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico (primario) attraverso l'imparziale ponderazione dei vari interessi (primari e secondari) in gioco (art. 97 Cost.). La discrezionalità amministrativa pura può infatti identificarsi con lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'Amministrazione. Siccome essa si annida lì dove il principio di legalità (sostanziale) concede spazio di manovra (e, dunque, dove l'esercizio del potere non è interamente vincolato), le regole che presiedono allo svolgimento della stessa andranno ricercate *a contrario*, in occasione della rilevazione della loro violazione, che dà luogo al vizio di eccesso di potere e si riassumono nel principio di logicità-congruità⁸.

È parimenti noto che la discrezionalità pura si distingue da quella c.d. tecnica. Quest'ultima ricorre quando la p.A. è chiamata a qualificare fatti complessi suscettibili di varia valutazione attraverso un giudizio a contenuto scientifico⁹, perché la norma attributiva del potere, avvalendosi di concetti giuridici indeterminati di tipo empirico, rinvia a nozioni tecnico-scientifiche che in sede di applicazione della fattispecie concreta presentano margini di opinabilità (o che consentono giudizi espressi solo in termini ipotetici o probabilistici)¹⁰.

Sul rilievo che la valutazione del giudice sugli aspetti tecnici opinabili sarebbe altrettanto opinabile (e che dunque – in ossequio al principio di separazione dei poteri – non vi sarebbe ragione per preferirla), si è a lungo ritenuto che il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dovesse limitarsi a ripercorrere *ab externo* l'attività valutativa, per verifi-

⁶ Si veda sul tema M. SICA, *Cenni di giustizia amministrativa*, in G. GRECO (a cura di), *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. I, Parte generale, Lezioni, III ed., Milano 2017 e, in particolare, 431 ss..

⁷ Artt. 113, comma 3 Cost., 21-octies, comma 1 legge n. 241/1990 e 29 c.p.a.

⁸ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed. (a cura di F. Fracchia), Milano 2013, 439-440; F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1 ss..

⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano 1939.

¹⁰ Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Bologna 2015, 124.

care se questa fosse affetta da vizi logici, incongruenze o da altre carenze sintomatiche di un eccesso di potere (c.d. sindacato estrinseco)¹¹.

Ora, se nel diritto amministrativo già da tempo il principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) ha aperto le porte (pur con qualche perdurante esitazione) a un sindacato sempre più incline a verificare l'attendibilità e la correttezza del criterio tecnico utilizzato dall'Amministrazione (c.d. sindacato intrinseco)¹², nel caso dei provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti (e, in particolare, dall'Antitrust) questo processo di transizione è apparso talvolta più incerto e ondivago che in altri campi della scienza amministrativa.

Nonostante i notevolissimi passi in avanti compiuti dalla giurisprudenza amministrativa, l'impressione è infatti che non si sia riusciti a superare del tutto, soprattutto da parte delle Corti di cassazione, l'ancestrale ritrosia ad ammettere un sindacato pervasivo sui provvedimenti dell'Antitrust, come sta eloquentemente a dimostrare anche l'art. 7, comma 1 del d. lgs. n. 3/2017, figlio di un appiattimento sulla massima dell'arresto delle Sezioni unite del 2014 e sul quale si tornerà nel prosieguo della trattazione¹³.

Il che sembra almeno in parte dipendere dai due tratti distintivi che, insieme con l'indipendenza¹⁴, nella narrazione sino ad oggi prevalente connoterebbero l'agere delle *authorities* e, prime tra tutte, dell'AGCM¹⁵,

¹¹ *Ibidem*, 125. Per degli studi approfonditi in materia, si rinvia a C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; ID., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano 1998, 71 e ss. e a D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995.

¹² La manualistica tende a individuare come sentenza "spartiacque" la decisione Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, su cui si veda il commento di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/1999, 1179 e ss..

¹³ Corte di cassazione, Sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013, su cui v. *infra*.

¹⁴ Da intendersi come non ingerenza dell'Esecutivo nell'attività svolta da simili *authorities*. Questo elemento è assicurato attraverso un ventaglio di misure organizzative che spaziano dallo stanziamento di adeguate dotazioni finanziarie fino alla previsione di particolari modalità di nomina dei relativi presidenti, componenti o commissari, in genere non sostituibili e non rieleleggibili a fine mandato.

¹⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, 85: "Istituita con legge 10 ottobre 1990, n. 287, essa può essere considerata infatti il modello più puro di autorità indipendente, nel quale alla neutralità pressoché assoluta delle funzioni corrisponde un'indipendenza quasi totale dal potere politico governativo e dal potere economico. Una siffatta neutralità di funzioni mal si presta a essere inquadrata nel concetto tradizionale di attività amministrativa e si avvicina invece a quello di attività giurisdizionale".

quale prototipo massimo di autorità di garanzia¹⁶: l'elevato tecnicismo e la neutralità.

Tecnicismo perché le fattispecie illecite di intesa restrittiva della concorrenza e di abuso di posizione dominante delineate degli artt. 2 e 3 legge n. 287/1990 (e 101 e 102 TFUE) postulano l'accertamento di vicende complesse e poggiano su concetti economici indeterminati come "mercato rilevante", "posizione dominante", "distorsione della concorrenza" e "abuso", imponendo inevitabilmente all'Autorità di compiere valutazioni complesse (si spesso opinabili, ma sempre) basate su un giudizio tecnico¹⁷.

Neutralità perché – si riteneva – ragionando in un'ottica mono-obiettivo (o *single mission*)¹⁸, l'Autorità non sarebbe titolata a compiere ponderazione di interessi secondo il (diverso) canone dell'imparzialità¹⁹, tipico della p.A. emanazione dell'Esecutivo, dovendo al contrario rima-

¹⁶ A seconda del campo d'intervento delle Autorità e delle funzioni da esse espletate è possibile operare una duplice distinzione: da un lato si distingue tra Autorità di settore e Autorità trasversali; dall'altro tra Autorità di vigilanza o di garanzia e Autorità di regolazione. Le autorità di settore, come suggerisce il nome, sono preposte alla vigilanza e/o regolazione di un singolo settore economico; rientrano sotto tale categoria: la Banca d'Italia, la CONSOB, l'IVASS, la COVIP, l'ANAC, l'ARERA e l'AGCom. Al contrario, le autorità trasversali vigilano sul rispetto di un determinato valore di rilievo costituzionale in tutti i campi dell'ordinamento; ascrivibili a tale *genus* sono: il Garante della Privacy, l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (AGIA) e, appunto, l'AGCM. Sono denominate autorità di vigilanza o di garanzia quelle esercenti sole funzioni amministrative, contenziose e ausiliarie. Esempio tipico per tale categoria è costituito dall'AGCM. Infine, prendono il nome di autorità di regolazione tutte le *authorities* che possono svolgere, oltre alle funzioni di vigilanza, anche funzioni di normazione; rientrano in tale specie: l'AGCom, l'ARERA, l'ANAC e il Garante della Privacy.

¹⁷ Non è un caso, dunque, che le risorse umane di cui si avvale l'Autorità siano di area sia giuridica che economica. Inoltre, ai sensi dell'art. 11 del d.P.R. n. 217/1998, "in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria, il collegio autorizza le perizie e analisi statistiche ed economiche, nonché la consultazione di esperti, proposte dagli uffici".

¹⁸ Nel modello di analisi del diritto pubblico dell'economia basato sul metodo del c.d. *focusing on values* proposto in E. CARDI, *Mercati e Istituzioni*, III ed., Torino 2014, 19 e ss. si è osservato che le autorità mono-obiettivo (o *single mission*) operano con un approccio di c.d. *dominance reasoning*, ossia attribuendo rilevanza esclusiva al singolo interesse pubblico affidato alla loro cura, a differenza delle autorità di regolazione, più inclini a bilanciare una pluralità di interessi pubblici (c.d. *balanced complete ordering*) o a risolvere conflitti espliciti tra valori (c.d. *conflict of compelling principles*).

¹⁹ Per una riflessione sul principio di imparzialità, si rimanda a L. ANTONINI, *Il principio di imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 65 e ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano 2017, 117 e ss..

nera totalmente estranea e insensibile all'assetto di interessi sul quale è chiamata a incidere attraverso la propria attività provvedimentale. Questo attributo affiorerebbe con forza laddove l'AGCM, come avviene nelle istruttorie antitrust volte ad accertare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza o di un abuso di posizione dominante, sia chiamata a esercitare funzioni *lato sensu* "contenziose"; ossia a decidere, come arbitro *super partes* e limitandosi ad applicare la legge, sulle vicende portate a sua conoscenza o su elementi probatori acquisiti d'ufficio²⁰.

A complicare ulteriormente il quadro v'è poi la sottile linea di confine che, nello scrutinio delle valutazioni tecniche, separa la giurisdizione di legittimità da quella di merito, ove intesa come giurisdizione in cui "il giudice non si limita al solo sindacato di legittimità dell'attività amministrativa, ma valuta anche profili di opportunità, convenienza, utilità ed equità o, comunque, può sostituirsi all'amministrazione"²¹ *ex*

²⁰ Non è qui possibile richiamare la letteratura sul tema dei tratti essenziali delle autorità indipendenti e, segnatamente, della neutralità. Per una efficace sintesi dei principali profili si rinvia a R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2010, 271 e ss. Per delle riflessioni circa l'esistenza (e i limiti) di un margine di discrezionalità amministrativa nell'attività dell'AGCM, v. *infra* nt. 100.

²¹ Così R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, 16 febbraio 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'A. cita a conforto V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 2003, Parte II, 297 e ss., in cui già si evidenziava che per parte della dottrina l'espressione "giurisdizione di merito" starebbe ad indicare un più ampio potere di indagine del giudice in ordine al fatto. Dall'esame delle leggi che si sono succedute nel tempo, entrambi gli Autori evincono però che il legislatore si sia più plausibilmente riferito all'estensione al merito amministrativo, vale a dire alla suddetta valutazione della convenienza e dell'opportunità dell'attività amministrativa. Viene invece citato, come esponente di una posizione parzialmente contraria, G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo il quale tale estensione ai profili di opportunità non potrebbe operare indiscriminatamente in tutte le ipotesi di giurisdizione estesa al merito. Più recentemente, A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 263 e ss., all'esito di un articolato *excursus* storico, ha ritenuto che nell'attuale configurazione del c.p.a. la giurisdizione di merito segnerebbe un parziale ritorno alle origini (nello specifico, un riavvicinamento alla giurisdizione "propria" del Consiglio di Stato prevista dall'art. 10 dell'All. D alla legge n. 2248/1865, caratterizzata dalla pienezza di cognizione del giudice amministrativo sugli elementi di fatto e di diritto della controversia). In particolare, le poche (ma nel tempo aumentate) materie tassativamente indicate dall'art. 134 c.p.a. sarebbero tutte accomunate dall'insistere su beni della vita che richiedono un innalzamento del livello di effettività della tutela giurisdizionale, risultato che – secondo l'A. – sarebbe possibile conseguire solo garantendo la "contestualità tra la decisione che tutela le situazioni di interesse legittimo dei privati (e ne ripara la lesione) e la conseguente coerente conformazione dell'assetto degli interessi pubblici" (277). In

art. 7, comma 6 c.p.a.²².

E infatti, se le valutazioni tecniche sono spesso opinabili e se si definisce merito come attività attraverso la quale la p.A. sceglie tra corsi alternativi di soluzioni tutte immuni da vizi di legittimità, allora – si è ritenuto²³

questa luce – conclude l’A. – “il tratto aggiuntivo della giurisdizione di merito (che ancora ne giustifica la distinzione rispetto alla giurisdizione generale) è proprio questa idoneità a conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell’interesse pubblico. Il giudice amministrativo, in sostanza opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato” (278). Appare allineato a tale posizione anche F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 219 e ss., il quale dà atto di come “l’intensità del controllo di legittimità [sia] cresciuta al punto da coprire molti spazi un tempo ritenuti preclusi, senza che ciò comporti invasione del merito amministrativo” (235). Una conferma indiretta di questa ricostruzione, che vede nella facoltà del giudice di “provvedere” il reale tratto aggiuntivo della giurisdizione di merito, potrebbe infine rinvenirsi nell’insegnamento giurisprudenziale in cui si evidenzia come le decisioni estese al merito presentino efficacia costitutiva sulla fattispecie sostanziale (con riferimento alle decisioni giurisprudenziali che riformano il *quantum* delle sanzioni antitrust, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 289).

²² “*Nell’esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione*”.

²³ Non a caso, in E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 441, si equipara la “scelta tecnica non sindacabile” al “merito” amministrativo (in senso sostanziale), dando conto della (depotenziata) intensità del sindacato giurisdizionale (di legittimità) che accomunerebbe le due ipotesi. Tanto sulla scorta di un più risalente indirizzo in virtù del quale, nel campo delle valutazioni tecniche della p.A., “il richiamo alla discrezionalità è fondato su una convinzione non del tutto spenta, secondo cui le valutazioni tecniche dovrebbero ricondursi al merito amministrativo, e dunque dar luogo ad una specie di discrezionalità di minore ampiezza, perché delimitata dal rinvio a criteri tecnici o, secondo un altro orientamento, «determinata per categorie»” (così A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, che richiama, rispettivamente, V. BACHELET, *L’attività tecnica della P.A.*, Milano 1967, 68 ss. ed E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano 1911, 54). Secondo G.B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1991: “il termine «merito» acquista nel campo del diritto amministrativo sostanziale [il significato di] parte di attività, non disciplinata da norme giuridiche, che l’amministrazione esercita per arrivare all’emanazione di un provvedimento amministrativo. Attività del tutto discrezionale, nel cui espletamento si compiono valutazioni od apprezzamenti circa l’opportunità, la convenienza, l’utilità, la giustizia di una determinata scelta amministrativa. Questi aspetti non pertengono al rapporto tra la scelta in concreto effettuata con l’emanazione di un certo atto e la legge e, pertanto, non formano oggetto di accertamento di conformità da parte del giudice della legittimità. In questo senso, è esatto osservare che i poteri propri della giurisdizione di merito rispondono ad una reale esigenza di buon funzionamento dell’attività amministrativa. E non è certo a caso che, oggi, anche il giudice della legittimità dell’atto tende ove possibile ad indicare, nella motivazione della decisione, i criteri cui deve ispirarsi l’amministrazione per adottare un provvedimento sostitutivo di quello annullato”.

– al di fuori delle ipotesi di giurisdizione estesa al merito²⁴ l'intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche non differirà in modo significativo da quella riservata alle decisioni espressive di merito amministrativo e, di regola, sarà dunque deferente verso l'Amministrazione²⁵.

Un esempio limpido di questo retropensiero è offerto dalla lettura di alcune pronunce sul *quantum* sanzionatorio dei provvedimenti dell'Antitrust in materia di pratiche commerciali scorrette *ante* e *post* 2011, data in cui il Legislatore ha esteso al merito la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti²⁶.

Prima di tale modifica, infatti, la giurisprudenza amministrativa tendeva ad aderire all'indirizzo della Corte di cassazione secondo cui *“l'attività determinativa del quantum della sanzione irrogata (nonché, più a monte, il giudizio di sussunzione delle peculiarità del caso di specie entro i criteri determinativi normativamente indicati) costituisce esplicitazione di una lata discrezionalità, con la conseguenza che l'operazione valutativa in tal modo posta in essere non possa essere sindacata in sede di giudizio di legittimità, laddove risulti congruamente motivata e scevra da vizi logici”*²⁷.

²⁴ Resta in ogni caso fermo che la giurisdizione estesa al merito non reca con sé la possibilità per il Giudice di individuare elementi determinativi del tutto avulsi dai criteri fissati da puntuali disposizioni di legge. In materia sanzionatoria, si veda ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5550: *“secondo un condiviso orientamento giurisprudenziale, nell'esercizio del richiamato ambito di giurisdizione è addirittura consentito al Giudice amministrativo di sostituire la sanzione irrogata con una diversa, così come di ricostruire l'iter logico sotteso alla sanzione irrogata, onde verificarne la legittimità, e dunque supportare con propria motivazione la sanzione già irrogata (Cons. Stato, VI, 9 aprile 2009, n. 2201). Ma tali penetranti poteri di cognitio e di riedizione dell'iter logico-valutativo sotteso all'adozione della determinazione sanzionatoria devono pur sempre muoversi nell'ambito del medesimo quadro fattuale e giuridico da cui è scaturita la determinazione sanzionatoria oggetto di impugnativa”*.

²⁵ Significativamente, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, II ed., Torino 2015, 141, parla di una sostanziale “riserva di amministrazione” a favore delle autorità indipendenti.

²⁶ Come visto, l'attuale art. 134, comma 1, lett. c) c.p.a. è stato introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera *mm*), del d. lgs. n. 195/2011. In materia antitrust – s'è detto – la giurisprudenza prevalente già ammetteva in via interpretativa l'applicabilità dell'art. 23 legge n. 689/1981, sull'assunto che l'art. 31 legge n. 287/1990 fa richiamo, per quanto applicabili, alle *“disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689”*. Analoga estensione non era invece ammessa in materia di pratiche commerciali scorrette, dal momento che l'art. 27, comma 13 Cod. cons. rinvia, in quanto applicabili, alle sole *“disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni”*.

²⁷ Così, in materia di pratiche commerciali scorrette, Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2422, ove il richiamo a Corte di cassazione, Sez. I, 16 aprile 2003, n. 6020.

Dopo il 2011, la giurisdizione estesa al merito *ex art.* 134, comma 1, lett. c) c.p.a. è stata costantemente richiamata dal Giudice amministrativo più per giustificare la rideterminazione della sanzione operata direttamente in sentenza che per conferire una copertura normativa all'intensità del sindacato svolto, il quale, nella sostanza, è apparso il più delle volte riconducibile a un ordinario controllo (sì pervasivo, ma pur sempre) di legittimità²⁸. Controllo che, dunque, avrebbe ben potuto essere espletato anche a legislazione invariata (salva l'impossibilità di rideterminare l'importo dell'ammenda), come invero ammetteva, almeno in linea di principio, la giurisprudenza. E tuttavia, dall'esame comparativo delle pronunce antecedenti e posteriori al 2011 pare evincersi che la spinta a sindacare con pienezza le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità sul *quantum* sanzionatorio è nei fatti arrivata, in questa materia, solo con l'estensione della giurisdizione ai profili di merito, come attesta l'accresciuto numero di annullamenti parziali.

2.2. *Il giusto processo*

L'endemica resistenza di sacche di insindacabilità nelle decisioni dell'Antitrust viene inevitabilmente a collidere con l'esigenza di assicurare un giusto processo.

Esigenza, questa, implicita al sistema costituzionale²⁹ ma divenuta at-

²⁸ Cfr., a titolo esemplificativo, TAR Lazio, Sez. I, 6 luglio 2011, n. 7182; 21 luglio 2011, n. 6563 e 21 luglio 2015, n. 9964; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5785. Casi come quelli in esame potrebbero accreditare la tesi secondo cui il vero tratto distintivo della giurisdizione di merito risiederebbe nella facoltà del giudice di conformare il rapporto amministrativo direttamente con la sentenza, senza necessariamente passare per una riedizione del potere amministrativo: cfr. A POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione* cit., 277.

