

La Costituzione fra testo e applicazione

1. PERCHÉ LE COSTITUZIONI MODERNE SONO DOCUMENTI NORMATIVI “DIVERSI”

Non intendo prendere posizione rispetto al problema se l’interpretazione costituzionale sia diversa dalla “normale” interpretazione giuridica¹. Certo mi sembra che se il compito dell’interpretazione è l’attribuzione di senso agli enunciati del legislatore, le tecniche dell’interpretazione non possono essere diverse se applicate al testo costituzionale o a qualsiasi altro testo normativo; ma è altrettanto certo che i compiti che gravano sull’interprete delle Costituzioni moderne – sulle Corti costituzionali e sui giudici in genere – sono ben altra cosa rispetto ai compiti che in genere sono attribuiti ai giudici.

Possono intercorrere profonde differenze nell’“amministrazione” del testo normativo se si confrontano, ad esempio, i codici, così come li conosce la cultura post-illuministica europea, e le *moderne* Costituzioni. Sottolineo il “moderne” perché le stesse considerazioni non valgono per *tutte* le Costituzioni, come ora vedremo.

Le Costituzioni, per opinione comune, nascono dalla stessa radice culturale del più vasto fenomeno della codificazione: ma le Costituzioni *di oggi* sono un innesto che presenta caratteri assai diversi rispetto alla pianta originale. Mi riferisco alle Costituzioni create (come quelle europee successive alla Seconda guerra mondiale) o che si sono sviluppate (come quella statunitense, con la Corte Warren) per includere il conflitto sociale, e non per escluderlo in nome della salvaguardia dell’“ordine sociale”. Quando si parla della contrapposizione tra Costituzioni flessibili e Costituzioni rigide ci si concentra di solito su aspetti formali (come si modifica la Costituzione? che rapporto sussiste tra Costituzione e legge ordinaria?) e si lasciano nell’ombra le premesse sociali dell’adozione di una Costituzione. È il suffragio universale, ossia la rappresentanza *nel* parlamento (e nel processo legislativo) delle diversità e dei conflitti

1. È il tema su cui si è svolto un ben noto dialogo tra Riccardo Guastini e Giuseppe Ugo Rescigno sulla rivista “Diritto Pubblico” del 2005 (nn. 1 e 2).

sociali, a spingere verso le Costituzioni moderne. E a farle concepire come Costituzioni *rigide*.

La rigidità della Costituzione spezza il principio della “sovranità del parlamento”. Vi è un *patto* a monte della Costituzione: sia esso il *compact* tra i popoli e gli Stati che danno luogo alla federazione (come nel caso degli Stati uniti), sia invece il compromesso tra le forze politiche che hanno assunto (e si contendono) il potere, il problema è uno solo, mettere in Costituzione tutto ciò che le singole componenti vogliono sottrarre alla libera volontà democratica degli elettori e dei loro legittimi rappresentanti.

Perché questa origine stacca profondamente le caratteristiche delle Costituzioni moderne da quelle delle Costituzioni storiche e delle codificazioni? E perché tutto ciò ha conseguenze rilevanti circa il modo in cui l'interprete si trova a trattare il “testo”? Perché la premessa da cui muove l'interprete dei codici è l'esatto opposto della premessa da cui prende le mosse chi affronti correttamente l'interpretazione della Costituzione. Il pregio di un codice consiste nella sua unità, coerenza interna, autosufficienza²; il pregio di una Costituzione d'oggi sta, al contrario, nel suo pluralismo, indeterminatezza (ossia tendenziale incoerenza), carattere aperto.

Il codice dovrebbe (quantomeno nei propositi dei suoi estensori e negli auspici degli interpreti) guidare verso risposte univoche e stabili. Ogni suo articolo fissa il punto di equilibrio, la sintesi tra gli interessi sociali che si trovano in conflitto: il proprietario e il locatore, il venditore e il compratore, il socio e l'amministratore, il testatore e l'erede trovano tutti, negli articoli del codice, la composizione precisa dei loro interessi divergenti e del loro potenziale conflitto. Con la Costituzione non è mai così. In una Costituzione moderna sarebbe vano cercare «istituti che conciliassero opposte esigenze», come osservava con rammarico Jemolo³ a proposito della Costituzione che pur aveva concorso a preparare. La generazione che ha scritto la Costituzione italiana, legata all'esperienza precedente, spesso si confessava delusa del proprio lavoro, che appariva a molti privo della invidiabile “coerenza” dello Statuto albertino⁴. Ma questa è proprio la caratteristica *necessaria* delle Costituzioni moderne. In esse sono stati riposti valori, interessi, programmi dichiarati in termini assoluti, contrap-

2. In ciò sta l'«inconfondibile tipicità» del codice «rispetto a tutte le fonti giuridiche manifestesi nella vicenda storica» (P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, p. 99).