²⁹ Su tutti, si veda M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 1/2018, 36 e ss., che, riflettendo sul significato di giusto processo in una prospettiva di diritto interno, esclude la portata innovativa della l. cost. n. 2/1999 con riferimento all'"enfatico esordio" di cui al primo comma ("La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"), evocativo dell'art. 6 CEDU. Già prima la Corte aveva infatti avuto modo di chiarire che i parametri costituzionali di cui agli artt. 24, comma 2, 25, 27, comma 2, 101, comma 2 Cost. "convergono nel configurare quello che, in numerose occasioni, [la giurisprudenza della Consulta] ha indicato come il «giusto processo» voluto dalla Costituzione" (sentenza n. 155 del 1996) e di specificare che "uguaglianza di trattamento, diritto di difesa, precostituzione del giudice naturale, presunzione di non colpevolezza, terzietà del giudice" sono i principi costituzionali "che delineano il giusto processo" (sentenza n. 331 del 1997; entrambe le pronunce richiamate – si precisa – sono state rese in materia penale). Né – se-

tuale, in materia di provvedimenti amministrativi sanzionatori, soprattutto grazie alle spinte garantiste derivanti dalla giurisprudenza della Corte EDU³⁰.

guita l'A. – il comma 2 del novellato art. 111 (“*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”) recherebbe principi non incorporati già dalla Costituzione: “il principio del contraddittorio e quello della parità fra le parti potevano desumersi dall’art. 24 Cost.; quelli di terzietà e imparzialità dagli artt. 25 e 101, comma 2, Cost.; il principio della ragionevole durata, ovviamente, dal principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e ancora dall’art. 24”. In definitiva, le uniche addizioni rilevanti apportate dal legislatore costituzionale del 1999 potrebbero rinvenirsi nel “dominio del processo penale”, ora sottoposto a una più specifica disciplina (cfr. commi 3, 4, 5 e 7). Chiarito il perimetro della nozione di “giusto processo”, l’A. si è occupato di definire quella, strettamente connessa, di “sentenza giusta”: “è «giusto» il processo «legale» ed è parimenti giusta la sentenza che alla fine di un simile processo legale è resa”. Non potranno dunque assumere rilievo “convincimenti morali” del giudice, né il tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme potrà spingersi fino a forzare la lettera della legge: “non si tratta tanto di affermare che il legislatore «sta sopra» il giudice, ma semplicemente che sopra il giudice sta la legge e che sopra la legge sta la Costituzione, che il giudice può far valere servendosi dell’interpretazione costituzionalmente conforme sinché glielo consente la lettera della legge, ma deve contribuire a tutelare rivolgendosi alla Corte costituzionale quando il testo non gli consente di conciliare l’inconciliabile”.

³⁰ Secondo la prospettazione di L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 237 e ss., in punto di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale gli artt. 6 e 13 CEDU e 47 Carta di Nizza non riconoscerebbero alcuna garanzia che non sia già ricavabile dal tessuto costituzionale (artt. 2, 3, 24, 101, 111, 113 Cost.). La corretta valorizzazione del principio di *full jurisdiction*, a ben vedere immanente al sistema, avrebbe dunque stentato ad affermarsi in Italia per ragioni essenzialmente “culturali”, ritrovando vigore in epoca relativamente tarda solo attraverso il richiamo delle giurisdizioni europee (significativo, a tale riguardo, il riferimento dell’art. 1 c.p.a. ai “*principi della Costituzione e del diritto europeo*”). In altri termini, “avendo sostanzialmente ignorato la novità costituzionale per decenni, di fronte alla scarsa capacità delle idee tradizionali di spiegare adeguatamente il diritto positivo, si [sarebbe] avvertito il diritto europeo – o le novità introdotte dal legislatore nazionale – come l’elemento di novità”. Svolte queste riflessioni, l’A. aggiunge un tassello ulteriore, spingendosi lì dove neanche la Corte di Strasburgo è mai arrivata. Nel riconoscere l’inevitabile opinabilità delle decisioni discrezionali della p.A., egli pare criticare il modo attraverso il quale si giunge tradizionalmente a considerare quelle operazioni “non ripetibili”. Infatti, “la vera giustificazione di questa riserva di valutazione insindacabile, di scelta politica, di volizione in ordine all’interesse pubblico – a seconda delle varie versioni del concetto –, risiede nella sovranità dello Stato o dell’autorità in generale”. Tuttavia – conclude l’A. – questo lascito della teoria della separazione dei poteri cozzerebbe “con il dato normativo costituzionale, che riserva la sovranità al popolo (art. 1) e che trattiene stabilmente i diritti fondamentali delle persone (art. 2) in quella sovranità che al popolo «appartiene» e che consente di porre in essere l’ordinamento, esercitando il potere costituente; poiché i diritti fondamentali delle persone (art. 2) sono riconosciuti esistenti come entità giuridiche

L'art. 6 della CEDU codifica infatti il principio a un equo processo, applicabile alle “controversie sui [...] diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale”³¹.

Non è il caso di dilungarsi sul concetto di “accusa penale”: basterà ricordare che, a partire dall'arresto *Engel e a. c. Paesi Bassi*³², la Corte EDU ha inteso realizzare la propria “spinta unificatrice”³³ sui concetti base della Convenzione favorendo un approccio di tipo sostanzialistico in grado di prevalere sul fenomeno della “truffa delle etichette”. In particolare, la Corte ha stabilito che rientrano nella *matière pénale ex art. 6 CEDU* tutte quelle misure che *i*) sono qualificate espressamente come tali nel diritto interno o che sono comunque *ii*) dirette a esercitare un effetto dissuasivo attraverso *iii*) l'imposizione di sanzioni a carattere afflittivo (tipicamente: misure privative della libertà o sanzioni pecuniarie)³⁴.

Non è dubitabile che le sanzioni correlate alla violazione delle regole a tutela della concorrenza integrino questi requisiti. Con la conseguenza che, con riferimento alle stesse, dovrà farsi applicazione dell'apparato di

(diritti fondamentali o sociali o inviolabili e libertà) nel momento costituente, essi non possono che appartenere alla sovranità”.

³¹ G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 9 e ss.. ricostruisce come la Corte di Strasburgo ha nel tempo interpretato le nozioni di “diritti e doveri di carattere civile” e di “accusa penale” (v. in particolare 15-17).

³² Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 1976, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §§ 82-83.

³³ Questa l'espressione utilizzata dal Presidente G. RAIMONDI, in *L'intensità del sindacato giurisdizionale cit.*, 14.

³⁴ Tali criteri sono alternativi e non cumulativi. Quando, però, è dubbio che uno di questi sia pienamente soddisfatto, la Corte propende per un loro impiego cumulativo (si veda in proposito *Grande Stevens e altri c. Italia*, Sez. II, 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 94). Quanto al criterio del *nomen iuris*, esso rappresenta un semplice punto di partenza, la cui mancata integrazione non preclude in alcun modo la prosecuzione dell'indagine. La Corte di Strasburgo ha inoltre elaborato dei sotto-criteri per individuare i confini del secondo e del terzo criterio, che rivestono particolare importanza essendo basati sul dato sostanziale e non su mere qualificazioni interne (*Jussila c. Finlandia*, Grande Camera, 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, § 38). Tra questi sotto-criteri rientrano: la destinazione della norma giuridica alla generalità dei consociati e non anche ad un gruppo specifico di soggetti (*Bendenoun c. Francia*, 24 febbraio 1994, ric. n. 12547/86, § 47); il fatto che l'azione debba essere esercitata da un'autorità pubblica in virtù di poteri legali di esecuzione (*Benham c. Regno Unito*, Grande Camera, 10 giugno 1996, ric. n. 7/1995/513/597, § 56); la soggezione della condanna al principio di colpevolezza (*Benham c. Regno Unito cit.*, § 56); la verifica della classificazione che procedimenti analoghi ricevono in altri Stati membri del Consiglio d'Europa (*Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, § 53).

garanzie ricavabili dal diritto a un equo processo di cui all'art. 6 CEDU: il diritto a essere giudicati nell'ambito di un giudizio "equo" da parte di un "tribunale indipendente e imparziale costituito per legge" che decida "pubblicamente ed entro un termine ragionevole".

In questo solco di inseriscono le pronunce che si sono occupate di precisare come queste garanzie debbano atteggiarsi allorquando – come avviene in Italia – lo Stato membro, nell'ambito di discrezionalità ad esso riconosciuta nell'allocazione interna dei poteri, opti per un modello di *public enforcement* affidato a un'autorità amministrativa³⁵.

Nell'interpretare la nozione di "tribunale indipendente e imparziale costituito per legge" la Corte di Strasburgo non ha negato che una sanzione "penale" possa essere inflitta da un'autorità amministrativa, precisando che, "in administrative proceedings, the obligation to comply with Article 6 of the Convention does not preclude a «penalty» being imposed by an administrative authority in the first instance"³⁶.

Tuttavia, laddove la decisione assunta da tale autorità non soddisfi tutte le garanzie dell'equo processo, la Corte – sviluppando un giudizio di tipo compensatorio³⁷ – ha subordinato questa possibilità alla condizione che detta decisione sia sottoposta a un "subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction"³⁸.

³⁵ In ossequio al principio di indifferenza dell'Unione all'organizzazione interna (Corte di giustizia, 15 dicembre 1972, *International Fruit II*, C-51 a 54/71; 25 maggio 1982, *Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, C-96/81; 17 giugno 1986, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, C-1/86), il diritto europeo si limita a prescrivere che gli Stati membri istituiscano uno o più autorità nazionali della concorrenza (ANC), le quali possono essere "sia amministrative che giudiziarie" (art. 35, § 2 Reg. CE n. 1/2003 e 2, § 1, n. 1 direttiva UE n. 1/2019), purché "dispongano delle garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori necessari per applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE" (considerando n. 3 direttiva UE n. 1/2019).

³⁶ Corte EDU, Sez. II, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens* cit., § 139.

³⁷ Sul tema si vedano M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 25 e ss., nonché TAR Lazio, Sez. II, 27 novembre 2014, n. 11887, in cui si è affermato che "il procedimento amministrativo teso all'applicazione delle sanzioni per market abuse altro non sarebbe che una prima fase, affidata alla Consob, di un procedimento unitario, seguito da due successive fasi di natura giurisdizionale, rappresentate dal giudizio di opposizione e dal giudizio innanzi alla Corte di Cassazione". Per una posizione critica, si veda F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli 2017, in cui si dubita della correttezza del corollario che dalla teoria della continuità tra procedimento e processo si trae, ossia che, quando il procedimento risulti formalmente rispettoso dell'art. 6, § 1 CEDU, la successiva fase di scrutinio giudiziale possa prescindere dal rispetto di tutti i crismi dell'equo processo.

³⁸ Corte EDU, Sez. II, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens* cit., § 139, in cui si

Ora, una delle caratteristiche necessarie perché il procedimento sanzionatorio sia “equo” è che la struttura amministrativa rifletta i tratti del “tribunale indipendente e imparziale”, assicurando un adeguato livello di separazione tra organi istruttori e organi decisori, allorché le due funzioni risultino incorporate all’interno dello stesso ente³⁹.

Con riferimento all’articolazione interna dell’Antitrust la questione si è in effetti posta, perché Uffici istruttori e Collegio sono parte della medesima istituzione e perché, fatta salva la tendenziale autonomia di funzioni, vi sono comunque forme di compartecipazione del Collegio all’istruttoria, il cui buon esito è peraltro coadiuvato dalla figura di cerniera del Segretario generale⁴⁰.

cita anche *Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria*, 23 ottobre 1995, §§ 34, 37- 39, 41- 42.

³⁹ Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens* cit., § 137: “the IT Office, the Directorate and the Commission [i.e. Consob] are merely branches of the same administrative body, acting under the authority and supervision of a single chairman. In the Court’s opinion, this amounts to the consecutive exercise of investigative and judicial functions within one body; in criminal matters such a combination of functions is not compatible with the requirements of impartiality set out in Article 6 § 1 of the Convention (see, in particular and mutatis mutandis, *Piersack v. Belgium*, 1 October 1982, §§ 30-32, Series A no. 53, and *De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984, §§ 24-30, Series A no. 86, in which the Court concluded that the «tribunal» had lacked objective impartiality, in the first case on the ground that an assize court had been presided over by a judge who had previously acted as head of the section of the Brussels public prosecutor’s department which had been responsible for dealing with the accused’s case; and, in the second, on account of the successive exercise of the functions of investigating judge and trial judge by one and the same person in one and the same case”).

⁴⁰ Sul punto la giurisprudenza amministrativa è oscillata da posizioni assolutorie (cfr. TAR Lazio, Sez. I, 1° luglio 2015, n. 8778: “[L]a disciplina dettata dal Regolamento per lo svolgimento del procedimento, che concentra la pressoché totalità dello stesso in capo al Collegio, non è in ogni caso ex se sintomo di carenza di obiettività”) a posizioni meramente possibiliste in cui, anziché prendere posizione sul tema, si è preferito far ricorso alla tesi c.d. compensatoria, statuendo che un ipotetico *vulnus* procedimentale sarebbe comunque recuperato nella successiva fase di (piena) giurisdizione (Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164 e TAR Lazio, Sez. I, 24 aprile 2018, n. 4466: “a prescindere dall’effettiva difformità del regolamento di procedura rispetto al parametro convenzionale, le garanzie imposte dall’art. 6 sono rispettate nel presente giudizio di «piena giurisdizione»”). Più esplicito, invece, il giudizio espresso in F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2/2015, 507 e ss., ove già si osservava come “non è dato riscontrare, alla fine, un’effettiva separazione tra gli uffici istruttori e il Collegio decidente, pur esistendo [...] una qualche dialettica tra di essi”. Inoltre, secondo l’A. il meccanismo compensatorio *ex post* cozzerebbe con la presunzione di innocenza, in quanto i provvedimenti dell’AGCM sono immediatamente esecutivi (e, salva sospensione cautelare, lo rimangono anche nelle more del giudizio impugnatorio eventualmente incardinato) e producono un danno (economico e reputazionale) non sempre ristorato da

Da qui l'esigenza di interrogarsi sulla rispondenza del sindacato svolto dal giudice amministrativo in materia antitrust al canone della *full jurisdiction*.

Si tratta cioè di comprendere se al giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sui provvedimenti dell'Antitrust spetti il potere "*to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below*"⁴¹.

3. *Il percorso evolutivo compiuto dalla giurisprudenza amministrativa e la cautela mostrata dalla Corte di cassazione*

Tracciate le coordinate generali del tema trattato, è ora possibile esaminare come lo stesso è stato affrontato dal giudice amministrativo e dalla Corte di cassazione fino all'entrata in vigore del d. lgs. n. 3/2017.

Come chiarito dal Consiglio di Stato⁴², il provvedimento antitrust si articola in quattro fasi⁴³, ognuna delle quali associate a un certo stan-

un annullamento *ex tunc*. Donde la proposta di introdurre maggiori garanzie nella "fase" procedimentale, consentendo il diritto di accesso alle note interne elaborate dagli Uffici istruttori e sanzionando con la violazione di legge il provvedimento che, a sorpresa e per cercare di rispondere intempestivamente alle difese finali delle parti, abbia modificato uno o più punti rilevanti inseriti nelle contestazioni delle risultanze istruttorie (CRI).

⁴¹ Corte EDU, Sez. II, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens* cit., § 139, ove anche i richiami a *Chevol c. Francia*, ric. n. 49636/99, § 77; *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, ric. n. 47650/99, 4 marzo 2004, § 27.

⁴² Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

⁴³ Il medesimo schema è a ben vedere riscontrabile nei provvedimenti adottati dall'AGCM in materia di tutela del consumatore, sovente destinatari di una minor attenzione da parte degli studiosi in ragione di una (presunta) minore complessità delle valutazioni tecniche sottostanti. Ora, siccome tali provvedimenti appaiono certamente espressivi di discrezionalità tecnica e parimenti idonei a ricadere nell'alveo della *matière pénale* di cui all'art. 6 CEDU, non si rinvengono valide ragioni per non estendere anche a tale campo i ragionamenti che seguono, pur con gli opportuni adattamenti del caso. Invero, presentano natura gravemente afflittiva le sanzioni irrogate dall'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 27, comma 9 Codice del consumo) e di violazione dei diritti contrattuali dei consumatori (art. 66, comma 3 e 27, comma 9 Codice del consumo), mentre ciò può apparire più discutibile in materia di clausole vessatorie, in cui l'infrazione si esaurisce nella pubblicazione del provvedimento che dichiara il carattere vessatorio di una o più clausole, con la duplice funzione (anti)reputazionale per il professionista e informativa per la collettività, ma a cui non si correla una sanzione pecuniaria (art. 37-*bis* Codice del consumo). L'efficacia deterrente dell'apparato sanzionatorio vigente in materia di tutela del consumatore è peraltro completata e rinforzata da una specifica disciplina civilistica (art. 840-*bis* e ss. c.p.c.) volta a facilitare l'accesso alla tutela risarcitoria, anche collettiva, di qualsiasi soggetto danneggiato (non più dunque, come nell'art. 140-*bis* Codice del consumo, solo di consumatori e utenti).

ard di *jurisdictional review*: *i*) una prima fase di accertamento dei fatti; *ii*) una seconda fase di “contestualizzazione” della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a “concetti giuridici indeterminati” necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito contestato; *iii*) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra “contestualizzato”; *iv*) un’ultima fase di applicazione delle sanzioni previste dalla disciplina vigente.

Considerato che nel processo amministrativo il pieno accesso al fatto (*i*) è una conquista della giurisdizione di legittimità in genere⁴⁴ (il c.p.a dedica un apposito titolo ai mezzi istruttori di cui il giudice può valersi) ed è pacificamente riconosciuto anche in materia antitrust⁴⁵, e considerato altresì che per quanto concerne la quantificazione della sanzione (*iv*) la questione almeno dal 2011 ha perso in parte di interesse, in quanto a partire da tale data è prevista una giurisdizione estesa al merito, il dibattito si è in prevalenza concentrato sulle fasi di contestualizzazione della norma antitrust (*ii*) e di applicazione della norma contestualizzata alla fattispecie concreta (*iii*).

Nel campo antitrust più che mai la sentenza rimane decisione sul caso concreto ed esprime necessariamente la sensibilità del singolo Collegio giudicante sulla peculiare e non ripetibile combinazione di elementi di fatto e di diritto portata a sua conoscenza. Ragion per cui, senza doversi addentrare in speculazioni sul valore del precedente nel nostro ordinamento, si fa fatica a rinvenire nella giurisprudenza amministrativa degli

⁴⁴ Già E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1991 osservava che “una rigorosa concezione giurisdizionale della competenza della V Sezione, senza distinguere aspetti formali, da giudice, e sostanziali, da amministrazione, d[oveva] ammettere che, innanzi al giudice, si controverte del giudizio in base al quale l’autorità amministrativa ha di volta in volta provveduto. Quest’aspetto è comune al sindacato di legittimità, che accerti l’errore essenziale nel quale la pubblica amministrazione sia incorsa; che valuti se esista sviamento di potere”, aggiungendo in seguito che “la cognizione dei fatti era, ed è, compatibile anche con l’annullamento e la salvezza degli ulteriori provvedimenti”.

⁴⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156: “*nel disattendere l’assunto secondo cui il controllo di legittimità precluderebbe la verifica della verità dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell’Autorità [va], da una parte, ribadito il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche attraverso l’utilizzazione di strumenti processuali come la consulenza tecnica d’ufficio, e dall’altra [va] ribadito che possono essere accertati e verificati i fatti posti dall’Autorità a fondamento delle proprie deliberazioni sotto il profilo della verità dei medesimi, attraverso la valutazione degli elementi probatori raccolti dall’Autorità medesima e di quelli prospettati dalle imprese interessate (Cons. Stato, Sez. VI, 25 aprile 2002 n.2199, cit.)*”.

indirizzi interpretativi scolpiti in modo granitico, registrandosi al contrario sfumature di sindacato piuttosto variegato e divergenti.

Consapevoli dei limiti dell'esercizio, può tuttavia provarsi a delineare una linea tendenziale nell'evoluzione della giurisprudenza in materia.

Se si chiedesse di raffigurare questo percorso evolutivo in una immagine, probabilmente vi sarebbe un Giudice amministrativo che, vinto un iniziale atteggiamento di deferenza e di timore reverenziale verso l'Autorità, progressivamente si affranca dal ruolo di giuria esterna sulla forma, accettando di divenire sempre più esperto tecnico in grado di giudicare, rimanendo pur sempre entro i limiti della giurisdizione di legittimità, anche sulla sostanza. Sullo sfondo, una prudente Corte di cassazione cerca di frenare esplicitazioni eccessivamente zelanti del sindacato giurisdizionale, forse perché più preoccupata di dover rivedere in senso restrittivo i propri arresti nomofilattici sull'eccesso di potere giurisdizionale (in positivo) nel campo del diritto amministrativo in genere che di riconoscere un diniego di giurisdizione (in negativo) nello specifico ambito materiale in questione.

E infatti – nonostante isolate (ma significative) manifestazioni di segno contrario⁴⁶ – la tendenza iniziale è stata più propensa a favorire un sindacato di tipo esterno, limitandosi a verificare se “*il provvedimento impugnato appa[risse] logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito*”, senza giungere a “*sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'autorità, e a questa riservate*”⁴⁷.

Del resto, era quella la stagione in cui era ancora dato imbattersi in decisioni secondo cui, di fronte a una determinazione tecnica, il giudice dovesse limitarsi a verificare se essa apparisse “*manifestamente irrazionale o incongrua*”, dove l'avverbio “*manifestamente*” valeva a qualificare l'intensità del sindacato⁴⁸.

Questo orientamento ha trovato una compiuta ed esaustiva illustrazione nella (già menzionata) pronuncia resa dal Consiglio di Stato sul caso *RC Auto*⁴⁹.

⁴⁶ Le sentenze del TAR Lazio, Sez. I, 23 settembre 1996, n. 1576 e 19 gennaio 2000, n. 103 hanno messo in discussione la definizione del mercato rilevante e la nozione di impresa accolti dall'AGCM nei provvedimenti gravati.

⁴⁷ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348; 20 marzo 2001, n. 1671 e 26 luglio 2001, n. 4118.

⁴⁸ Cfr. TAR Lombardia, Sez. II, 8 febbraio 2002, n. 469, in tema di importazione di energia elettrica e di determinazione della capacità di trasporto delle linee di interconnessione.

⁴⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 aprile 2002, n. 2199 cit., sul caso I377 – *RC AUTO*, Provv. AGCM n. 8546 del 28 luglio 2000.

La decisione muove dall'assunto che *“nell'individuazione del parametro normativo e nel raffronto con i fatti accertati, [...] l'Autorità esercita, almeno in parte, un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo [...]. Le valutazioni tecniche dell'Autorità non si fondano su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i sopra descritti «concetti giuridici indeterminati»”*.

Su queste premesse, ricordata l'acquisizione giurisprudenziale che ammette la possibilità per il giudice amministrativo di svolgere un controllo intrinseco sulle valutazioni tecniche opinabili, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione⁵⁰, la si è subito temperata mutuando la successiva distinzione, pure apparsa in giurisprudenza⁵¹, tra sindacato “forte” e sindacato “debole”.

In particolare, occorrerebbe distinguere tra un controllo di tipo “forte”, che si tradurrebbe *“in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione”* ed un controllo di tipo “debole”, in cui *“le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa”*.

Ora – seguita il Consiglio di Stato – siccome in materia antitrust la necessità di svolgere complessi giudizi economici (per definizione: opinabili) rende in sostanza molto sottile la distinzione tra valutazioni tecniche opinabili e *“profili di opportunità”* (dunque, merito), un sindacato intrinseco sulle prime si risolverebbe di fatto nell'esercizio di un *“potere sostitutivo”* di tipo “forte”, da escludere in nome delle *“esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza”*.

Il punto di caduta di una simile impostazione è che *“il giudice deve verificare direttamente i fatti posti a fondamento di tali provvedimenti”* e *“può censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale,*

⁵⁰ Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 699 cit..

⁵¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, del 6 ottobre 2001, n. 5287.

*che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili*⁵².

Ebbene, risuona piuttosto nitidamente nel ragionamento sviluppato l'eco di quel sostrato culturale che si è tentato di descrivere in esordio (§ II), laddove: *i*) si mettono di fatto sullo stesso piano valutazioni tecniche opinabili e merito amministrativo, finendo per porre nel nulla la conquista giurisprudenziale che aveva ammesso uno scrutinio intrinseco sulle prime; *ii*) si giustifica una riserva dell'AGCM a compiere valutazioni tecniche non opinabili in nome dei connotati di indipendenza, tecnicismo e neutralità che le apparterebbero.

Portata in Cassazione, la vicenda ha poi dato modo alle Sezioni unite di far proprio quell'orientamento e di cristallizzare per tale via la (piuttosto equivoca) distinzione tra sindacato forte e sindacato debole⁵³.

Invero, la Suprema Corte ha in quella sede chiarito che “*soltanto*” con riferimento all'estensione del sindacato sulle valutazioni tecniche opinabili “*è stata prospettata la distinzione tra controllo di tipo «forte» (potere sostitutivo del giudice) e controllo di tipo «debole», in cui le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate soltanto allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa*”, pena lo sfioramento dai “*limiti interni della giurisdizione*” derivante da un (indebito) esercizio di poteri sostitutivi sull'Amministrazione.

A suonare distonico è tuttavia quel “*soltanto*”, che nei giudizi sui provvedimenti antitrust, i quali assai di frequente vedono le parti private opporre studi economici diretti a confutare l'ipotesi accusatoria, significa davvero “*tanto*”.

Ad ogni buon conto, a pochi anni di distanza la storia si è ripetuta e una vicenda giudiziaria parallela ha portato le Sezioni unite, nuovamente interpellate sul punto, a confermare l'orientamento espresso nel 2005⁵⁴.

In questo caso, esauriti i mezzi di ricorso interni, la parte si è rivolta alla Corte di Strasburgo, lamentando una violazione del principio del giusto processo *ex art. 6 CEDU*.

⁵² Il Consiglio di Stato ha infine aggiunto che “*la descritta natura del sindacato del giudice amministrativo appare, peraltro, corrispondente all'orientamento della Corte di Giustizia CE [...] (v., segnatamente, sentenze 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia, punto 34, e 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds, punto 62; 28 maggio 1998, C-7/95, John Deere, punto 34)*”. In modo simile, cfr. in seguito anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

⁵³ Corte di cassazione, Sezioni unite, 29 aprile 2005, n. 8882.

⁵⁴ Corte di cassazione, Sezioni unite, 17 marzo 2008, n. 7063.

Da quel giudizio, come noto conclusosi con una sentenza di rigetto⁵⁵, potrebbe a una prima lettura ricavarsi un generale *placet* della Corte europea per il modello di sindacato giurisdizionale affermatosi nel diritto vivente nazionale.

Tuttavia, due ordini di ragioni suggeriscono di moderare gli entusiasmi.

In primo luogo, come sempre accade, la Corte si è pronunciata esclusivamente sul caso concreto (“... *dans le cas d'espèce*...”) e non già sull'assetto normativo-amministrativo-giudiziario *in toto*⁵⁶. Pertanto, il fatto che in quel caso il Giudice amministrativo possa aver assicurato, nel doppio grado di giudizio, una *full jurisdiction* non implica necessariamente che in altri giudizi la dedotta violazione non possa venire in rilievo.

In secondo luogo, occorre altresì tener conto del fatto che la Corte di Strasburgo (oltre a pronunciarsi sul caso di specie) decide ovviamente entro i limiti della domanda. E (almeno dalla lettura della sentenza) non risulta che in quel caso il ricorrente abbia portato argomenti in grado di fornire la dimostrazione (più che della astratta fondatezza della violazione denunciata) della concreta rilevanza della stessa, ad esempio lamentando l'insufficiente scrutinio giurisdizionale su un aspetto (di fatto o di diritto) ritualmente dedotto davanti al giudice nazionale e che sarebbe risultato decisivo ai fini della difesa⁵⁷.

⁵⁵ Corte EDU, Sez. II, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, ric. n. 43509/08.

⁵⁶ Lo si vince chiaramente leggendo la *opinion concordante* del Giudice Sajó: “*La raison pour laquelle je n'ai pas pu me rallier à celle-ci est purement factuelle. Il est vrai que la loi en vigueur et certains des jugements interprétatifs émanant des tribunaux italiens n'incitaient pas les tribunaux à exercer un véritable contrôle juridictionnel. Apparemment, ce contexte juridique n'autorisait qu'une analyse formelle (un contrôle de légalité ou «contrôle juridictionnel faible»). Or, en l'espèce, le Conseil d'Etat s'est lancé de facto dans une analyse du fond satisfaisant aux exigences de l'article 6. En outre, le Conseil d'Etat avait le pouvoir de casser la décision administrative qui entraînait une sanction pénale. Certes, en procédant à ce contrôle du fond, il a utilisé une terminologie donnant à penser qu'il exerçait un contrôle juridictionnel faible, mais le Conseil d'Etat semble ne pas avoir agi comme il annonçait qu'il le faisait. Aux fins de l'article 6, ce qui compte est qu'en l'espèce les droits énoncés par la Convention ont été effectivement protégés, et non la terminologie imposée par la législation «interprétée» par le Conseil d'Etat*”.

⁵⁷ Questa circostanza sembrerebbe peraltro confermata anche dal riferimento della Corte europea al fatto che, nel caso di specie, il G.a. avesse svolto quello scrutinio “*point by point*” che la giurisprudenza sovranazionale richiede per soddisfare lo *standard* di piena giurisdizione. Per le stesse ragioni – si noti – non persuadono le (pur articolate) critiche mosse dal Giudice Pinto De Albuquerque nella sua *dissenting opinion*, che appaiono slegate dall'evidenziazione di una violazione convenzionale chiara e circostanziata, così finendo per svuotare di rilevanza la stessa critica. Inoltre, secondo F. CINTIOLI,

Indicazioni utili possono comunque trarsi nella decisione in oggetto, poiché scevra di aprioristiche condanne verso il modello di giurisdizione di legittimità.

In particolare, la Corte ha in quel caso ritenuto che nel doppio grado di giudizio fosse stato complessivamente assicurato il pieno accesso al fatto e che tutte le questioni di fatto e di diritto dedotte dalla società fossero state adeguatamente esaminate, sottolineando altresì come il Consiglio di Stato si fosse premurato di chiarire che in presenza di decisioni espressive di discrezionalità tecnica, pur non avendo il potere di sostituirsi alla p.A., il giudice conservi comunque il potere di sindacare il corretto esercizio di potere amministrativo⁵⁸.

Da ciò la Corte europea ha dedotto che il controllo giurisdizione non si è limitato “à un simple contrôle de légalité”⁵⁹, avendo il giudice verificato, avuto riguardo a tutte le circostanze concrete del caso, se l’AGCM

Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l’effetto vincolante dell’art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3), in Diritto Processuale Amministrativo, n. 4/2018, 1207 ss., tale dissenting opinion “presuppone un modello di processo amministrativo superato da molti decenni”, in quanto “il giudizio amministrativo è da molti anni considerato come un giudizio (anche) sulla fondatezza della pretesa e sul rapporto controverso e non unicamente sull’atto amministrativo ed esso presuppone un completo accesso ai fatti. [...] Sicché si conferma che non è ovviamente corretto giungere a drastici giudizi di inidoneità di un dato sindacato processuale se non se ne considerano le regole effettive né il diritto vivente processuale”.

⁵⁸ “La Cour note que dans le cas d’espèce, les juridictions administratives se sont penchées sur les différentes allégations de fait et de droit de la société requérante. Elles ont dès lors examiné les éléments de preuve recueillis par l’AGCM. De plus, le Conseil d’Etat a rappelé que lorsque l’administration dispose d’un pouvoir discrétionnaire, même si le juge administratif n’a pas le pouvoir de se substituer à l’autorité administrative indépendante, il peut toutefois vérifier si l’administration a fait un usage approprié de ses pouvoirs” (§ 63).

⁵⁹ Come sovente accade con le decisioni della Corte EDU, scritte da Collegi composti da giudici provenienti da diverse tradizioni giuridiche, la sentenza *Menarini* impiega un vocabolario atecnico che deve essere contestualizzato. In questo caso, il riferimento al fatto che il giudice nazionale non si sarebbe limitato a una “giurisdizione di legittimità” sembrerebbe dover essere inteso nel senso che il giudice, pur rimanendo entro i confini della giurisdizione di legittimità, non si è fermato ai profili formali dell’atto, ma ha esteso la propria valutazione al rapporto. Cfr. sul punto Consiglio di Stato, Sez. VI, 2199/2001 cit., in cui già si dava atto del “progressivo spostamento dell’oggetto del giudizio amministrativo dall’atto al rapporto controverso (pretesa fatta valere, secondo alcuni) deve ormai ritenersi superato quell’orientamento che negava al giudice amministrativo l’accesso diretto al fatto, salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali. Del resto, anche nei giudizi di legittimità, l’ammissibilità dei c.d. vizi sintomatici estrinseci all’atto ha condotto a ritenere che il giudice amministrativo abbia il potere di conoscere le questioni di fatto la cui risoluzione è necessaria per verificare l’esistenza dei vizi dell’atto impugnato”.

avesse fatto un corretto governo dei propri poteri, esaminando la fondatezza e la proporzionalità del provvedimento sanzionatorio ed estendendo il sindacato anche alle valutazioni tecniche⁶⁰. Lo scrutinio, infine, si era concluso con un sindacato di carattere pieno sui profili sanzionatori⁶¹, andando ulteriormente a rinforzare la pienezza del controllo giurisdizionale sul provvedimento impugnato.

Che la sentenza *Menarini* non potesse risultare concludente lo si poteva già comprendere dalle cautele con cui è stata sopra introdotta.

Non è dunque un caso che il dibattito sui limiti del sindacato sui provvedimenti dell'AGCM non si sia sopito dopo il deposito della pronuncia.

Investite una terza volta della questione, le Sezioni unite hanno confermato il proprio (oramai consolidato) indirizzo, ritenendo tuttavia di meglio dover chiarire il significato di alcune locuzioni utilizzate in passato⁶².

E così – dopo aver confermato che “*non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo «forte» sulle valutazioni tecniche opinabili*” dell’Autorità, “*fermo restando che anche [su di queste] è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza*” – la Corte si è premurata di precisare che “*la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell’Autorità Garante [non] implica [...] che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell’atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto*”.

Le ragioni alla base di questo atteggiamento prudente delle Sezioni unite appaiono perfettamente in linea con l’impostazione classica del

⁶⁰ “*De ce fait, la Cour note que la compétence des juridictions administratives n’était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les juridictions administratives ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l’affaire, l’AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l’AGCM et même vérifier ses évaluations d’ordre technique*” (§ 64).

⁶¹ “*De plus, le contrôle effectué sur la sanction a été de pleine juridiction dans la mesure où le TAR et le Conseil d’Etat ont pu vérifier l’adéquation de la sanction à l’infraction commise et le cas échéant auraient pu remplacer la sanction (voir, a contrario, *Silvester’s Horeca Service c. Belgique*, no 47650/99, § 28, 4 mars 2004)*” (§ 65). Come anticipato, prima dell’entrata in vigore del c.p.a. la giurisprudenza amministrativa, anche facendo leva sulla ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista dal (previgente) art. 33, comma 1 legge n. 287/1990 (oggi dall’art. 133, comma 1, lett. l c.p.a.), riconosceva l’applicabilità dell’art. 23 legge n. 689/1981 alle sanzioni antitrust.

⁶² Corte di cassazione, Sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013.

problema sul sindacato giurisdizionale in materia antitrust, per come si è tentato di rappresentarla nelle pagine che precedono.

Considerata l'elevata complessità delle fattispecie accertate, nel caso delle valutazioni tecniche compiute dall'Antitrust l'opinabilità costituisce la regola, di modo che, a seconda di come si guardi il caso, potrà spesso pervenirsi "*ad un ventaglio di soluzioni possibili*". Siccome la scelta tra un ventaglio di opzioni ermeneutiche astrattamente tutte legittime riverbererebbe in un sindacato esteso al merito, il Giudice amministrativo dovrà limitarsi a verificare che, nel pervenire alla propria soluzione, l'Autorità non sia incorsa in una violazione di legge o in un eccesso di potere⁶³. Tanto – sembra affermare tra le righe la Cassazione – anche a garanzia del principio di buon andamento (artt. 97 Cost.). Invero, "*ipotizzare che, con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità [...], il sindacato giurisdizionale possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita*", "*trattandosi di autorità cui proprio in ragione della loro specifica competenza tecnica, oltre che del carattere oggettivo e neutrale delle loro funzioni, sono stati affidati dal legislatore compiti di vigilanza ed accertamento nei settori di rispettiva competenza (compiti da esplicare attraverso procedimenti amministrativi connotati da particolari garanzie per i controinteressati)*".

Come si vede, ricorre l'endiadi valutazioni tecniche non opinabili – merito, così come i tratti distintivi di tecnicismo e neutralità dell'Autorità, che, anche in ragione di un contraddittorio rinforzato, parrebbe autorizzare un sindacato giurisdizionale meno intenso.

Dal suo canto la giurisprudenza amministrativa – in parte forse incoraggiata da un atteggiamento di minor chiusura mostrato dal Giudice di

⁶³ Più diffusamente, le Sezioni unite hanno precisato che l'esercizio di discrezionalità tecnica sovente "*conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità. In situazioni di tal fatta il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo. Con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto*".

legittimità⁶⁴ – ha deciso di “prendere il meglio” dalla pronuncia del 2014. Non fermandosi alla (già da tempo praticata) verifica in ordine alla verità dei presupposti di fatto su cui poggia il provvedimento⁶⁵, il Giudice amministrativo ha cercato di prendere le distanze dalla distinzione (ambigua e foriera di equivoci) tra sindacato “forte” e sindacato “debole” da essa stessa accolta a partire dal 2001⁶⁶ e ha dimostrato una sempre maggiore propensione ad addentrarsi nel tessuto tecnico delle decisioni dell’Anti-trust⁶⁷.

⁶⁴ Questa ad esempio la lettura dell’arresto del 2014 fornita da M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM, in Federalismi*, n. 8/2018, 26, il quale osserva che con tale decisione le Sezioni unite avrebbero “significativamente esteso il potere di cognizione del Consiglio di Stato, modificando il precedente indirizzo restrittivo seguito dalla stessa Corte”.

⁶⁵ Ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302 ha ritenuto illegittimo un capo di un provvedimento antitrust poiché fondato sull’erroneo presupposto di fatto che il prezzo del servizio offerto dall’*incumbent* fosse inferiore a quello del concorrente.

⁶⁶ Cfr., in particolare, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302 cit.: “con rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. ‘concetti giuridici indeterminati’, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’Autorità. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall’Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato ‘forte’ o ‘debole’, va posta l’attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all’Autorità sia stato correttamente esercitato. Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall’attività dell’A.g.c.m., individuando quale unica preclusione l’impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all’Autorità”.

⁶⁷ Assai significativo appare il caso dell’intesa restrittiva della concorrenza accertata dall’Autorità con riferimento al (presunto) coordinamento dei prezzi attuato tra settembre 2010 a settembre 2011 da quattro vettori navali che collegavano la penisola alla Regione Sardegna (prov. AGCM n. 24405 dell’11 giugno 2013, I743 – *Tariffe Traghetti da/per la Sardegna*). In quella sede il Consiglio di Stato ha infatti sottolineato come il provvedimento controverso fosse “*informato ad un approccio metodologico che appar[iva] viziato ab imis dall’adozione, come parametro di valutazione delle condotte d’incremento tariffario, del ricavo medio unitario, ottenuto, dividendo i ricavi totali per il numero dei passeggeri trasportati (ossia, di un mero dato statistico ricavato ex post dai vari prezzi reali applicati da una stessa compagnia), anziché del corretto criterio, aderente alla fattispecie anticoncorrenziale addebitata alle odierne appellate, di un’analisi concreta e puntuale dei*

Tanto da giungere a riconoscere, in alcune relativamente recenti sentenze⁶⁸ dalle colorazioni a tratti programmatiche, un sindacato di tipo intrinseco su tutte le valutazioni tecniche, anche (e soprattutto) opinabili, in una materia – quella della regolazione dettata dalle Autorità di settore – in cui storicamente la deferenza mostrata dal Giudice amministrativo verso l'attività determinativa è stata massima.

prezzi reali applicati dalle singole compagnie a raffronto, per tratte, singoli momenti della stagione e tipologie di viaggio e di servizi offerti" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123). Pare altresì meritevole di attenzione l'esempio offerto, in materia di pratiche commerciali scorrette, dal caso *Tripadvisor* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza 20 maggio 2015, n. 9355). La decisione merita di essere richiamata perché va a sindacare il modo in cui l'Autorità ha contestualizzato, adattandola al caso di specie, la nozione (assai indeterminata) di "consumatore medio" di cui all'art. 20, comma 2 Codice del consumo, entrando nei meandri di una definizione a geometria variabile e riempiendola di contenuto attraverso la rappresentazione di un consumatore-utente medio abbastanza avveduto da sapere riconoscere, grazie alle avvertenze fornite dalla piattaforma all'atto dell'iscrizione e grazie anche alla sua assiduità di navigazione, una recensione falsa. Osserva in particolare il TAR che "nel sito è [...] chiaramente presente – in modalità quanto meno equivalente per visibilità rispetto ai «claims» presi a riferimento dall'AGCM – una sorta di «istruzione per l'uso», che illustra agli utenti, anche a coloro che accedono per la prima volta evidentemente, la corretta modalità di utilizzo delle informazioni, che deve essere collegata alla quantità e alla media «ponderale» delle stesse al fine di verificarne l'efficacia e non alla semplice lettura di una sola. Tale modalità di descrizione appare al Collegio particolarmente efficace e chiarisce cosa un utente «medio» debba attendersi dalla «navigazione» nel sito e come debba regolarsi per ottenere un'informazione attendibile ai propri fini".