3. A. C. Jemolo, *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*. Relazione svolta all'Accademia nazionale dei Lincei l'11 dicembre 1965, ora in L. Ornaghi (a cura di), *La Costituzione della Repubblica. Cinquant'anni di discussioni, critiche, giustificazioni*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 51 ss.

4. Cfr. B. Croce, *Intervento* nella seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Roma 1970, vol. 1, pp. 337-9.

posti gli uni agli altri, senza la possibilità di fissare già il punto della loro mediazione. La conciliazione è rinviata a decisioni future e la Costituzione resta come *open texture*.

Non sono perciò la *quantità* e la *generalità* dei principi nella tessitura del testo ciò che distingue la Costituzione (moderna) dalle leggi⁵, quanto piuttosto il fatto che tali principi vengono enunciati come “assoluti” e non già “bilanciati”. L’evidente molteplicità e contraddittorietà dei valori, principi, interessi che trovano riconoscimento nella Carta costituzionale non costituiscono affatto un fenomeno occasionale né un difetto di essa, bensì una caratteristica legata alla sua più intima natura⁶: «Vi è un rapporto di mutuo condizionamento fra i modi degli enunciati delle moderne costituzioni di compromesso e la loro scelta a favore della rigidità»⁷. La Costituzione serve perché è contraddittoria nelle sue affermazioni di principio; ed è *rigida* perché ogni componente politica che l’ha sottoscritta ha scelto quali interessi includervi al fine di sottrarli alla decisione della maggioranza politica, cui spetta *pro tempore* di amministrare i conflitti interni alla società. I principi vi sono espressi in termini “assoluti”, non già mediati e tradotti in formule di compromesso.

2. LA COSTITUZIONE È LEGGE?

Tutto ciò si riflette con evidenza sull’interpretazione: o meglio, sui compiti dell’interprete. Le caratteristiche antropomorfiche che la comunità degli interpreti era solita attribuire al “legislatore” dei codici – coerenza, completezza, univocità – sono sicuramente non trasferibili alle Costituzioni. L’incoerenza programmatica dei principi costituzionali rinvia a un’opera successiva di incarnazione di essi in regole, e solo attraverso le regole i principi costituzionali possono essere “amministrati” con gli strumenti dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto. L’incoerenza si sposa quindi con l’incompletezza, ossia con la negazione di un altro dei paradigmi della scienza giuridica tradizionale.

E tuttavia se le Costituzioni sono leggi, come leggi devono essere applicate dai giudici e dalle Corti costituzionali. Scritti o no che siano i canoni dell’interpretazione, i giudici seguono un codice deontologico che guida la loro funzione: sono regole stratificate nell’esperienza storica, alcune delle quali, guarda

5. In questo senso vedi ad esempio G. U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in “Diritto Pubblico”, 1, 2005, pp. 19-48, p. 29.

6. «La natura innegabilmente pluralistica e intimamente contraddittoria della costituzione non è una triste realtà; può invece costituirne uno dei maggiori punti di forza» (L. H. Tribe, M. C. Dorf, *Leggere la Costituzione – Una lezione americana*, il Mulino, Bologna 2005, p. 36).