⁶⁸ Il riferimento è a Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165, che, pronunciandosi su una delibera dell'AEEGSI (oggi ARERA), ha così statuito: "la scarsa intellegibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione". A fronte di valutazioni tecnicamente complesse, ammonisce lo stesso giudice, il sindacato giurisdizionale deve, dunque, avvenire "con gli occhi dell'esperto", ovvero "riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: senza confondere il piano della difficile intellegibilità con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza della motivazione dell'atto dell'Autorità". Sempre con riferimento agli atti di regolazione dell'(ex) AEEGSI, cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888 e 9 agosto 2016, n. 3552. In materia di comunicazioni elettroniche, si veda poi Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3173, in cui, con riferimento a una delibera regolatoria dell'AGCom, si è evidenziato che "qualora residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, la valutazione compiuta dall'Autorità non può ritenersi viziata se la stessa, attraverso le motivazioni esposte, risulti comprensibile, attendibile secondo la scienza economica, e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative".

4. *L'art. 7, comma 1 del d. lgs. n. 3/2017 e la sua interpretazione in giurisprudenza e in dottrina*

In controtendenza con l'esposto percorso evolutivo compiuto dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁹, il Legislatore delegato, nel recepire la direttiva sul risarcimento dei danni da illecito antitrust⁷⁰, ha inserito, all'interno dell'articolo dedicato all'efficacia della decisione antitrust in sede civile, un (invero eccentrico) inciso teso a indicare i limiti del sindacato del Giudice amministrativo in materia antitrust.

Con una formulazione in cui riecheggia la massima delle Sezioni unite del 2014, si dispone che *“il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”*⁷¹.

La prima impressione che l'interprete può avere nel leggere questa disposizione è certamente quella di una limitazione di potere giurisdizionale.

A tacere dei sospetti di (in)compatibilità con il diritto europeo⁷² e di (il)legittimità costituzionale⁷³ di cui è stata tacciata la norma, e soprassedendo su una (scarsamente utile) indagine sulla *intentio legis*⁷⁴, fonte di

⁶⁹ Si parla di “direzione opposta” in R. PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, 6 aprile 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 7.

⁷⁰ Direttiva 2014/104/UE cit..

⁷¹ Art. 7, comma 1, II periodo d. lgs. n. 3/2017.

⁷² M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo* cit., 25-26 intravede un possibile contrasto tra la previsione e l'art. 9 della direttiva 2014/104/UE, laddove interpretata nel senso di limitare il sindacato sulle valutazioni tecniche non opinabili compiute dall'Autorità al “*giudice del ricorso*” ma non al giudice civile.

⁷³ Si è a più voci sottolineato, oltre al possibile contrasto con gli artt. 117, comma 1 Cost e 6, § 1 CEDU, il possibile eccesso di delega (art. 76 Cost.) e la possibile violazione dei principi di eguaglianza, ragionevolezza e non discriminazione (art. 3 Cost.), per non essere un'analoga restrizione sul sindacato imposta con riferimento agli atti di altre autorità indipendenti o comunque in relazione all'attività provvedimentale tecnica in genere.

⁷⁴ La quale potrebbe forse giustificarsi con la tendenziale ritrosia interna ad ammettere la piena estensione delle garanzie convenzionali sulle sanzioni amministrative (si pensi a Corte costituzionale, sentenza n. 193 del 2016, in cui è stata negata l'applicabilità del principio di retroattività *in bonam partem* alle sanzioni amministrative) oppure potrebbe più banalmente dipendere, come rilevato in taluni commenti, da una semplice leggerezza e imperizia del legislatore delegato (così F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust* cit.).

sicuro interesse è vedere come la novella è stata accolta nel diritto vivente processuale.

Ora, la tendenza generale sembra essere quella di un atteggiamento pilatesco in cui, richiamata la massima delle Sezioni unite del 2014 e affermato che quell'indirizzo sarebbe stato positivizzato dal d. lgs. n. 3/2017, in concreto il sindacato continua a esplicitarsi con forme e modalità non meno pervasive di quanto fosse riscontrabile in precedenza⁷⁵.

Tutto è cambiato e nulla è cambiato, si potrebbe essere tentati di dire.

Nondimeno, pur a fronte di una reazione mediamente compatta della giustizia amministrativa, l'intervento legislativo potrebbe comunque erodere alcune delle certezze che erano state faticosamente acquisite nel corso del descritto percorso evolutivo della giurisprudenza. Allo stesso modo, esso potrebbe indurre la Corte di cassazione, ove nuovamente investita, a riconoscere un eccesso di potere giurisdizionale (stavolta: in positivo) in presenza di un sindacato penetrante del Giudice amministrativo.

Per queste ragioni, illustrato l'approccio della giurisprudenza amministrativa alla novità legislativa, sembra ora utile, prima di provare a proporre una chiave di lettura, soffermarsi brevemente anche sulla reazione mostrata dalla dottrina.

Essa è oscillata tra posizioni più o meno critiche che, senza pretese di esaustività, possono in buona sostanza sintetizzarsi in tre principali orientamenti.

I commentatori più rigorosi hanno ritenuto inadeguata la scelta per uno scrutinio di legittimità, ritenendo imprescindibile radicare una *full*

⁷⁵ La formula tipo è la seguente: “*in relazione all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust, nella giurisprudenza nazionale (v., per tutte, Corte Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013) è stato puntualizzato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento: ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come ad esempio nel caso della definizione di mercato rilevante –, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini. [...] Tali principi giurisprudenziali sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821; 29 maggio 2018, n. 3197; 10 luglio 2018, n. 4211; 12 ottobre 2017, n. 4733).*

jurisdiction di tipo “appellatorio” e non “cassatorio”⁷⁶, vuoi avvalendosi della giurisdizione esclusiva vantata in materia dal G.a., vuoi, se necessario, devolvendo la cognizione su queste tematiche al Giudice ordinario⁷⁷.

Altri autori, valorizzata l'accresciuta pervasività della giurisdizione di legittimità nel processo amministrativo, hanno ritenuto non trascendentale né necessariamente contraria ai principi costituzionali e convenzionali la novità legislativa, mettendo in evidenza come siano semmai altre le cause suscettibili di depotenziare, in concreto, un modello di sindacato giurisdizionale astrattamente adeguato (ad esempio, il principio di sinteticità degli atti processuali e la perdita di centralità della fase orale nel processo amministrativo, da recuperare auspicabilmente anche attraverso la fissazione di udienze tematiche).

Si evidenzia in particolare che le critiche all'intervento del Legislatore delegato verrebbero mosse soprattutto a causa dell'equivoco di fondo secondo il quale al Giudice amministrativo sarebbe oggi precluso di sindacare gli aspetti tecnici opinabili.

Al contrario – si legge in queste posizioni – “il g.a. di fronte ad una

⁷⁶ F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2018, 1 ss.: “In materia di sanzioni amministrative il modello della *full jurisdiction* pare allora espressamente quello di un sindacato giurisdizionale appellatorio puro (invece che cassatorio) cassatorio): il provvedimento sanzionatorio deve essere visto come una «decisione [...] resa dall'organo inferiore». Lo schema logico, cioè, è quello di due soggetti pubblici che, in continuità tra loro, esercitano un potere qualitativamente identico, con conseguente piena sostituibilità della scelta dell'organo inferiore (l'Amministrazione) da parte dell'organo superiore (il giudice di *full jurisdiction*)”. Ciò varrebbe certamente per le sanzioni c.d. *hard core*, ma, a ben vedere, anche per le *minor offences* non comportanti alcuno “*significant degree of stigma*” (per le quali le garanzie dell'art. 6 non dovrebbero, necessariamente, operare tutte cumulativamente, ove non strettamente necessarie: caso *Jussila c. Finlandia* del 2006). E infatti – secondo l'A. – “la *full jurisdiction* non è in sé una delle garanzie ex art. 6 CEDU, ma un modo per recuperare tali garanzie se ed in quanto non godute nel procedimento amministrativo. Dunque, non è dato rinunciare alla *full jurisdiction* (o interpretarla in modo «attenuato»), sulla base di considerazioni relative alla maggior o minore necessità di garanzie, perché quest'ultimo costituisce un problema logicamente distinto e precedente”.

⁷⁷ Già prima che entrasse in vigore il d. lgs. n. 3/2017 G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2016, 999 e ss. aveva suggerito di “valutare l'esistenza dell'illecito antitrust alla stessa stregua di qualunque illecito civile e con la pienezza dei poteri cognitori, istruttori e decisorio (anche sostitutivi) che ciò comporta”, come la giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a. titolerebbe a fare, dovendosi altrimenti optare per la devoluzione della materia alla cognizione del giudice ordinario (ovviamente: in via legislativa e fatti salvi i correttivi del caso).

questione opinabile che deriva dall'applicazione di scienze non giuridiche, accede pienamente al fatto e quindi alla cognizione della questione in esame e valuta così in via diretta la pretesa del ricorrente. Il limite che attiene al giudizio non-sostitutivo infatti viene dopo: non pregiudica né l'accesso ai fatti, né l'esame delle questioni tecniche, né l'estensione del sindacato a tutto il rapporto controverso. Esso vuol solo significare che il cuore concettuale del sindacato di ragionevolezza e proporzionalità (condotti anche alla luce della tecnica) non fanno del giudice una autorità amministrativa di secondo grado, né trasformano il processo in un secondo procedimento". Da ciò la conclusione che "se, pur dopo una pur attenta istruttoria ed una completa valutazione delle doglianze, il giudice non ravvisasse dei profili di irragionevolezza o delle illogicità, o superficialità istruttorie, o carenze probatorie nel percorso conoscitivo e volitivo di AGCM, non potrebbe che confermarne la decisione"⁷⁸.

A questi due orientamenti se ne è affiancato un terzo che, pur concordando sull'astratta adeguatezza del modello di sindacato di legittimità, propone un avanzamento dello *standard judicial review* sulle valutazioni tecniche opinabili.

In particolare, si è evidenziato come "anche in queste situazioni, pur caratterizzate da elevata opinabilità, non si potrebbe precludere alla parte interessata di dedurre esiti tecnici alternativi, rispetto a quello indicato dall'Autorità, se contrassegnati da un grado di *maggior attendibilità*, purché, appunto, vi sia una prospettazione idonea a porre in discussione i risultati cui è pervenuta l'AGCM e l'effettiva possibilità di dimostrare

⁷⁸ F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust* cit.. Ciò detto, l'A. sottolinea come sarebbero semmai il primo e il terzo periodo dell'art. 7, comma 1 d. lgs. n. 3/2017 a presentare dubbi di legittimità costituzionale. Nella parte in cui sancisce, quanto all'esistenza dell'illecito e alla sua durata ed estensione, l'efficacia vincolante in sede civile dell'accertamento dell'AGCM divenuto inoppugnabile o confermato con sentenza passata in giudicato, l'art. 7 potrebbe infatti ritenersi contrastante con l'art. 101, comma 2 Cost., in base al quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge". Con la conseguenza che potrebbe persino invocarsi la teoria dei controlimiti con riferimento all'art. 9 della direttiva 104/2014/UE, di cui l'art. 7 del decreto costituisce attuazione. Questo esito drastico, tuttavia, potrebbe essere evitato – seguita l'Autore – riconoscendo adeguate garanzie nell'ambito fase procedimentale (il difetto di contraddittorio è infatti un vizio di natura sostanziale, non sanabile *ex art. 21-octies*, comma 2 legge n. 241/1990) e del successivo controllo giudiziale davanti al Giudice amministrativo. La tesi era già stata adombrata in M. SIRAGUSA, *Judicial review of antitrust decisions: Q&A*, in *Rivista italiana di Antitrust*, n. 1/2015, 144 e ss.: "It is at least open to question whether, in our legal system, civil courts can be bound by a finding of infringement of the ICA, if such finding cannot be subject to unlimited judicial review" (così a p. 151).

in giudizio questa conclusione”⁷⁹. Viceversa, “a seguire pedissequamente la poco perspicua dizione normativa del legislatore delegato, si segnerebbe un arretramento di quindici anni rispetto alla evoluzione meditata e consapevole che la dottrina del *judicial review* elaborata dalla stessa giurisprudenza ha conseguito”⁸⁰. Motivo per cui i “giudici del ricorso, dunque, dovranno fare uno sforzo verso un sindacato di sempre maggiore attendibilità, a fronte delle esigenze del mondo reale che, inevitabilmente, premeranno nel senso della pienezza dello scrutinio del Giudice amministrativo, essendo, questo, l’unico momento giudiziale di verifica dell’illecito antitrust, nel quale, auspicabilmente, il libero convincimento del giudice, dispiegandosi, dovrà compiutamente realizzarsi”⁸¹.

⁷⁹ In questi termini M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo* cit., 27, corsivo originale.

⁸⁰ Così R. PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell’Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 6 aprile 2017, 8. In precedenza, cfr. R. GIOVAGNOLI, *Judicial review of antitrust decisions* cit., 146: “From this perspective, article 6 (1) [ECHR] might occasion (in those instances where no sufficient scope for cross-examination exists at the administrative stage) the move from an intrinsic scrutiny of reliability (the one more generally practiced at present) to a type of scrutiny one might possibly define as a scrutiny of greater reliability”.

⁸¹ ID., 9. Ha successivamente dato conto di questa evoluzione dottrinale e giurisprudenziale anche F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, 6 giugno 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 11-12: “si va facendo strada, anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che il sindacato sull’opinabilità vada configurato come sindacato di attendibilità (l’opinabilità non esclude l’inattendibilità della soluzione prescelta), o meglio, di maggiore attendibilità della scelta amministrativa conseguente alle valutazioni di ordine tecnico poste alla base della stessa; valutazioni che possono e devono essere sindacabili non al fine di sostituire la scelta del giudice a quella dell’autorità, ma al fine di verificare che la scelta effettuata sia quella maggiormente attendibile anche in comparazione con altre scelte possibili, ivi comprese quelle offerte dai privati”. L’A. condivide l’impostazione e chiarisce come una simile metodologia di scrutinio non dia vita a un’indebita ingerenza nel merito amministrativo (ID., 10: “il riferimento all’opinabilità come linea di confine tra giurisdizione e merito è molto...opinabile”). E invero, posto che “il fatto non appartiene mai alla sfera del merito amministrativo”, “se il giudice è «signore del fatto» – con la precisazione che per fatto si intende quello portato in giudizio sulla base degli enunciati delle parti (provvedimento amministrativo e contestazioni dei ricorrenti) – e se il fatto non è dato ma costruito nel giudizio, ne discende che il giudice non potrà che avere accesso ad esso attraverso la valutazione piena e autonoma delle circostanze” (ID., 6-7). In altri termini, “la conoscenza del fatto e la sua «qualificazione» ai fini del decidere entrano strutturalmente nel giudizio amministrativo; e ciò dà garanzia di «pienezza» della tutela” (ID., 7). Infine, secondo M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, 15-16, il criterio del sindacato di “maggiore attendibilità” sarebbe utile ma non sufficiente, da solo, a garantire il diritto a un equo processo, permanendo

Pare significativo che questa linea teorica, affiorata già in talune decisioni giurisprudenziali del passato⁸², sia stata recentemente sposata anche in un recente *dossier* dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato⁸³, quasi a voler indicare, come auspicato da parte della dottrina⁸⁴, uno *standard* comune alla giustizia amministrativa.

5. *Contributo a una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 7, comma 1 del d. lgs. n. 3/2017: la presunzione di innocenza come parametro di legittimità*

Non v'è dubbio che l'inciso introdotto dall'art. 7, comma 1, II periodo del decreto legislativo n. 3/2017 risulti, sia per tempistiche che per collocamento, antistorico e distonico.

– ad avviso dell'A. – “quattro criticità: a) l'effettiva separazione tra gli uffici istruttori e il Collegio decidente; b) l'accesso al fascicolo istruttorio; c) la possibile integrazione dell'impianto accusatorio iniziale; d) la mancata individuazione nella comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) del *quantum* sanzionatorio”.

⁸² TAR Lazio, Sez. I, 25 giugno 2012, n. 5769 cit.: “Le tesi difensive della ricorrente, ovviamente, sono a loro volta discutibili, come lo è, in generale, l'individuazione degli elementi costitutivi il prezzo di un servizio così complesso come quello di cui si sta qui trattando. Si deve però riconoscere, come già detto, che Poste italiane ha fornito elementi persuasivi, mentre l'Autorità non è stata in grado in giudizio di superare convincentemente le difese della ricorrente” (confermata da Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302 cit.).

⁸³ UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in particolare 26: “Resta da chiedersi se, a prescindere dagli obblighi imposti dalla Cedu (ad oggi già soddisfatti) sia preferibile passare da un sindacato intrinseco di attendibilità ad un tipo di sindacato di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere appunto attendibile la valutazione dell'Autorità, ma la valuti in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata”.

⁸⁴ Il riferimento è ad A. POLICE, *Judicial review of antitrust decisions*, cit., 149: “A practical solution should be sought in connection with a widespread awareness of judicial practice – mainly having regard to the Council of State that is the Supreme Administrative Court – to apply a unique relevant standard on a mandatory and uniform basis. In this regard it should be mentioned the approach developed by French judges in the eighties of the last century (S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard* (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, Paris, 1980)”. “Since the competence to define a standard is of the trial court, it would be appropriate for the Council of State to take charge of this task, even through its Research Department (Ufficio Studi)” (*Ibidem*, 156).

Esso giunge per di più in una stagione in cui:

i) come previsto dal I e dal III periodo della stessa norma, la decisione (inoppugnabile o confermata con sentenza passata in giudicato) dell'AGCM fa stato in sede civile quanto all'esistenza dell'illecito nonché alla sua estensione spazio-temporale e portata personale e materiale⁸⁵;

ii) il provvedimento che accerta l'intesa restrittiva della concorrenza nel corso di una gara pubblica (c.d. *bid rigging*) è suscettibile di costituire grave illecito professionale (e, dunque, giusta causa di esclusione) *ex art.* 80, comma 5, lett. *c)* Cod. app. (persino prima che intervenga l'inoppugnabilità del provvedimento o la conferma dello stesso con sentenza passata in giudicato, stante l'immediata esecutività della decisione amministrativa⁸⁶);

iii) la più recente prassi dell'Autorità⁸⁷ sta offrendo delle applicazioni "pure" della c.d. *single economic unit theory*⁸⁸, nel senso di imputare,

⁸⁵ Cfr. art. 7, comma 1, I e III periodo, d lgs. n. 3/2017: "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. [...] Quanto previsto [...] riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno".

⁸⁶ Cfr., nonostante il parere contrario dell'AGCM (Parere AS1473 del 13 febbraio 2018), l'art. 2.1.3.1, n. 1 delle Linee guida n. 6 dell'ANAC, per come aggiornato dalla delibera n. 1008 del 2017.

⁸⁷ V. ad es. Provvedimento n. 27497 del 20 dicembre 2018, I811 – FINANZIAMENTI AUTO.

⁸⁸ Cfr., in ambito europeo, Tribunale UE, Sez. V, 5 marzo 2015, *Versalis S.p.A. ed Eni S.p.A. c. Commissione*, cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, §§ 41-42: "Come la Corte ha ricordato nel punto 46 della sentenza *Eni/Commissione* (EU:C:2013:289), richiamata dalla Commissione, secondo giurisprudenza costante il comportamento di una controllata può essere imputato, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81 CE, alla società controllante in particolare quando, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determina in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attiene, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra i due soggetti giuridici. In effetti, in una situazione del genere, poiché la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano pertanto una sola impresa ai sensi dell'articolo 81 CE, la Commissione può emanare una decisione che infligga ammende alla società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione. Sempre da costante giurisprudenza risulta che, nella particolare ipotesi in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della sua controllata che ha commesso un'infrazione alle norme in materia di concorrenza dell'Unione, esiste una presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita effettivamente un'in-

salva la prova liberatoria della impresa interessata, una responsabilità solidale alla capogruppo (c.d. *parental liability*) per il sol fatto di detenere la quasi totalità delle partecipazioni nell'impresa che ha commesso l'illecito (e a prescindere, dunque, da un'effettiva indagine sull'apporto causale della società madre alla condotta), in tal modo rendendo spesso virtuale il massimale edittale del 10 % del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio (art. 15, comma 1 legge n. 287/1990), posto che tale *cap* si calcola sui fatturati mondiali.

Si tratta – beninteso – di conquiste del diritto antitrust nazionale, che indubbiamente contribuiscono a un innalzamento della soglia di deterrenza della sanzione, di cui trae beneficio l'intera collettività⁸⁹.

Il punto, però, è che le colorazioni del provvedimento antitrust si fanno indiscutibilmente più pesanti e afflittive, di modo da necessitare di un innalzamento del *judicial standard review* (e non certo di un suo abbassamento).

Di qui l'esigenza di verificare se sussistano spazi per un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'addizione legislativa, in grado di raggiungere un miglior punto di equilibrio tra esigenze di effettività del diritto antitrust e concomitanti esigenze di tutela delle prerogative difensive del soggetto "accusato".

Nel prendere le mosse dalle autorevoli voci dottrinali sopra richiamate, si tenterà dunque di guardare alla radice del problema, cercando di verificare se, oggi, il tema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti antitrust possa tuttora dirsi correttamente impostato.

S'è visto che le coordinate concettuali entro le quali si è sinora mosso l'interprete sono state quelle della funzione *lato sensu* giustiziale svolta dall'AGCM, chiamata ad applicare la normativa (nazionale ed europea) antitrust in posizione di terzietà rispetto alle parti, assicurando un contraddittorio rinforzato; la consequenziale neutralità (più che imparzialità) con cui l'Autorità svolge tali mansioni, che di fatto allontanerebbe

fluenza determinante sulla sua controllata (sentenza Eni/Commissione, EU:C:2013:289, punto 47)".

⁸⁹ Resta fermo che la tenuta del sistema (anche a tutela del corretto espletamento delle gare pubbliche e del *favor participationis*) dovrebbe passare per una modifica delle Linee guida dell'ANAC nel senso di posticipare l'efficacia escludente del provvedimento antitrust al momento (successivo ed eventuale) della cristallizzazione dello stesso, come suggerito dalla stessa AGCM nel richiamato parere. Parimenti, occorrerebbe evitare che la prova liberatoria gravante sulla capogruppo cui venga imputata in via presuntiva la *parental liability* venga a costituire, nei fatti, una *probatio diabolica*, così trasformando la presunzione da nominalmente relativa a sostanzialmente assoluta.

l'attività provvedimentale dal modello della discrezionalità amministrativa; la dicotomia giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità e la concomitante endiadi tra valutazioni tecniche opinabili e merito amministrativo, accresciute in questa materia dall'elevato livello di tecnicismo che l'Autorità esprime.

Di tutti questi assunti v'è traccia nell'arresto delle Sezioni unite del 2014, (maldestramente) tradotto in legge ad opera del Legislatore delegato.

Si tratta, a questo punto, di chiedersi se l'impalcatura concettuale che ha per anni sorretto la problematica in questione non meriti, almeno in parte, di essere rivista.

Per fare questo, ci si servirà anche delle utili indicazioni recentemente fornite dalla Corte costituzionale sulla natura e i limiti delle attribuzioni dell'AGCM⁹⁰.

5.1. La posizione di terzietà dell'Autorità e il contraddittorio rinforzato

Una delle variabili che ha storicamente contribuito a calmierare il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM è quella della asserita posizione *super partes* del Collegio rispetto alle imprese sottoposte a procedimento, le quali potrebbero in ogni caso contare su un contraddittorio superiore rispetto a quello garantito dalla legge n. 241/1990.

Si è detto sopra che una delle caratteristiche necessarie perché il procedimento sanzionatorio sia "equo" è che la struttura amministrativa rifletta i tratti del "tribunale indipendente e imparziale", assicurando un adeguato livello di separazione tra organi istruttori e organi decisori⁹¹. Parimenti, si è detto che la tenuta del d.P.R. n. 217/2018 ha scricchiolato, poiché Uffici istruttori e Collegio sono parte della medesima istituzione e, ferma restando la tendenziale autonomia di funzioni, tra gli stessi si potrebbero riscontrare forme di contaminazione.

Come visto, la giurisprudenza amministrativa ha svuotato di rilevanza la questione, affermando che nella fase impugnatoria verrebbe comunque garantita una *full jurisdiction*, sì da compensare la menomazione, ove mai patita in sede procedimentale⁹².

Ora, se l'inadeguatezza del d.P.R. n. 217/1998 rispetto alla nozione di "tribunale indipendente e imparziale" di cui all'art. 6, § 1 CEDU era

⁹⁰ Sentenza n. 13 del 2019 cit..

⁹¹ Corte EDU, Sez. II, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens* cit..

⁹² Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164 e altre cit..

stata vista solo in termini possibilisti dalla giurisprudenza amministrativa, la Corte costituzionale è stata piuttosto assertiva, chiarendo che “*non può ravvisarsi una netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l'esistenza, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della legge n. 287 del 1990, di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo «risponde» anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi (nello stesso senso, nel caso dell'Autorità della concorrenza greca, la sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, 31 maggio 2005, C-53/03, Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri)*”⁹³.

Per altro profilo, la Corte ha chiarito che se certamente il contraddittorio con il soggetto interessato appare più intenso rispetto al modello delineato dalla legge n. 241/1990, esso rimane pur sempre di tipo verticale⁹⁴. Di modo che, nei procedimenti in seno all'AGCM, di contraddittorio “orizzontale” o “paritario”, tipico del processo giurisdizionale, potrà semmai parlarsi solo con riferimento a eventuali “rapporti tra le imprese o i consumatori o utenti che interveng[a]no nel procedimento per far valere ragioni contrapposte e rispetto ai quali l'autorità si pone in una posizione di equidistanza, garantendo la «parità delle armi» tra i contendenti”⁹⁵.

Di queste precisazioni l'interprete dovrebbe tener conto nel calibrare l'intensità del sindacato giurisdizionale, soprattutto se si accede alla tesi della *full jurisdiction* come strumento di recupero (*ex post*) delle garanzie.

5.2. La neutralità come tratto distintivo delle valutazioni tecniche compiute dall'Autorità

Altro argomento che nella narrazione tradizionalmente accolta avrebbe dovuto concorrere a mitigare il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti antitrust è quello secondo il quale le valutazioni da essa compiute sarebbero espressione di neutralità e tecnicismo.

⁹³ Cfr. § 5 in diritto.

⁹⁴ Cfr. § 8.1 in diritto, in cui si è statuito che “*l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 26 marzo 2015, n. 1596; sezione VI, sentenza 11 gennaio 2016, n. 38)*”.

⁹⁵ Così E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in www.astrid-online.it, 2005, 3.

Anche su questo specifico aspetto, tuttavia, la Consulta ha fornito una ricostruzione in parte inedita.

Muovendo dal potere di sollecitazione di cui all'art. 21-*bis* legge n. 287/1990, come noto suscettibile di legittimare l'Antitrust, in ultima istanza, ad agire in giudizio avverso altre Amministrazioni (titolari di altri interessi pubblici), la Corte ha infatti ricavato, più in generale, "*la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico*"⁹⁶, *che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale*"⁹⁷.

⁹⁶ Come efficacemente dimostrato dalla più accorta dottrina: cfr. Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi*, 6 giugno 2012; ID., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, Relazione al Convegno "Le Autorità Amministrative Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi a Roma, Palazzo Spada, il 28 febbraio 2013, pubblicato in *www.astrid-online.it*; R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, Relazione al convegno "Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 27 settembre del 2012, in *www.giustamm.it*, n. 10/2012. In giurisprudenza, tale posizione è stata accolta sin da TAR Lazio, Sez. III-*bis*, (non definitiva) 15 marzo 2013, n. 2720; TAR Lazio, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; nonché, sia pure in termini più impliciti, già in Corte costituzionale, sentenza n. 20 del 2013 (in argomento sia concesso il rinvio a M. CAPPALÀ, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in *Il Foro amministrativo (T.A.R.)*, n. 5/2013, 1607 e ss.; ID., *Legittimazione a ricorrere dell'AGCM*, in *lamministrativista.it*, agg. 2018). Si veda inoltre, con riferimento all'interesse pubblico "proprio" curato dal Garante della privacy nei propri procedimenti, Corte di cassazione, Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, su cui M. DE BENEDETTO, *Intorno alla pretesa terzietà delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2002, 1183 ss..

⁹⁷ Cfr. § 8 in diritto, in cui anche il richiamo a Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97. Si tratta di una conclusione che potrebbe forse apparire eccessivamente drastica, non avendo il pregio di distinguere tra i (variegati) poteri di cui l'Autorità dispone (l'ordinanza di rimessione è del resto scaturita da un procedimento per intesa restrittiva della concorrenza, sicché entro tali limiti la Corte avrebbe forse dovuto pronunciarsi, anche per ragioni di rilevanza). Non può tuttavia escludersi che la Consulta abbia operato un giudizio più ampio, valutando le attribu-

In altri termini – ci dice la Corte – il Giudice amministrativo dovrà attenuare la propria deferenza verso provvedimenti che “neutrali” non sono e sindacarli attraverso le lenti della discrezionalità amministrativa (certamente, il più delle volte, tecnica)⁹⁸.

zioni dell’Autorità nel loro complesso e soppesando i poteri astrattamente detenuti piuttosto che quelli concretamente esercitati nel procedimento *a quo*. Seguendo questa linea argomentativa, potrebbe in effetti concludersi che se, di regola, l’accertamento di un’intesa restrittiva si svolge secondo modalità quasi-giudiziali, il procedimento può alle volte conoscere delle fasi connotate da ponderazione di interessi e da discrezionalità, come tipicamente accade nelle decisioni con impegni o nel potere di dispensa di cui all’art. 4 della legge n. 287/1990. E la sola titolarità, in astratto, di un potere discrezionale potrebbe valere a qualificare l’attività provvedimentoale come discrezionale in senso lato.

⁹⁸ La dottrina si era già lungamente interrogata sulla configurazione di una discrezionalità in capo all’AGCM. Una prima posizione mediana è rinvenibile in P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001, 369 ss., in cui si descriveva la funzione antitrust come attività amministrativa “secondaria” di autotutela “esecutiva” in senso ampio, che lascerebbe in capo all’Autorità un “margine di valutazione che tuttavia non attiene alla determinazione «normativa» (discrezionale in senso stretto) dell’assetto di interessi, ma alla «regolazione della riduzione in pristino»”. Una seconda posizione mediana è riscontrabile in F. CARDARELLI, *Commento agli artt. 145-151*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna 2004, 634, il quale riconosceva negli atti delle autorità indipendenti l’esistenza di una “discrezionalità (non amministrativa in senso pieno)”, precisando che si tratterebbe non già di esercizio “di discrezionalità amministrativa, né merito amministrativo, ma esercizio di discrezionalità legata alle opzioni interpretative riguardanti le norme di legge e la loro interpretazione, ed una discrezionalità tecnica «legata alla necessità di integrare il parametro normativo con la tecnica dei concetti giuridici indeterminati»”. Cogliendo un punto essenziale, F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Il diritto dell’economia*, n. 1/2010, 23 ss., già sottolineava la piena discrezionalità amministrativa del Collegio riscontrabile nella fase di avvio dell’istruttoria ex art. 6, comma 1 d.P.R. n. 217/1998, implicante una valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco. Una conferma di questa intuizione si rinviene nelle parole del Pres. uscente Pitruzzella, ove si sottolinea come gli obiettivi di *fairness* e riduzione delle disuguaglianze che l’Antitrust mira a realizzare non si raggiunga tanto in corso di procedimento con l’utilizzo (forzato e distorto) della “cassetta degli attrezzi” di cui è dotata l’Autorità, quanto piuttosto nella fase embrionale di genesi dell’istruttoria, con l’accorta scelta dei campi economici in cui, anche in un contesto di risorse scarse, programmare gli interventi (cfr. Relazione annuale AGCM 2017, Presentazione del Presidente Giovanni Pitruzzella, 5, evidenza aggiunta: “Certamente le politiche di contrasto alle disuguaglianze riguardano settori e attori politico-istituzionali diversi dalle Autorità della concorrenza. Tuttavia, anche un efficace *enforcement* antitrust ha un ruolo da giocare. Infatti, l’attuazione del diritto della concorrenza riduce le rendite di posizione, che equivalgono a un’appropriazione di risorse da parte di chi ha un elevato potere di mercato, togliendole agli altri. Quando *il market power* è incontrastato, si realizza un incremento del *surplus* del produttore che aumenta la ricchezza degli azionisti e dei *top manager*, cioè di coloro che si trovano nella parte alta della distribuzione

Può essere utile, a questo punto, soffermarsi brevemente su come la Corte di Strasburgo abbia fatto coesistere discrezionalità tecnica e diritto a un equo processo.

In linea di principio, la Corte europea ritiene che il diritto a un equo processo porti con sé l'obbligo per il giudice nazionale di esaminare indipendentemente questioni di fatto o di diritto decisive ai fini della controversia⁹⁹.

Con il limite, tuttavia, della non ingerenza del Giudice in decisioni assunte dalla p.A. su basi di opportunità¹⁰⁰.

Attenta dottrina ha rilevato che a tal fine la Corte europea richiede “una chiara attinenza al principio democratico, ossia per la «politicità». Si deve cioè trattare di scelte non solo specialistiche, ma altresì discrezionali pianificatorie-politiche, di *policy* (si parla di esercizio della «discrezionalità amministrativa in conformità a più ampi obiettivi politici»). In altri termini, decisioni più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse”¹⁰¹.

A seconda delle posizioni, si è ritenuto che la giurisprudenza di Strasburgo sul limite alla sindacabilità delle decisioni espressive di discre-

dei redditi. Per questa ragione un filone di pensiero autorevole – da Stiglitz a Piketty, da Fox a Baker e Salop – proprio negli anni della crisi ha auspicato il rinvigorimento dell'intervento antitrust come mezzo efficace per contrastare le disuguaglianze. Queste finalità hanno inciso [...] sulla scelta delle priorità e sulle *policies* concretamente seguite negli ultimi sette anni”). Il punto è opportunamente evidenziato anche in F. APERIO BELLA, *Ceci n'est pas cit.*, 299, ove si sottolinea che nei provvedimenti delle Autorità indipendenti difetta “quell'«obbligo di attivarsi» tipicamente previsto per la repressione criminale all'art. 112 Cost. ed [è] prevista, invece, la decadenza dal potere di intervento” (nel caso dell'Antitrust la giurisprudenza amministrativa è indirizzata nel senso di ammettere, pur con qualche incertezza, un'applicazione temperata e adattata dell'art. 14 legge n. 689/1981: per una rassegna in proposito, cfr. C.B. CALINI, *Procedure antitrust in Italia*, Milano 2018, 48 e ss.).

⁹⁹ Cfr. ad es., in materia “civile”, Corte EDU, *Terra Woningen B.V.*, 17 dicembre 1996, §§ 46 e 50-55, la quale ha riscontrato una violazione dell'articolo 6 § 1 CEDU perché il giudice interno non aveva rivalutato autonomamente la correttezza della decisione dell'amministrazione di considerare un terreno bisognoso di una bonifica sanitaria. Al di là delle formule più o meno enfatiche rinvenibili nei commenti, la decisione sembra tuttavia avere a che fare con il “pieno accesso al fatto”, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza interna, anche in materia antitrust.

¹⁰⁰ Corte EDU, Camera, 21 settembre 1993, ric. n. 12235/86, *Zumtobel c. Austria*, § 32: “*Regard being had to the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency*”.

¹⁰¹ Questa la puntuale ricostruzione fornita da F. GOISIS, *La full jurisdiction cit.*.

zionalità amministrativa “democratica” debba applicarsi solamente alla *matière civile*¹⁰² o anche alla *matière pénale*¹⁰³.

Ora, a modesto giudizio di chi scrive la questione potrebbe essere di poco momento se si considera che, per definizione, le decisioni dell’Autorità Antitrust sono sprovviste di una vera e propria copertura democratica.

Invero, secondo la ricostruzione di Mario Nigro, la nostra Costituzione contemplerebbe un triplice schema di pubblica Amministrazione: “come apparato servente il governo” *ex art. 95 Cost.*; “come apparato a sé” o “autocefala” *ex artt. 97 e 98 Cost.* e come “autonomistica” o “comunitaria” *ex art. 5 Cost.*)¹⁰⁴; laddove le *authorities* sarebbero suscettibili di ricadere nella seconda categoria.

Su queste basi concettuali si è a più voci sostenuto che, pur in difetto di una copertura costituzionale espressa, l’istituzione di autorità indipendenti potesse essere tollerata nella misura in cui il *deficit* di legittimazione democratica riscontrabile nella loro attività, non soggetta ad alcun controllo dell’Esecutivo (indiretta espressione di sovranità popolare), fosse recuperato attraverso rimedi *ex ante* ed *ex post*.

Rientrano nella prima categoria le cc.dd. garanzie procedurali, che nei procedimenti regolatori si concreterebbero nella partecipazione degli *stakeholder* al procedimento di formazione delle delibere a carattere normativo¹⁰⁵, mentre nei procedimenti a carattere giustiziale (o paragiuri-

¹⁰² Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction* cit.. L’A. corrobora la propria tesi con il rilievo che la materia “penale” costituisce, secondo le tradizioni costituzionali degli Stati aderenti alla Convenzione, un’area storicamente affidata all’autorità giudiziaria. Nulla di strano, allora, a prevedere un sindacato giurisdizionale pieno allorquando “la prima parola” spetti alla p.A..

¹⁰³ In questo secondo senso F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 156.

¹⁰⁴ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1985, 163-164.

¹⁰⁵ Alcune riserve sulla rilevanza “giuridica” (oltre che “sociologica”) della partecipazione procedimentale degli interessati nel corso delle consultazioni pubbliche indette dalle Autorità di regolazione sono espresse in A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 14 febbraio 2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3-4: “la partecipazione al procedimento, da parte sua, non è un fattore di legittimazione, se si usa il termine ‘legittimazione’ in senso giuridico, come dovrebbe valere nel contesto della giurisprudenza in esame; la legittimazione procedimentale elaborata da Lühmann è tutt’altra cosa, e attiene alla legittimazione in senso sociologico, ossia nel senso di riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di

risdizionale o, ancora, di *adjudication*) si manifesterebbe nella garanzia (rinforzata)¹⁰⁶ del contraddittorio con il soggetto interessato.

In questo senso, si è parlato di dequotazione del principio di legalità sostanziale a beneficio di una crescente importanza assegnata al paradigma della legalità procedurale¹⁰⁷.

Rientra invece nel novero delle garanzie *ex post* il controllo giurisdizionale sugli atti adottati dalle autorità indipendenti, affidato, a seconda dei casi, alla giurisdizione del giudice amministrativo¹⁰⁸ o del giudice ordinario¹⁰⁹.

Soprattutto per le Autorità di vigilanza, sarebbe proprio questo ultimo aspetto a consentire una re-immissione postuma dell'agire amministrativo entro i circuiti di democraticità, atteso che “*la giustizia è amministrata in nome del popolo*” (art. 101, comma 1 Cost.), che “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*” (art. 101, comma 2 Cost.) e che “*la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*” (art. 70 Cost.).

Ragione ulteriore per non dubitare sull'opportunità (e necessità) di riconoscere un intenso sindacato sui provvedimenti antitrust, soprattutto quando espressivi di discrezionalità amministrativa (non democratica).

altri soggetti”. La tesi della rilevanza del contraddittorio procedimentale quale peculiare declinazione del principio di legalità (appunto, procedurale) è stata invece accolta in giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2206; Corte costituzionale, sentenza n. 69 del 2017), come evidenziato in M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 14-15 febbraio 2019, 11-13.