7. S. Bartole, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblististiche*, iv, UTET, Torino 1989, pp. 288 ss., p. 301.

caso, risalgono alla codificazione. Il divieto di *non liquet*, l'obbligo di non fermarsi alla ricerca del *casus legis* ma di procedere con ragionamento analogico o traendo dai principi generali la regola del caso – l'*unica* regola *coerente* con un “sistema” che deve essere comunque *completo* e quindi in grado di fornire una risposta *univoca* alla domanda di giustizia – sono norme di comportamento *professionale* del giudice e dell’organo giurisdizionale, che ne rispecchiano il ruolo *costituzionale*. I giudici – Corte costituzionale inclusa – hanno il potere/dovere di decidere il caso, anche quando manchi il *casus legis*. Questo è il significato della prescrizione dell’art. 12 delle Preleggi, che ha l’obiettivo di definire i poteri-doveri del giudice⁸, ponendo a suo carico l’obbligo di risolvere sempre e comunque il “caso” in termini di *diritto*, anche se non sempre è possibile farlo nei termini della *legge* (che talvolta non c’è).

La domanda fondamentale allora è se la Costituzione sia essa stessa una “legge”, se entri a far parte del “sistema”, se le sue norme siano a tutti gli effetti norme dell’ordinamento positivo, e non semplici direttive rivolte al legislatore: se, dunque, anche da essa possa essere tratta direttamente la *regola del caso*.

La risposta non è affatto scontata. In Italia, ad esempio, che la Costituzione e la legislazione non siano “sfere separate”, per cui le disposizioni costituzionali non avrebbero modo di entrare direttamente a far parte dell’ordinamento giuridico, è una convinzione che in origine ha fatto fatica a imporsi⁹. A scegliere il nodo è stata la prima sentenza della Corte costituzionale¹⁰, proprio come negli Stati uniti solo con *Marbury v. Madison* la Corte suprema aveva fissato definitivamente la risposta: il testo costituzionale è pienamente “atto normativo” che si affianca al resto del “materiale” da interpretare, pur mantenendo la potenziale caratteristica della prevalenza in caso di accertato e ineliminabile conflitto.

Nel nostro sistema però non opera un sindacato diffuso sulla legittimità delle leggi, che consentirebbe a ogni giudice di far immediatamente prevalere la “forza della Costituzione” sulla “forza di legge”. Il giudice deve perciò trasferire alla Corte costituzionale il giudizio sulla legittimità della legge ordinaria.

8. Cfr. in questo senso G. Gorla, *I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in “Foro italiano”, xcii, 5, 1969, pp. 112-32.

9. Forse, anzi, non era affatto questa l’immagine che i costituenti avevano in mente: così almeno secondo C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in G. Amato et al., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari 1979, pp. 149 ss. Merita ricordare che, nelle prime cause discusse dalla Corte costituzionale, il governo, attraverso l’Avvocatura dello Stato, aveva assunto la difesa della legislazione repressiva fascista contro le norme costituzionali che garantivano le libertà, sostenendo che queste ultime o sono norme precettive che producono l’abrogazione delle leggi anteriori con esse incompatibili, oppure hanno carattere programmatico e non comportano perciò difetto di legittimità di nessuna delle leggi vigenti anteriori alla Costituzione.

10. Sentenza 1/1956.

Ma ciò non significa affatto che le norme costituzionali non abbiano modo di influenzare direttamente il suo lavoro. Essendo norme dell'ordinamento positivo esse devono essere “trattate” dal giudice come tutte le altre norme: il giudice dovrà applicarle nel giudizio ognqualvolta possano fornire la “norma del caso”.

3. TESTO E TEORIE DOGMATICHE

Qui però sta il punto. Poche sono le disposizioni della Costituzione che esprimono direttamente *regole* in cui già sia fissato il punto di equilibrio tra gli interessi in gioco. Per lo più sono le leggi (e i regolamenti) a porre le regole, mentre la Costituzione resta sullo sfondo, come elenco dei principi, degli interessi o dei valori che la legge non può ignorare ma deve necessariamente “bilanciare”. Il “congelamento” dei valori o interessi incorporati nei principi della Costituzione “rigida” è dettato proprio dall'esigenza di porli al riparo dalla decisione legittimamente assunta dagli organi cui è attribuito il potere legislativo. A essi è conferito il potere di decidere, ma la decisione può considerarsi legittima solo se è assunta nel rispetto di quei principi.