¹⁰⁶ Con riferimento ai procedimenti antitrust, ad esempio, è affermazione frequente che il d.P.R. n. 217/1998 assicuri un contraddittorio rinforzato rispetto alla legge n. 241/1990: cfr. ad es. M. CLARICH, *Autorità indipendenti* cit., 111 (“Le regole procedurali previste dalla legge n. 287 e dal regolamento attuativo, da un lato, e dal d.lgs. n. 74/1992, recante “*Attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole*”, dall'altro, superano pertanto opportunamente la soglia delle garanzie minime fissate in via generale dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo”) e, più diffusamente, M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 2/2013, 358 e ss..

¹⁰⁷ Si veda ad es. L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust, l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, tomo I, Torino 2010, 361 e ss..

¹⁰⁸ AGCM, AGCom, ARERA, ART, ANAC.

¹⁰⁹ Banca d'Italia, Consob, Garante della privacy.

5.3. *Giurisdizione di legittimità e limite del potere sostitutivo*

Sgonfiata la portata dei caratteri di terzietà, tecnicismo e neutralità rinvenibili negli atti dell'AGCM in materia antitrust (tratti storicamente adottati per giustificare forme di sindacato giurisdizionale meno energetiche), è ora possibile affrontare quello che appare come il nocciolo dell'intera questione: occorre veramente mettere al bando, in questa materia, la giurisdizione di legittimità?

S'è infatti detto del cortocircuito che tale modello di sindacato può determinare nel campo antitrust: se si considera che la scelta tra più valutazioni tecniche opinabili tutte immuni da vizi di legittimità atterrebbe al merito amministrativo e se si considera che le fattispecie antitrust nascono dal connubio tra scienze giuridiche ed economiche, entrambe inesatte, allora il problema potrebbe apparire insolubile.

O meglio, lo si potrebbe risolvere, come sinora proposto (da ultimo anche dal Legislatore delegato), nel senso di favorire la tesi addotta dall'Autorità, in ossequio ai principi di separazione dei poteri e di buon andamento dell'azione amministrativa.

Da questo ultimo punto di vista – affermava la Cassazione nel 2014 – sovrascrivere in sede giudiziale delle decisioni assunte da parte di un soggetto munito di indipendenza, tecnicismo e neutralità quale l'AGCM sarebbe apparso irrazionale e distonico con le stesse ragioni per le quali essa è stata istituita.

Argomenti che però, s'è visto, soprattutto all'indomani dell'intervento della Consulta hanno perso di suggestività, così stimolando dei ragionamenti ulteriori sui fini e sui limiti della giurisdizione di legittimità.

La proposta di ammettere la caducazione del provvedimento sanzionatorio all'esito di un sindacato di "maggior attendibilità" (della tesi del ricorrente rispetto a quella dell'Autorità) sembrerebbe indicare la strada giusta.

Tuttavia, potrebbe non apparire ancora risolutiva, giacché: *i*) non spiega in modo esplicito in base a quale criterio dovrebbe ammettersi, a legislazione invariata, una scelta del giudice amministrativo tra diversi corsi di alternative, tutte astrattamente legittime; *ii*) onera comunque la parte sottoposta a un'"accusa penale" di fornire una ricostruzione "maggiormente attendibile" rispetto a quella di un soggetto estremamente qualificato come l'Antitrust.

Eppure, l'impressione è che per raggiungere un assetto soddisfacente da questa posizione dottrina il passo sia davvero breve.

Non pare il caso di stravolgere l'impianto del sindacato caducatorio

di legittimità¹¹⁰, oramai ben rodato nel processo amministrativo interno ed espressamente avallato anche dalle Corti superiori nazionali¹¹¹ ed europee¹¹².

Una possibile soluzione potrebbe forse venire dalla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2 CEDU¹¹³, pacificamente applicabile in materia antitrust¹¹⁴.

Tale principio – come noto – non è direttamente applicabile nell'ordinamento interno (di modo che non è consentita la disapplicazione di eventuali previsioni interne con questo confliggenti). Nondimeno, esso costituisce parametro interposto di costituzionalità¹¹⁵ e, come tale, impo-

¹¹⁰ Cfr. sul punto G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 45, in cui si osserva con chiarezza cristallina che “la sanzione naturale della illegittimità è l'annullamento dell'atto che ne è affetto: la sua rimozione dal mondo giuridico con effetto retroattivo, come se l'atto non fosse mai esistito. Si tratta di una sanzione molto più efficace del risarcimento del danno che lascia in vita l'atto che ha cagionato il danno ed è più in linea col principio di legalità: che esige, quando la sua violazione lede il privato (il suo diritto o il suo interesse legittimo), una misura radicale”.

¹¹¹ Corte di cassazione, Sezioni unite, 29 aprile 2005, n. 8882 cit.: “*La diversità della tutela garantita dal giudice amministrativo [...] non si traduce in una tutela meno effettiva, dal momento che a quel giudice è affidato il potere di annullare (con efficacie ex tunc) l'atto incidente sulla situazione giuridica del cittadino (cfr. l'art. 113, comma 3, Cost.), qualora esso risulti affetto de vizi di legittimità (tra cui l'eccesso di potere in tutte le sue forme), così realizzando un effetto ripristinatorio e/o conformativo della situazione medesima che soltanto l'esercizio di quel potere può consentire e che oggi è rafforzato dal potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto (art. 7, comma 3, lett. c, della legge n. 205 del 2000, ritenuto costituzionalmente legittimo dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004)*”.

¹¹² Corte EDU, Grande Camera, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, ricc. nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13, § 178: “*It can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6, in principle, to guarantee access to a court which can substitute its own assessment or opinion for that of the administrative authorities. In this regard, the Court has placed particular emphasis on the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency and which often involve specialised areas of law (see Sigma Radio Television Ltd, cited above, § 153, and the case-law cited therein)*”. Quanto all'Unione europea, è sufficiente rammentare che, ai sensi dell'art. 263, § 1 TFUE: “*La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti [...] della Commissione [...] destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi*”.

¹¹³ “*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*”.

¹¹⁴ Cfr. tra le molte Tribunale UE, Sez. II, 27 marzo 2014, cause T-56/09 e T-73/09, *Saint-Gobain Glass Francia SA e al. c. Commissione*, § 100.

¹¹⁵ Con le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha chiarito come le norme convenzionali – e, secondo la c.d. *living instrument doctrine*, l'interpre-

ne all'interprete di tenerne debitamente conto nella lettura di una norma interna suscettibile di ricadere nel relativo campo di applicazione.

In materia di tutela della concorrenza, questa regola potrebbe essere, oltre all'art. 7 d. lgs. n. 3/2017, l'art. 15, comma 1 legge n. 287/1990, nella parte in cui dispone che le istruttorie che accertano un'intesa restrittiva o un abuso di posizione dominante si concludono con una diffida a non ripetere il comportamento illecito (e, ove possibile, a rimuoverne gli effetti) e, nei casi più gravi, con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Seguendo in questo ragionamento, potrebbe sostenersi che tale previsione debba essere interpretata in modo costituzionalmente e convenzionalmente conforme, nel senso di proibire all'Autorità di accertare e sanzionare l'illecito in presenza di valide ragioni addotte dall'accusato a difesa dei propri comportamenti.

Ora, nella misura in cui simili prospettazioni difensive siano state tempestivamente e ritualmente dedotte in sede procedimentale e l'Autorità nel provvedimento finale abbia ommesso di prendervi specificamente posizione oppure vi abbia semplicemente preferito, a parità di pregio, la propria (diversa) ricostruzione, tale carenza potrebbe ridondare anzitutto in una semplice violazione di legge *ex art. 21-octies* legge n. 241/1990 (se, appunto, l'art. 15, comma 1 legge n. 287/1990 fosse letto in combinato disposto con l'art. 6, § 2 CEDU)¹¹⁶. La strada potrà apparire banale, ma alle volte anche tentare di “vedere le cose più semplici di quel che sono” può rivelarsi utile¹¹⁷.

Qui vengono, però, le ragioni del diritto antitrust.

In caso di indiscriminata affermazione di un simile paradigma erme-

tazione che di queste venga fornita dalla Corte di Strasburgo, quando sedimentata in indirizzi consolidati e sempre che superi la “*verifica di compatibilità con le norme della Costituzione*” (Corte costituzionale, sentenza n. 176 del 2017) – rilevano nell'ordinamento interno quali parametri interposti di costituzionalità in forza dell'art. 117, comma 1 Cost..

¹¹⁶ Non sono mancati in giurisprudenza esplicitazioni concrete di un simile *modus decidendi*. Si pensi a TAR Lazio, Sez. I, 24 aprile 2018, nn. 4466 e 4469: “*premesso che, sulla base della sentenza Menarini della Corte europea dei diritti dell'uomo, le sanzioni irrogate dall'AGCM dovrebbero essere qualificate come «quasi penali», con ogni conseguenza in ordine alla necessaria rigosità della prova e consequenziale applicazione di un principio di favor per il professionista ogni volta che l'ipotesi accusatoria presenti profili di dubbio, rileva la ricorrente come il provvedimento gravato non soddisfi gli standard probatori e motivazionali connessi alla natura del provvedimento. La prospettazione deve essere condivisa*”.

¹¹⁷ F. NIETZSCHE, *La gaia scienza e Idilli di Messina*, Milano (ed. digitale) 2015, aforisma n. 189: “È un pensatore: vale a dire è bravo a vedere le cose più semplici di quel che sono”.

neutico, l'altra faccia della medaglia, considerata la naturale opinabilità dei concetti indeterminati propri di questa disciplina (e delle relative applicazioni al caso concreto), potrebbe rischiare di essere una tendenziale immunità dell'impresa ben assistita.

Al di fuori di alcuni rari casi limite, tutte le istruttorie condotte dall'AGCM possono infatti prestarsi a diverse letture e, dunque, a diverse conclusioni.

E sarebbe troppo semplice per l'impresa in torto schermarsi dietro a un'applicazione eccessivamente generosa della presunzione di innocenza.

La paralisi del sistema repressivo ed il conseguente *under enforcement* determinerebbero, oltre al serio rischio di una procedura di infrazione contro l'Italia¹¹⁸, un pregiudizio forse ancor più serio per la collettività.

5.4. Verso un ragionevole punto di equilibrio

Un ragionevole punto di equilibrio tra garanzia della piena giurisdizione *ex art. 6 CEDU* ed effettività del diritto antitrust potrebbe ricercarsi in due (complementari) modi.

In primo luogo, ponendo la certezza delle regole¹¹⁹ al centro di una

¹¹⁸ In modo non dissimile da quanto avvenuto in materia di tutela del consumatore nei settori regolati: cfr la procedura di infrazione n. 2013/2169, avviata con lettera di messa in mora del 16 ottobre 2013 (EU Pilot 4261/12/JUST). Sul tema, sia consentito il rinvio a M. CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia?*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4/2017, 879 e ss..

¹¹⁹ Il tema è particolarmente sentito nelle impostazioni dottrinali più rigorose: cfr. M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, n. 3/2018 (e anche in www.giustizia-amministrativa.it) 51 e 63: "non si può invero non rappresentare che uno dei più seri fattori di rischio per l'economia di un Paese sia costituito dall'incertezza delle regole che presiedono al corretto esercizio dei poteri pubblici (amministrativi e giurisdizionali) con i quali gli operatori e gli investitori sono costretti a rapportarsi. [...] Il tema è della massima rilevanza, in quanto non vi è dubbio che, come ben sottolineato dalla stessa Corte di cassazione, «il principio per cui il giusto processo deve essere regolato dalla legge richiede e presuppone che il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenziali»", nonché F. FRANCIOSI, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *Diritto e Società*, n. 1/2018, 11 e ss. e M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018, 2: "La certezza (oltre a costituire un'esigenza propria della nostra condizione antropica) costituisce un valore connesso all'idea stessa di statualità e di comunità politica, perché altro non è che sicurezza riguardata nella prospettiva del diritto. Lo Stato moderno (come ben sapevano già Machiavelli, Botero, Bodin, Hobbes) nasce come erogatore di prestazioni di sicurezza, per mettere fine alla tragedia

branca ordinamentale di estrazione essenzialmente casistica e giurisprudenziale.

Su tali premesse di sistema, considerata la natura “quasi penale” dei procedimenti in oggetto, in materia *antitrust* la Corte di giustizia ha riconosciuto l’applicazione del principio dell’irretroattività del *revirement* giurisprudenziale *in malam partem* non ragionevolmente prevedibile al momento in cui l’infrazione è stata posta in essere¹²⁰.

Tale (condivisibile) orientamento, se per un verso onera l’*enforcer* a soddisfare uno *standard* motivazionale rinforzato in presenza di fattispecie illecite non consolidate nella prassi¹²¹, per altro verso dovrà necessa-

delle guerre civili e di religione, e quando quelle prestazioni si proiettano nel dominio del diritto hanno per contenuto – appunto – la certezza”.

¹²⁰ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, 28 giugno 2005, *Dansk Rorindustri A/S e al. c. Commissione*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, §§ 216-218, in cui si è discusso in merito alla rilevanza giuridica da assegnare alla Comunicazione della Commissione recante “*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell’articolo 65, paragrafo 5 del Trattato CECA*”, in GUCE 14 gennaio 1998: “*la nozione di «diritto» ai sensi del detto art. 7, n. 1 [CEDU], corrisponde a quella di «legge» utilizzata in altre disposizioni della CEDU ed include il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale. Tale disposizione, che sancisce in particolare il principio di previsione legale dei reati e delle pene (nullum crimen, nulla poena sine lege), benché non possa essere intesa come un divieto di graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale, può, secondo tale giurisprudenza, opporsi all’applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di un divieto di legge. Ai sensi della stessa giurisprudenza, ciò avviene, in particolare, nel caso si tratti di un’interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l’infrazione è stata commessa, alla luce, in particolare, dell’interpretazione vigente a quell’epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione*”. In termini analoghi cfr., sempre in materia antitrust, anche Corte di giustizia, Sez. II, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione*, C-3/06 P, §§ 88-89, nonché, con riferimento ad altra materia, Corte di giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e al.*, §§ 49-50.

¹²¹ Lo rileva correttamente C.B. CALINI, *Procedure antitrust* cit., 282, il cui precedente richiamato (alla nt. 139) non appare tuttavia perfettamente calzante. In quel caso (prov. Agcm n. 23605 del 14 dicembre 2011, A413 – *TNT Post-Poste Italiane*), infatti, il Giudice amministrativo aveva fatto salva la possibilità di configurare, in astratto, un abuso di posizione dominante in un mercato non dominato dall’impresa sanzionata, laddove fossero riscontrabili, come nella fattispecie lì conosciuta, “*una immediata contiguità e [...] forti legami tra [il mercato] dominato [...] e quello [...] non dominato [...] e la loro reciproca influenza*” (si tratta della dinamica classica, ben conosciuta dalla prassi, degli abusi per estensione). Nondimeno, lo stesso Giudice amministrativo aveva in quel caso obiettato che, in concreto, le evidenze istruttorie addotte dall’Antitrust fossero state efficacemente smentite da Poste Italiane S.p.A., aggiungendo che, in un contesto di mercato dominato dalla segnalante (Tnt Post Italia S.p.A.), “*era comunque inevitabile venire in conflitto [con Poste italiane, come detto non dominante in quel mercato], senza che ciò [fosse], di per sé, illecito*” (TAR Lazio, Sez. I, 25 giugno 2012, n. 5769).

riamente valere, in presenza di prassi amministrative e giurisprudenziali consolidate, anche nell'accezione più favorevole per l'Autorità della concorrenza, come invero pacificamente ammesso.

Con il risultato che interpretazioni di concetti giuridici indeterminati oramai consolidate (si pensi, ad esempio, al *test* economico ordinariamente effettuato nell'UE per misurare un prezzo predatorio o alla tecnica di accertamento normalmente utilizzata per individuare un prezzo eccessivo, così come ai presupposti giuridico-fattuali che giustificano il ricorso alla *essential facility doctrine*) dovrebbero considerarsi di regola "attendibili", spettando semmai alla parte privata di dimostrare che sussista una lettura alternativa "maggiormente attendibile" della regola della concorrenza in questione.

Non dovrebbe pertanto creare allarme una recente sentenza resa dal TAR Lazio su un provvedimento con cui l'Autorità ha accertato un abuso di posizione dominante per prezzi eccessivi¹²². Come noto, essa costituisce una delle fattispecie anticoncorrenziali più controverse sul piano economico, stante l'oggettiva difficoltà di individuare il prezzo "equo" di riferimento e l'altrettanto problematica necessità di stabilire la forbice differenziale al di sopra della quale il prezzo è "iniquo" e, dunque, "eccessivo"¹²³.

Dato conto della "difficoltà di individuare, in concreto, l[*a*] fattispecie abusiv[a] di [prezzi eccessivi]", atteso che "il concetto di iniquità dei

¹²² TAR Lazio, Sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945 (sul provvedimento n. 26185 del 29 settembre 2016, caso A480 – *Aspen/Incremento prezzi farmaci*). A tale controversia – occorre precisare – non si è applicato, *ratione temporis*, l'art. 7 d. lgs. n. 3/2017, che tuttavia sembrerebbe aver in parte influenzato, almeno nel linguaggio utilizzato in alcuni passaggi, il Giudice amministrativo.

¹²³ Di modo che la dimostrazione di un abuso di posizione dominante per prezzi eccessivi (artt. 102, lett. *a* TFUE e 3, comma 1, lett. *a* legge n. 287/1990) è stata storicamente considerata una "*daunting, if not, impossible task*" (D.S. EVANS, A.J. PADILLA, *Excessive prices: using economics to define administrable legal rules*, in *Journal of Competition Law and Economic*, n. 1/2005, 97 e ss.). La dimostrazione dell'illecito postula infatti due passaggi logici (Corte di giustizia, 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione. Banana Chiquita*, §§ 250-252): *i*) in primo luogo, occorre evidenziare il delta tra costi sostenuti nella produzione e prezzi applicati; *ii*) in secondo luogo, occorre dimostrare che quel delta risulti "*unfair*" di per sé o in comparazione con altri prezzi precedentemente applicati dalla società o dai propri concorrenti. Come correttamente sottolineato, in questo secondo passaggio l'autorità della concorrenza "will examine context specific factors as well as supply and demand-side elements which influence the judgement on fairness" (E.M. LANZA, P.R. SFASCIOTTI, *Excessive price abuses: the Italian Aspen Case*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 9(6)/2018, 382).

prezzi è un concetto giuridico indeterminato e, avuto presente come il carattere iniquo dei prezzi, in assenza di precisi parametri normativi, non [può] semplicemente farsi coincidere con quello dei prezzi che sono superiori al costo marginale, essendo evidente che solo prezzi esorbitanti [richiedano] un intervento a fini di tutela della concorrenza” – il Giudice di prime cure ha concluso che “tale definizione richiede, ordinariamente, un’operazione di contestualizzazione che implica margini di opinabilità, rispetto alla quale il giudice può compiere solo una verifica di attendibilità”¹²⁴.

Non preoccupa dunque il fatto che, di fronte a fattispecie così complesse, si possa favorire, almeno in prima battuta, l'impostazione consolidatasi nella prassi e nella giurisprudenza (in questo quel caso: europea). L'uniforme e ripetuta applicazione nel tempo di simili orientamenti concorre infatti a enucleare una regola (nella specie identificabile in una metodologia di valutazione economica di un fenomeno) che, opinabile o meno, è conoscibile a priori dalla collettività e onera dunque l'impresa, specie se in posizione dominante, di (conoscerla e) osservarla.

Diverso discorso dovrebbe invece farsi – oltre che per la ricostruzione del fatto – nella (distinta) fase di applicazione della norma contestualizzata al caso di specie.

Qui, a ben vedere, le ragioni della parte privata acquistano rilevanza massima, e non è dato definire affrettatamente la controversia, “valorizza[ndo] qualsiasi «precedente», giustificando, attraverso il richiamo a decisioni previamente assunte da giudici di pari livello, la deroga all’obbligo di dare alle parti — e alla collettività — una chiara e convincente motivazione delle ragioni che hanno portato a una determinata soluzione della controversia”¹²⁵.

Il Giudice amministrativo dovrà dunque esaminare scrupolosamente tutte le doglianze di fatto e di diritto allegate dalla parte, onde verificare se l'ipotesi accusatoria non sia in qualche modo smentita dalla difesa¹²⁶.

¹²⁴ Il TAR richiama, sul punto, Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925.

¹²⁵ Così M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo* cit., 72.

¹²⁶ In questo senso, TAR Lazio, Sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945 cit. sembra invece compiere un passo indietro, almeno dal punto di vista della massima enunciata, laddove – dopo aver scrutinato l'applicazione della norma contestualizzata al caso concreto (la ricorrente aveva infatti censurato l'individuazione delle voci rilevanti per la costruzione del c.d. test *cost plus*, e segnatamente la scelta dell'Autorità di basarsi sul bilancio consolidato della capogruppo e l'omissione di alcune voci di costo, pur presenti nel bilancio, quali *other operating income*, *investment income* e *financing cost*) – ha affermato che “è precluso al giudice amministrativo di intervenire direttamente sulle decisioni rimesse alla discrezionalità tecnica dell'Autorità, sostituendo alla valutazione opinabile

Si ricade in una “materia penale” e il canone di riferimento dovrebbe a rigore essere, diversamente da quanto avviene in altri campi del diritto amministrativo, quello dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” piuttosto che quello del “più probabile che non”¹²⁷.

Ma anche in questo caso, vale la circostanza che il *competition enforcer* deve scontrarsi con l’inesattezza della scienza che è chiamato ad applicare, con il risultato che l’affermazione generalizzata del paradigma processual-penalistico dell’oltre ogni ragionevole dubbio potrebbe finire per svuotare di effettività l’intero apparato sanzionatorio vigente in materia antitrust.

E questa difficoltà porge l’occasione per introdurre il secondo accorgimento che l’interprete potrebbe adottare per affrontare correttamente il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti antitrust.

Invero, l’impressione è che a una miglior sintesi tra efficacia della politica della concorrenza e garanzia del giusto processo potrebbe ad-

da questa effettuata, e ritenuta attendibile, un’altra valutazione, altrettanto opinabile, proposta dalle parti, salvo che tali decisioni siano palesemente errate o frutto di travisamenti e vizi logici” (§7.2.3.2). A dispetto della formula infelice utilizzata (significativo l’impiego dell’avverbio “palesemente”), va tuttavia detto che in questo caso il Giudice amministrativo non si è sottratto, in concreto, a un’analitica valutazione sulla congruità tecnica della metodologia adottata dall’AGCM nella costruzione del c.d. *cost plus* (v. ad es. §7.3.2.2). Le ragioni della statuizione (si ripete: non felice) potrebbero allora forse rinvenirsi nel fatto che il gravame apparisse, almeno agli occhi del TAR, più “propositivo” (di criteri alternativi) che “demolitorio” (del criterio adottato dall’Antitrust). Inoltre, ha probabilmente influito nella valutazione del Giudice la circostanza che, per completezza istruttoria, l’Autorità ha dimostrato l’eccessività del prezzo praticato attraverso due distinte metodologie (una sola, appunto, del c.d. *cost plus*), entrambe le quali hanno condotto al medesimo risultato.

¹²⁷ Una interessante riflessione sulla rilevanza di queste formule in campi del diritto amministrativo diversi dal diritto antitrust è offerta in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell’interesse pubblico*, in *Il diritto dell’economia*, n. 3/2018, 1121 e ss. Ivi si osserva che “il canone del «oltre ogni ragionevole dubbio» non può significare certezza deduttiva derivante dalla falsificazione di ogni ulteriore e ipotetica alternativa, operazione non solo defatigante in un processo (come pure, sul piano sostanziale, nel procedimento amministrativo, in cui l’azione dell’ente procedente risulterebbe oltremodo aggravata e dunque in contrasto con il disposto ex art. 1, comma 2, l. 241/1990), ma addirittura pressoché impossibile da portare a termine, imponendo una sorta di regressione all’infinito. Ed è forse per ovviare a queste difficoltà che l’ordinamento utilizza uno stratagemma proprio là dove sembra evocare la certezza deduttiva: con una sorta di «sostituzione» o di «presunzione assoluta», cioè, esso evoca il carattere compiutamente vincolato dell’azione, così limitando lo scrutinio giurisdizionale” (1161).

divenirsi soprattutto attraverso un'accorta distribuzione dell'onere della prova.

Meritevole di apprezzamento appare, in questo senso, la giurisprudenza formatasi in materia di pratiche concordate *ex artt.* 2 legge n. 287/1990 e 101 TFUE¹²⁸.

Per questa sotto-specie collusiva, infatti, si richiede che “*l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale [sia] normalmente dedotta da un elevato numero di indizi e riscontri, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, solo se manchi una spiegazione alternativa lecita della condotta delle imprese coinvolte, la prova di una violazione delle regole di concorrenza*”¹²⁹.

In questo contesto, la giurisprudenza suole distinguere, ai fini della prova in ordine alla “spiegazione alternativa lecita”, tra “prova esogena” e “prova endogena”.

Secondo un costante insegnamento, “*in materia probatoria va [...] considerata la distinzione tra elementi di prova endogeni, afferenti l'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi esogeni, quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. [...] La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori – endogeni e, rispettivamente, esogeni – si riflette sul soggetto sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa*”¹³⁰.

Da ciò si può concludere che se, di regola, spetta all'Autorità dimostrare che l'ipotesi accusatoria sia “maggiormente attendibile” rispetto alla ricostruzione difensiva della parte, l'inversione dell'onere “argomentativo” potrebbe legittimamente scattare in presenza di elementi fattuali (quale ad esempio l'esistenza di contatti qualificati) in grado di radicare un *fumus* di anticoncorrenzialità del contegno.

In materia di abusi di posizione dominante si potrebbe similmente

¹²⁸ Come noto, gli elementi sintomatici della pratica concordata sono: *i*) il parallelismo di comportamenti; *ii*) natura concertativa del parallelismo, favorita da un contatto qualificato intervenuto tra le parti; nonché *iii*) l'inesistenza di spiegazioni alternative plausibili rispetto al disegno collusivo ipotizzato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123 cit.).

¹²⁹ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 318, ove anche il richiamo a Corte di giustizia, sentenze 17 settembre 2015, *Total Marketing Services c. Commissione*, C-634/13 e 10 luglio 2010, *Knauf Gips c. Commissione*, C-407/08.

¹³⁰ *Ex multis*, v. TAR Lazio, Sez. I, 12 giugno 2018, n. 6525.

ritenere che, in presenza di comportamenti astrattamente rilevanti secondo la normativa (contestualizzata) antitrust, come ad esempio un aumento dei prezzi significativamente al di sopra del “prezzo equo”, cui faccia seguito, sul piano degli effetti (anche potenziali), un apprezzabile danno alla struttura concorrenziale del mercato, spetti all’impresa dominante fornire ragioni giustificatrici maggiormente attendibili rispetto all’esistenza dell’infrazione che le viene contestata¹³¹.

In difetto di simili elementi sintomatici, però, il sindacato giurisdizionale (almeno nella fase di applicazione della norma contestualizzata al caso di specie) dovrà necessariamente accogliere il gravame in presenza di ragioni giustificatrici (non per forza “maggiormente attendibili” ma anche semplicemente) “attendibili” tempestivamente dedotte in sede procedimentale e non adeguatamente esplorate o confutate da parte dell’AGCM.

Tanto, si è tentato di argomentare, alla luce di un ordinario sindacato di legittimità che interpreta l’art. 15, comma 1 legge n. 287/1990 sulla scorta della presunzione di innocenza di cui all’art. 6, § 2 CEDU e che ne sancisce la violazione in caso di inadeguata o mancata considerazione delle difese (in fatto e in diritto) della parte.

6. Conclusioni

In queste pagine si è affrontata la problematica del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti antitrust cercando di rappresentarla sì come tradizionalmente impostata, salvo poi tentare di dimostrare che a essere venuta meno è, almeno in parte, la solidità delle convinzioni che quel dibattito avevano condizionato.

Dato atto di come la Corte costituzionale abbia recentemente avuto modo di stemperare (forse con tinte fin troppo nette) ancestrali dogmi come terzietà, tecnicismo e neutralità dell’Autorità garante, e chiarito come possa sussistere, in materia “penale”, un sottile ambito di coesistenza tra giurisdizione di legittimità e sindacato pieno sulle valutazioni

¹³¹ Prova che non sarebbe stata fornita – secondo il Giudice amministrativo – nel più volte citato caso *Aspen*, posto che “AGCM ha riscontrato l’assoluta assenza di giustificazioni economiche alla base dell’incremento dei prezzi, essendosi parte ricorrente limitata a censurare le conclusioni cui è giunta l’Autorità senza allegare valide ragioni, in ipotesi idonee a motivare un aumento del prezzo di vendita dei farmaci in esame” (TAR Lazio, Sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945 cit., § 7.4.2).

tecniche opinabili, si è dunque proposta una lettura convenzionalmente orientata (dell'art. 7, comma 1, II periodo d. lgs. n. 3/2017 e) dell'art. 15, comma 1 legge n. 287/1990.

In particolare, la proposta è quella di valorizzare la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2 CEDU quale parametro di costituzionalità interposto in grado di conformare l'art. 15, comma 1 legge n. 287/1990, titolando dunque il Giudice amministrativo ad accogliere la censura di violazione o falsa applicazione di legge in tutti quei casi in cui l'Autorità, specie con riferimento all'attività di applicazione della norma contestualizzata al caso concreto, non abbia adeguatamente esaminato, nel provvedimento finale, le difese "attendibili" (in difetto di prove o elementi indiziari gravi, precisi e concordanti in grado di confortare l'esistenza dell'illecito) o "maggiormente attendibili" (in presenza di un simile corredo probatorio) che pure erano state tempestivamente e ritualmente dedotte dalla parte interessata in sede procedimentale.

La soluzione sembrerebbe per il vero imposta dall'accresciuta afflittività della sanzione antitrust, i cui connotati, oggi più di prima, richiedono di volgere lo sguardo alle garanzie penalistiche, in nome di uno statuto unitario della sanzione (comunque) afflittiva¹³² non più dubitabile, viepiù se si considera la natura di illecito di pericolo riconosciuto ad alcune fattispecie anticoncorrenziali¹³³ e la rilevanza del comportamento

¹³² Statuto unitario già anticipato, sulla base di una lettura orientata della Costituzione e ben prima che si affermasse con questa forza la giurisprudenza della Corte EDU, in M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli 1983.

¹³³ Si pensi, tipicamente, alle cc.dd. intese per oggetto o *hard core* (artt. 101, § 1 TFUE e 2, comma 2 legge n. 287/1990: "... *che abbiano per oggetto...*") e agli abusi di posizione dominante (art. 102, § 1 TFUE: "... *nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri...*"; Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673; Corte di giustizia, Sez. I, 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione*, § 106). La precisazione appare rilevante in quanto nel diritto penale si è osservato che i reati di pericolo sono suscettibili di porre in crisi il sistema (tanto che si è dubitato della loro compatibilità costituzionale), poiché (in apparenza) contrari al principio costituzionale di offensività. Per questa ragione simili fattispecie criminose si ritengono ammissibili solo per la tutela di beni di elevato rango e, anche per quanto concerne i reati di pericolo "astratto" o "presunto", la giurisprudenza tende comunque a vagliare se in concreto si siano verificate (se non il pericolo) quantomeno le condizioni di esposizione a pericolo, intesa come potenzialità di nocimento (cfr., per approfondimenti, Corte di cassazione, Sez. IV pen., n. 12631 del 19 marzo 2018). Motivo per cui devono per analogia guardarsi con sospetto prassi amministrative talvolta eccessivamente disinvolute nel sanzionare illeciti di pericolo in difetto di una chiara base legale e in assenza di un pur minimo sforzo di accertamento in ordine ai margini, in concreto, del pericolo riscontrato (cfr. ad es. la delibera ART n. 78/2018, recante "*Conclusione del*

già sul piano dell'antigiuridicità oggettiva¹³⁴ (fatto salvo l'accertamento della colpevolezza – presunta *ex art. 3 legge n. 689/1981* – per i profili sanzionatori).

Tanto, senza snaturare l'impianto di un modello di sindacato di legittimità oramai rodato nel processo amministrativo nazionale e senza andare a minare alla effettività del diritto antitrust.

Un sindacato di questo genere – si ritiene – per un verso non frustrerebbe la piena esplicazione della concorrenza e, per altro verso, potrebbe contribuire a saldare ancor più armonicamente nell'ordinamento le decisioni assunte da un'Autorità che negli anni ha dimostrato di saper svolgere, con serietà e dedizione, una missione assai delicata e non più prescindibile per il bene collettivo.

procedimento avviato con delibera n. 126/2017 nei confronti di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.” e il piuttosto flebile sindacato che sulla stessa è stato esercitato in TAR Piemonte, Sez. II, 11 marzo 2019, n. 264). La tutela dell'interesse pubblico diviene come noto ancora più anticipatoria nella (diversa) materia delle misure di prevenzione personali, su cui recentemente Corte costituzionale, sentenze nn. 24 e 25 del 2019. Ivi si chiarisce che in tal caso, nonostante il carattere afflittivo della conseguenza che da queste misure si trae, non si ricade nell'ambito applicativo di cui alla “materia penale” dell'art. 6 CEDU. E infatti, “*imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato*”. Viene al riguardo citata Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09, § 143, in cui si è ricondotta la fattispecie in parola alle misure limitative della libertà di circolazione *ex art. 2 Prot. n. 4 CEDU*, tollerabili dall'ordinamento solo in presenza di idonea base legale, finalità legittima e “*necessità in una società democratica*” della limitazione in rapporto agli obiettivi perseguiti (così, in particolare, n. 24 del 2019 cit.).

¹³⁴ In materia di abuso di posizione dominante, M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano 2014, 303, ricorda che “al di là della suggestione che potrebbe nascere dal senso comune della parola [abuso], essa non richiede uno stato soggettivo di colpevolezza dell'autore del comportamento così qualificato”.

RECENSIONI

Per una rifondazione del progetto di integrazione europea.

Recensione a *Economia e diritto dei mercati nello spazio europeo. Dall'età antica all'età globale*
a cura di A. Cantaro

Milano, 2018

Marco Ruotolo

1. Le varianti e le continuità nella storia dei mercati e del diritto dei mercati sono tracciate con precisione nel libro, consentendo al lettore di ritrovare già in epoca antica «embrionali prefigurazioni»¹ degli istituti della modernità, naturalmente cogliendo quella che appare come la più evidente cesura, legata alla generalizzazione dell'economia di mercato capitalista e all'elevazione del profitto a principio cardine del sistema (Cantaro scrive, al riguardo, di «vocazione del capitalismo globale all'accumulazione illimitata, al culto ripetitivo e coatto del denaro»²). Un'innovazione certo, ma, come scrive Cantaro, «innovazione di una tradizione»³.

Di particolare interesse, nella prima parte del libro, è la riflessione sulla relazione tra regole e sistema economico nell'età antica, oggi riproponibile, con tutte le «innovazioni» del caso, nello studio del rapporto tra Stato e mercato, specie in ordine alla necessità di una più precisa definizione dei doveri di correttezza e fedeltà degli obblighi

assunti riconducibile nell'età antica al concetto di *fides*. Come si legge nel contributo di Marina Frunzio, «il buono e l'equo dei giuristi romani aderiva apertamente all'utile dei mercanti e l'equità mercantile affermava la propria valenza in termini di clausola di sicurezza per una “libera e fiduciosa circolazione di beni”»⁴.

Altrettanto importante è la riflessione riguardante l'età intermedia, nella quale nasce il diritto commerciale in senso moderno. Come si legge nel contributo di Elisabetta Righini, la nascita e la diffusione della *lex mercatoria*, che scaturisce dalla prassi dell'attività mercantile, sono legate anzitutto al sorgere della borghesia artigiana e dei mercanti, che avverte il bisogno di una autoregolamentazione praticata soprattutto attraverso organismi corporativi⁵. Il mercato viene gradualmente teorizzato come luogo di libertà, caratterizzato dal gioco della domanda e dell'offerta, espresso nella formula fisiocratica del *laissez faire, laissez passer*. La questione, come noto, è

molto indagata oltre che per l'evoluzione storica anche dal punto di vista teorico-filosofico. Penso, tra le altre, alle riflessioni di Mengoni sul mercato come "ordine naturale": «l'ordine dell'economia deve essere il risultato di una *decisione* consapevole della comunità politico-economica» e «dipende da un giudizio sostanziale di conformità a un sistema di valori fatto proprio dalla Costituzione dello Stato»⁶.

2. Le discontinuità e persino le cesure che hanno attraversato le diverse epoche (età antica, età moderna, età globale) sono puntualmente ricostruite nel libro e non possono essere qui nemmeno riassunte. A poter formare oggetto di qualche riflessione sono piuttosto alcuni aspetti problematici di perdurante attualità, legati alla progressiva affermazione dell'imperativo dell'economia aperta e in libera concorrenza come fine e non come mezzo, che contribuisce a rendere la "concorrenza dei moderni" cosa assai diversa dalla "concorrenza degli antichi". Sono interrogativi che interessano da vicino il sistema dell'Unione europea e il processo di integrazione, alla ricerca – per riprendere le parole di Cantaro e di Losurdo – di un «rinnovato compromesso tra principio concorrenziale, come motore dell'innovazione tecnologica e di un'economia vitale, e le nostre insopprimibili radici democratico-sociali»⁷.

Da un lato abbiamo il delinearci della "concorrenza competitiva" come *veritas*, riposta sulla considerazione per cui alla massimazione del profitto delle imprese corrisponda la massimazione del benessere dei consumatori. È una *veritas* che legittima la *lex mercatoria*, il diritto creato direttamente dal ceto imprenditoriale, insieme di fatti normativi che sembrano in grado di scalare la piramide kelseniana delle fonti del diritto fino a giungere al suo vertice. Un diritto di matrice consuetudinaria, ossia prodotto da una fonte che Esposito qualificava come "senza grado"⁸, capace di imporsi a diversi livelli sul piano dell'effettività.

Ciò non significa, però, che non vi sia spazio per un recupero della dimensione pubblica, capace di salvaguardare la *rule of law* nel sistema globalizzato. D'altra parte, come rileva Gabriella Saputelli nel suo saggio, la stessa *lex mercatoria* è stata "veicolata" all'interno degli ordinamenti nazionali per il tramite di fonti internazionali ed europee, finendo per beneficiare del principio di prevalenza a esse pur diversamente riconosciuto⁹. Nella prospettiva dell'Autrice proprio l'Unione Europea, con la sua competenza esclusiva in materia di politica commerciale, potrebbe svolgere un ruolo determinante in un processo di rivalutazione della *public law dimension*, potendosi ricercare a tale livello l'equilibrio tra *rule of law* e

libero mercato un tempo garantito dagli Stati¹⁰.

Ma questa *public law dimension* di livello europeo dovrebbe farsi realmente carico delle «esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana», come recita l'art. 9 TFUE, che richiede di tenere conto delle predette esigenze «nella definizione e nell'attuazione» delle politiche e delle azioni dell'Unione europea. È una prospettiva, questa, che richiederebbe un'attenuazione di quella che è stata descritta quale «separazione funzionale» tra la costituzione della concorrenza come "affare" dell'Unione (Smith all'estero) e la costituzione sociale come "affare nazionale" (Keynes in patria)¹¹, se si condivide l'assunto per cui «la promessa di una società aperta e liberale» deve coniugarsi con «l'impegno altrettanto cogente di una società egualitaria e solidale»¹². Il che dovrebbe implicare, dal mio punto di vista, il perseguimento di un progetto ambizioso di *public law dimension*, che comprenda la disciplina di una spesa pubblica centralizzata sostenuta da una fiscalità europea, strumento fondamentale per promuovere garanzie sociali effettive¹³.

3. Al momento questa prospetti-

va appare piuttosto lontana. Il che impone di tenere conto della necessaria "doppia fiducia" di cui lo Stato deve godere. È la prospettiva tipica dell'ordoliberalismo europeo, in cui la concorrenza deve essere regolata in funzione dell'equità sociale, nella ricerca di un'armonia che consenta alla democrazia di non essere succube dei mercati¹⁴.

Sul punto credo sia utile riprendere alcune lucide osservazioni di Giovanni Pitruzzella, offerte in occasione del XXVIII Convegno dell'AIC e riferite alla contestuale necessità per il Governo di «assicurare lealtà civica, fiducia dei mercati, adempimento degli obblighi europei»¹⁵.