Incorporare i conflitti sociali in una Costituzione pluralista comporta dunque una costruzione su tre livelli: il livello sociale dei rapporti potenzialmente conflittuali; il livello della legislazione ordinaria che, legittimata dal principio di rappresentanza e di maggioranza, privilegia questa o quella visione della società fissando contingenti e mutevoli assetti di equilibrio tra gli interessi sociali; il livello della Costituzione pluralista, le cui disposizioni vincolano il legislatore ordinario e gli impongono limiti che gli impediscono di perseguire la *sua* visione della società sino al punto di compromettere i valori e gli interessi “congelati” nella Costituzione. L'interpretazione della Costituzione entra quindi in gioco solo quando la linea seguita dagli organi politici minacci di collidere con i principi enunciati dalle disposizioni costituzionali.

Nella vita ordinaria, però, è piuttosto raro che la legge produca una violazione diretta del limite costituzionale. Nella più frequente delle ipotesi non è già una specifica disposizione della Costituzione a costituire l'ostacolo, bensì sono le circostanze di fatto e di diritto a definire il contesto istituzionale e normativo in cui la legge o il comportamento in questione possono risultare incoerenti con le esigenze di equilibrio. Ad esempio, il giudizio di ragionevolezza basato sul principio di egualanza porta a un raffronto tra norme di legge ordinaria, in cui la norma impugnata non è illegittima per sé stessa, ma solo in quanto confrontata con il *tertium comparationis*; nei conflitti di attribuzione “per interferenza” viene sanzionato l'atto o il comportamento che risulta illegittimo non di per sé (ossia per contrasto diretto con la Costituzione), ma per l'ostacolo che occasionalmente oppone all'esercitabilità *di fatto* delle attribuzioni lese; anche il giudizio di bilanciamento degli interessi

conduce la corte a modulare la sua decisione in relazione alle previsioni contenute nelle prassi e nelle norme legislative in vigore, poiché bisogna verificare se e in che misura l'interesse sacrificato possa trovare comunque il modo di essere soddisfatto e se e in che modo sarebbe stato possibile ridurne il sacrificio¹¹; lo stesso si può ripetere per i giudizi basati sul principio di leale collaborazione.

Separare i casi in cui il giudizio avviene sulla base dell'applicazione diretta della Costituzione da quelli in cui si assiste invece a un intervento di pura “manutenzione” dell'ordinamento, situato in zone non strettamente adiacenti al testo costituzionale (anche se pur sempre fondato su esigenze espresse in esso), non è dunque sempre facile. L'interpretazione della Costituzione non avviene per parcelli sconnesse e separate, non è condotta disposizione per disposizione e senza relazioni con il resto dell'ordinamento giuridico. Oltre alla “lettera” bisogna badare allo “spirito” della Costituzione, poca strada potendo fare l'interprete «*si turpitudinem sequatur litterae et non ascendat ad decorum intelligentiae spiritualis*»¹². Lo “spirito” delle norme costituzionali sollecita l'impiego di costruzioni teoriche (dogmatiche, direbbe Guastini¹³) in cui le disposizioni costituzionali non solo vengono combinate tra loro, ma si congiungono con elaborazioni dottrinali, dati empirici, precedenti giurisprudenziali, considerazioni sistematiche che concorrono tutti alla formulazione di modelli dotati di forte valenza prescrittiva¹⁴, in cui le diverse componenti sono difficilmente separabili.

Tuttavia il ruolo che la “lettera” della disposizione costituzionale svolge nel processo di formazione di questi modelli e delle norme conseguenti è accuratamente preservato¹⁵. Essa, e solo essa, svolge la funzione di “limite negativo”, di elemento di raffronto alla luce del quale il modello interpretativo è soggetto di falsificazione. Infatti il richiamo al testo può produrre secchi *revirement* nella sua interpretazione. In fondo, come è stato osservato, il richiamo al testo garantisce la libertà interpretativa del giudice, che può sempre smentire ciò che ha affermato in passato per ripristinare il “vero” valore del testo scritto¹⁶. Al di là

11. Su questi particolari aspetti del giudizio di bilanciamento cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 81 ss. e pp. 94 ss.

12. San Girolamo, *Amos*, 1, c. 2.

13. R. Guastini, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in “Diritto Pubblico”, 3, 2004, pp. 927-38.

14. “Modelli di comportamento” nella terminologia proposta da E. Robilant, *I modelli nella filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 1968, pp. 88 s.

15. In ciò condivido in pieno l'appello al “positivismo temperato” che da tempo è lanciato, soprattutto in polemica con la cosiddetta interpretazione della costituzione “per valori”, da Alessandro Pace (cfr. ad es. A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in “Quaderni Costituzionali”, 21, 1, 2001, pp. 35-61).