Punto di partenza è la considerazione per cui «i cittadini, attraverso i diritti di partecipazione politica, condizionano l'attività del Parlamento e del Governo in ordine ai contenuti delle politiche pubbliche»¹⁶. D'altra parte le risorse finanziarie necessarie al soddisfacimento dei fini e in particolare alla definizione del modo e dei livelli nei quali potranno essere soddisfatti i diritti sociali dipendono dalle risorse disponibili, messe a disposizione in misura rilevante dagli stessi cittadini attraverso il prelievo fiscale. E l'equo soddisfacimento delle aspettative dei cittadini quanto al godimento dei diritti finisce per condizionare la fiducia nei confronti della maggioranza di governo «nelle periodiche elezioni», che in tale pro-

spettiva ricreano «costantemente la lealtà civica»¹⁷. Qui torna senz'altro utile l'insegnamento di Leopoldo Elia: «Chi ha scelto i mezzi, ha scelto i fini: se i mezzi sono impropri gli obiettivi diventano inconsistenti»¹⁸!

Ma questo circuito interno – il piano della fiducia interna – non basta più per comprendere la complessità del fenomeno, come di nuovo sottolinea Pitruzzella. «*Quando lo Stato democratico diventa Stato "debitore"*», le risorse di cui ha bisogno – anche quelle necessarie per garantire i diritti – non sono più ottenute in modo prevalente dal prelievo fiscale, bensì fornite soprattutto dai creditori¹⁹. A venire in gioco è il “popolo dei mercati”, non circoscritto ai confini nazionali, che richiede l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie assunte dallo Stato. Qui siamo fuori dal piano di un rapporto di “lealtà civica” che si ricostruisce al momento del voto, essendo la fiducia nei confronti dello Stato assicurata soltanto dal «rimborso dei debiti» e da «politiche che rendano sempre prevedibile» il rimborso dei debiti²⁰. Altrimenti a essere pregiudicato sarà l'accesso al credito e, in assenza di risorse sufficienti ottenute attraverso il prelievo fiscale interno, la possibilità stessa del soddisfacimento dei diritti. Ecco perché, nell'analisi di Pitruzzella, lo Stato deve godere di una “doppia fiducia”²¹: «la lealtà dei suoi cittadini e la fiducia dei mercati finanziari». Se lo Stato non

è solvibile, se i conti pubblici non sono in ordine, si dovrà ricorrere – come ben sappiamo – a «politiche di consolidamento fiscale che implicano la limitazione delle aspettative dei cittadini»²².

Queste lucide riflessioni debbono essere considerate per comprendere la tensione, persino il conflitto, che può essere generato dal disallineamento tra i due “circuiti fiduciari”. E in questo punto che ci si divide tra chi vede nel mercato (e in particolare nella concorrenza) un'opportunità per la promozione e l'effettiva garanzia dei diritti e chi considera la logica propria del libero mercato ostativa alla concreta realizzazione della giustizia sociale. Tornando al centro del nostro tema, se forse oggi può dirsi che l'identità costituzionale europea è distante dal fondamentalismo del mercato, avendo visto la progressiva emersione di molteplici diritti (si pensi al diritto alla protezione dei dati personali, ai diritti dei consumatori, ai diritti dei lavoratori specie sul piano della sicurezza, della salute e del divieto di discriminazioni, oggetto di diverse direttive europee e di pronunce della Corte di Giustizia, sino alla “formalizzazione” dei diritti fondamentali nella Carta dei diritti dell'UE), non credo possa ancora negarsi che gli interventi pubblici correttivi delle distorsioni create dal libero mercato siano ridotti al minimo indispensabile, proprio perché il riconoscimento dei diritti sociali

non si accompagna nella dimensione europea a un chiaro impegno dei pubblici poteri all'adozione di interventi positivi rivolti a rimuovere le diseguaglianze. È questa, a me sembra, la principale contraddizione di sistema, che richiederebbe il perseguimento dell'ambizioso progetto di *public law dimension* prima appena accennato. Nella consapevolezza che sul mercato si soddisfano soltanto domande, mentre occorre saper rispondere anche ai bisogni delle persone.

Ciò di cui sono però persuaso è che, nell'età della globalizzazione, non solo le domande ma anche i bisogni difficilmente possano con-

tinuare a essere soddisfatti nelle "piccole patrie" alle quali i movimenti neopopulisti vorrebbero si tornasse. Sarebbe – come ha scritto Losurdo – una risposta illusoria e antistorica rispetto all'obiettivo di assicurare un'adeguata protezione sociale²³. Dico di più: sarebbe una risposta inadeguata alle sfide del futuro e persino pericolosa rispetto al prioritario obiettivo di assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni. Un obiettivo il cui perseguimento sino a oggi si deve in larga parte proprio al processo di integrazione europea, nonostante le contraddizioni che lo hanno attraversato.

NOTE

¹ Uso qui un'espressione cara a Carlo LAVAGNA, *Le costituzioni rigide (lezioni tenute nell'anno accademico 1963-64)*, Roma 1964, 221 ss., che in altro ambito (lo studio delle origini del controllo di costituzionalità) impiegava la formula «embrionali prefigurazioni», evitando in quel caso che i riferimenti alle esperienze antica e medievale contenuti nel suo studio potessero essere letti come superficiali tentativi di attualizzare le dottrine antiche e medievali o di ritrovare in esse le cosiddette "radici" di istituti giuridici contemporanei.

² A. CANTARO, *Veritas, Auctoritas, Lex nella disciplina europea della concorrenza*, in ID. (a cura di), *Economia e diritto dei mercati nello spazio europeo. Dall'età antica all'età globale*, Milano 2018, 254.

³ A. CANTARO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Economia e diritto dei mercati*, cit., X.

⁴ M. FRUNZIO, *Economia di scambio e diritto mercantile dei romani*, in A. CANTARO (a cura di), *Economia e diritto dei mercati*, cit., 13 s.

⁵ E. RIGHINI, *Mercato, libertà, virtù fra il Medioevo e l'età moderna*, in A. CANTARO (a cura di), *Economia e diritto dei mercati*, cit., 139 ss.

⁶ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna 1985, 156.

⁷ A. CANTARO, *Presentazione*, cit., XVI; F. LOSURDO, *L'Unione Europea e il declino dell'ordine neoliberale*, in A. CANTARO (a cura di), *Economia e diritto dei mercati*, cit., 337.

⁸ C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano 1961, 631, nt. 91.

⁹ G. SAPUTELLI, *L'UE, gli Stati membri e le fonti di regolazione dei mercati internazionali dopo la crisi mondiale*, in A. CANTARO (a cura di), *Economia e diritto dei mercati*, cit., 304.

¹⁰ G. SAPUTELLI, *L'UE, gli Stati membri e le fonti di regolazione*, cit., 309.

¹¹ F. LOSURDO, *L'Unione Europea e il declino dell'ordine neoliberale*, cit., 323. L'espressione risale a R. GILPIN, *Politica ed economia delle relazioni internazionali*, tr. it. di R. Cartocci, Bologna 1990, 473.

¹² F. LOSURDO, *L'Unione Europea e il declino dell'ordine neoliberale*, cit., 338.

¹³ Sul punto i riferimenti al dibattito dottrinale sarebbero davvero molti. Mi limito qui a richiamare le riflessioni di Luisa Turchia sulla contraddizione insita nell'avere una moneta unica ma politiche fiscali separate: *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2016, 1 ss.; v. anche M. CAREDDA, *Una responsabilizzazione sociale per l'Europa*, in *Diritto e Società*, n. 3/2015, 529 ss., spec. 545.

¹⁴ Cfr., da ultimo, G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, n. 6/2019, 20 marzo 2019, 1 ss.

¹⁵ G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di Governo*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, n. 4/2013, 1 ss. (anche in *Quad. Cost.*, n.1/2014, 29 ss.).

¹⁶ G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di Governo*, cit., 4.

¹⁷ G. PITRUZZELLA, *loc. ult. cit.*

¹⁸ L. ELIA, *Si può rinunciare allo "Stato sociale"?*, in R. ARTONI, E. BETTINELLI, *Povertà e Stato*, Roma 1987, 117 s.

¹⁹ G. PITRUZZELLA, *loc. ult. cit.*

²⁰ G. PITRUZZELLA, *loc. ult. cit.*

²¹ Si tratta di concetto elaborato da W. STREEK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Roma 2013, 100 ss., che Pitruzzella sviluppa con prospettiva diversa da quella del sociologo tedesco.

²² G. PITRUZZELLA, *loc. ult. cit.*

²³ F. LOSURDO, *L'Unione Europea e il declino dell'ordine neoliberale*, cit., 337.

ABSTRACT

Franco Modugno, *Interpretazione costituzionale*

Lo scritto, che riproduce la *Lectio magistralis* tenuta presso l'Università degli Studi di Camerino il 10.4.2019, riprende in parte, in forma sintetica e aggiornata, le riflessioni che l'A. ha svolto nel corso degli anni in tema di interpretazione costituzionale.

Nella prima parte, in cui si guarda alla Costituzione *in senso formale*, come testo scritto, si analizzano le implicazioni in punto di interpretazione della specificità del testo costituzionale e dei soggetti dell'esegesi costituzionale, a loro volta determinate dallo specifico compito (o insieme di compiti) assegnato alla costituzione in un ordinamento giuridico.

Nella seconda parte, guardando alla Costituzione come *documento*, nel suo *rapporto* con gli altri documenti normativi, si studiano le implicazioni sull'interpretazione della speciale condizionalità delle norme e principi costituzionali rispetto alle leggi, che genera la necessità, "diffusa", di applicare l'argomento sistematico della conformità in termini assolutamente specifici. A partire di qui, il saggio affronta le problematiche relative ai limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione, approfondendo l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che, di recente, ha affermato la necessità di affrontare tali questioni entrando nel merito e non già arrestandosi alla verifica della loro ammissibilità.

Constitutional Interpretation

The essay, which reproduces the *Lectio magistralis* held at the University of Camerino on 10.4.2019, partly reproduces the reflections that the A. has devoted over the years on the subject of constitutional interpretation.

In the first part, which looks at the Constitution in a *formal sense*, as a written text, the writing analyzes the implications in terms of interpretation of the specificity of the constitutional text and of the subjects of constitutional interpretation, determined by the specific task (or set of tasks) assigned to the constitution in a legal order.

In the second part, looking at the Constitution as a document, in its

relationship with the other normative documents, the work studies the implications on the interpretation of the special conditionality of constitutional norms and principles with respect to laws, which generates the “widespread” need to apply the argument of conformity in specific terms. Therefore, the essay deals with the issues related to the limits of interpretation in conformity with the Constitution, deepening the evolution of the constitutional case-law which, recently, affirmed the need to face these questions by entering into the merits and not by stopping at the procedural level.

Francesco Cerrone, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*

Il saggio intende offrire, in primo luogo, una storia dei percorsi formativi delle regole in materia di interpretazione, risalendo prima ai loro precedenti storici, nel contesto ancora dominato dal diritto comune; poi, alla loro formulazione nei codici dell’ottocento, ovvero alla decisione di non includerle nella legislazione codicistica. Le norme sulle norme in tema di interpretazione sono state successivamente, già nell’ottocento e poi nel secolo successivo e fino ai nostri giorni, oggetto di valutazioni contrastanti e la loro rilevanza, ai fini delle attività interpretative che caratterizzano l’esperienza giuridica, è stata contestata ma anche difesa. Il saggio si propone pertanto, ed in secondo luogo, di problematizzare questi sviluppi, seguendone lo svolgimento, per chiedersi se sia ancora necessaria ed altresì sufficiente una dotazione di norme sulle norme per rispondere agli interrogativi che l’interprete deve fronteggiare oggi, in uno scenario complesso fatto di principi costituzionali, integrazione sovranazionale, evoluzione dell’interpretazione adeguatrice. Da ultimo, e con particolare riferimento al contesto istituzionale, sociale e culturale italiano, inteso nella dinamica delle sue trasformazioni storiche, il saggio intende offrire una riflessione sull’attivismo giudiziale in ambito interpretativo, in particolare sulla c.d. competenza giudiziaria a creare diritto. L’angolo visuale di tale riflessione sarà ancora quello offerto dalle norme sulle norme, però nel loro rapporto con le norme di riconoscimento del diritto, intese come criteri di orientamento necessari per indirizzare gli apprezzamenti che connotano l’esperienza giuridica.

About a Fragment of History and Theory of the Sources of Law: the Rules on Interpretation

The essay starts by offering a history of the formative paths of the rules on interpretation, from their historical precedents, in the context still dominated by the ‘ius commune’ to the codes or the nineteenth century. Here, rules on interpretation were in some cases formulated, in others excluded. Subsequently, already in the nineteenth century and then in the following century and up to our days, the rules on interpretation have been subject to conflicting

assessments. Their relevance, for the purposes of the interpretative activities that characterize the juridical experience, has been disputed, denied by some as well as advocated by others. The essay therefore propose to problematize these developments, in order to question whether a set of rules on interpretation is still necessary (and sufficient) to answer the questions that the interpreter has to face today, in a complex scenario made up of constitutional principles, supranational integration, evolution of the adaptive interpretation. Finally, and with particular reference to the Italian institutional, social and cultural context, understood in the dynamics of its historical transformations, the essay reflects on judicial activism in the field of interpretation, in particular on the so-called judicial competence to create law. The prospective of this reflection is still that offered by the rules on interpretation, but in their relationship with the rules of recognition of the law, which, the essay argues, should be understood as criteria of orientation necessary to steer the evaluations that characterize the juridical experience.

Valeria Marcenò, *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé". Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*

Il lavoro traccia le principali tappe di sviluppo, nella giurisprudenza costituzionale, dell'interpretazione costituzionalmente conforme, a partire dalla prima sentenza in cui è stata formalizzata (n. 356 del 1996), fino a giungere al più recente orientamento, caratterizzato da un ridimensionamento dell'invito rivolto ai giudici di ricorrervi. In questo senso se un tempo i giudici erano invitati a fare da sé, oggi sono piuttosto invitati a sollevare questione di legittimità costituzionale.

When judges have to do (or had to do?) it by themselves. Constitutionally conforming interpretation, constitutionally oriented legislative interpretation, disapplication

The essay retraces the main stages of development, in constitutional jurisprudence, of the so called constitutionally conforming interpretation, starting from the first sentence in which it was formalized (No. 356 of 1996), up to the most recent orientation, characterized by a downsizing of the invitation to the judges to use it. In this sense, if once the judges were invited to do on their own, today they are rather sent to raise questions of constitutional legitimacy.

Federico Savastano, *L'opportunità di un modello comune per l'acquisizione della cittadinanza europea*

L'articolo si propone di fare il punto sull'istituto della cittadinanza europea, tentando di dimostrare la necessità della definizione di tratti comuni per la sua

acquisizione, mettendo a fuoco da una parte l'istituto in sé, dall'altra passando in rassegna i principi e le modalità di acquisizione in vigore nei ventotto Stati membri dell'Unione europea.

Gli scopi del lavoro consistono nell'individuare dei tratti comuni da cui prendere le mosse per descrivere una possibile armonizzazione e nel ragionare sulle distorsioni che la mancanza di un modello comune comporta sulla vista istituzionale, economica e sociale dell'Unione europea.

The Advisability of a Common Model for the Acquisition of the European Citizenship

The article aims to take stock of the institution of European citizenship, trying to demonstrate the necessity of defining common traits for its acquisition, focusing on the one hand the institution itself, on the other hand reviewing the principles and methods of acquisition in force in the twenty-eight Member States of the European Union.

The aims of the work consist in identifying common traits from which to start to describe a possible harmonization and in reasoning about the distortions that the lack of a common model entails in the institutional, economic and social view of the European Union.

Antonio Bellizzi di San Lorenzo, *Fenomenologia giuridica del bene alimentare*

Nella prospettiva dell'accesso al cibo, l'analisi cerca di ricostruire le caratteristiche strutturali e funzionali di acqua e cibo quali beni giuridici necessari per soddisfare i bisogni primari della persona nel quadro della scarsità delle risorse: ne deriva una gerarchia di valori vitali, in cui immediatamente dopo l'aria, vi sono acqua e cibo. Tali beni essenziali sono esaminati anche per la rilevanza giuridica degli aspetti religiosi, culturali e morali.

Legal Aspects of Food and Water

In the perspective of access to food, this paper aims to reconstruct the structural and functional characteristic of water and food, like things object of right indispensable for satisfying essential needs of person in the framework of the scarcity of resources: water and food results immediately after air in a hierarchy of vital values. But these essential things are also examined from the point of view of the legal relevance of religious, cultural and moral aspects.

Marco Cappai, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*

Lo scritto affronta la problematica del sindacato giurisdizionale sui provve-

dimenti dell'Antitrust cercando di ricavare una soluzione di sintesi dal sistema. Inquadramento costituzionale delle Autorità indipendenti, (limiti della) giurisdizione di legittimità e garanzia dell'equo processo vengono letti in controluce con i chiarimenti recentemente forniti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 sulla natura e sulle modalità di funzionamento dell'AGCM. Ricostruita l'evoluzione registratasi sul problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Antitrust, dalla sua genesi all'entrata in vigore dell'art. 7 d. lgs. n. 3/2017, si suggerisce dunque un possibile criterio di bilanciamento tra *full jurisdiction* ed effettività del diritto antitrust. In particolare, si propone di valorizzare la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2 CEDU quale parametro di costituzionalità interposto in grado di conformare l'interpretazione (dell'art. 7 d. lgs. n. 3/2017 e) dell'art. 15, comma 1 legge n. 287/1990. In questa prospettiva, il Giudice amministrativo dovrebbe dunque accogliere la censura di violazione o falsa applicazione di legge in tutti quei casi in cui l'Autorità, specie con riferimento all'attività di applicazione della norma contestualizzata al caso concreto, non abbia adeguatamente esaminato, nel provvedimento finale, le difese "attendibili" (in difetto di prove o elementi indiziari gravi, precisi e concordanti in grado di confortare l'esistenza dell'illecito) o "maggiormente attendibili" (in presenza di un simile corredo probatorio) dedotte dalla parte interessata in sede procedimentale.

The Proper Balance of Full Jurisdiction and Competition Law Effectiveness in the Judicial Review of the ICA's Decisions

The paper deals with the problem of judicial review of the Italian Competition Authority's ("ICA") decisions and aims to derive a comprehensive solution from the legal system. Issues like the constitutional framework of the independent authorities, (the limits of) the control of legality and the right to a fair trial are considered in the light of the recent ruling n. 13 of 2019 of the Italian Constitutional Court on the scope and shape of the ICA's powers. After having described the evolution of the debate on the judicial review of the ICA's decisions, from its origins to the advent of art. 7 of Legislative Decree n. 3/2017, a proper balance of full jurisdiction and Competition Law effectiveness is proposed. Namely, we propose to use the presumption of innocence under art. 6, § 2 of ECHR as an indirect parameter of constitutional legitimacy to be considered in the interpretation of (art. 7 of Legislative Decree n. 3/2017 and) art. 15, par. 1 of Law n. 287/1990. In this perspective, the administrative Court should rule the violation of law in cases where the ICA, especially in the phase in which the ascertained facts are gauged by the likewise "contextualized parameter", has not fully examined, in its final decision, the "reliable" defences (in the absence of evidence or elements of proof serious, specific and consistent able to corroborate the objections) or the "more reliable" defences (in the presence of such evidence or elements of proof) alleged by the party during the administrative proceeding.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FRANCO MODUGNO, Professore emerito di Diritto costituzionale, “Sapienza”
Università di Roma e Giudice della Corte costituzionale

FRANCESCO CERRONE, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico,
Università degli Studi di Perugia

VALERIA MARCENÒ, Professore associato di Diritto costituzionale, Università
degli Studi di Torino

FEDERICO SAVASTANO, Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico,
Sapienza Università di Roma

ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO, Professore aggregato di Diritto privato,
Università degli Studi di Firenze

MARCO CAPPAL, Dottorando di ricerca in Diritto dell’economia e dei consumatori,
Università degli Studi Roma Tre

MARCO RUOTOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli
Studi Roma Tre

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in www.editorialescientifica.com, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai referees in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I referees cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei referees, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione. In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Marcenò, Savastano, Bellizzi di San Lorenzo e Cappai.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2019: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di aprile 2019
da *La Buona Stampa* – Napoli