16. «It is a freedom greater than it would have had if no such document existed» (E. H. Levi,

dell'apparente paradosso, l'affermazione è esatta: le disposizioni costituzionali, per poter operare nell'ordinamento, vanno innestate in ragionamenti che sembrano oltrepassare l'opera di interpretazione (in senso stretto); ma questi ragionamenti valgono *rebus sic stantibus* e non si sostituiscono alle disposizioni stesse né mutano la loro scrittura. Esse, e solo esse, sono state poste come limiti ai possibili sviluppi del conflitto sociale; tali sviluppi possono mutare attraverso decisioni assunte nell'ambito del circuito politico-rappresentativo, purché non vengano suffragate interpretazioni delle disposizioni costituzionali che forzino i limiti dati dal linguaggio del testo¹⁷.

4. APPLICAZIONI DELLA COSTITUZIONE NEI GIUDIZI

Quando una norma costituzionale è direttamente applicabile in un giudizio? Nel suo lavoro il giudice non applica "disposizioni", ossia le formulazioni scritte dal legislatore, ma "norme", le regole che egli trae da quelle disposizioni attraverso un'interpretazione orientata al caso che ha di fronte (o meglio, alla rappresentazione giuridica del caso-evento). Le disposizioni che deve considerare sono tutte quelle ritenute attualmente in vigore e che appaiono rilevanti all'interprete¹⁸: tra queste, vi possono essere anche disposizioni costituzionali. La Costituzione è l'atto che gode della posizione gerarchica più elevata, ma – come si è detto – molto spesso le norme che se ne ricavano hanno struttura "aperta", non sono costruite attraverso l'indicazione di una fattispecie interamente definita, ma piuttosto con l'affermazione di principi "assoluti" (l'archetipo può essere l'art. 13.1 Cost.: «La libertà personale è inviolabile»). Queste disposizioni necessariamente coesistono con norme assai più precise e "vicine" al caso da risolvere, norme poste da fonti subcostituzionali. Nel caso della libertà personale, appena preso ad esempio, l'intero Codice penale e quello di Procedura penale

An Introduction to Legal Reasoning, University of Chicago Press, Chicago-London 1949, p. 59). L'appello al significato "originario" del testo, ad esempio, concorre con l'obbligo dello *stare decisis* e lo mette in crisi anche nei paesi di *common law*: «Where a determinate original meaning can be ascertained and is inconsistent with previous judicial decisions, these precedents should be reversed and the original meaning adopted in their place» (R. E. Barnett, *Trumping Precedent with Original Meaning: Not as Radical as it Sounds*, in "Constitutional Commentary", 22, 2, 2005, pp. 257-70, p. 269).

17. «Constitutional language can constrain the development of theory, or set the boundaries of theory-construction, without otherwise directing its development» (F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, in "UCLA Law Review", 29, 1981-82, pp. 797-832, cit. a p. 828).

18. Sulla componente interpretativa dell'accreditamento delle disposizioni, cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale II*, CEDAM, Padova 1984⁵, pp. 43 s. Sul tema mi sia consentito rinviare al mio recente scritto *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Iovene, Napoli 2009, pp. 50-2.

concorrono a prevedere i “casi” e i “modi” in cui essa può essere legittimamente limitata dagli apparati repressivi dello Stato. E, com’è ovvio, può capitare che le norme ordinarie “di dettaglio” appaiano in contrasto con il “principio” costituzionale.

In astratto, si possono immaginare diversi modi in cui risolvere il conflitto tra la legge ordinaria e la Costituzione. Di seguito alcune ipotesi tipiche.

a) Spesso il conflitto può essere risolto in via di interpretazione. La disposizione legislativa (o regolamentare) viene interpretata in modo da ricavarne norme conformi alla Costituzione: se questo risultato è raggiunto, la norma proveniente dall’atto di grado inferiore “fa corpo” con quella costituzionale e ne diventa uno strumento di “concretizzazione”. La Corte costituzionale ha reso questo “tentativo di conciliazione” obbligatorio per l’interprete. A esso è dedicato il par. 5.

b) Se la conciliazione si dimostra però impossibile, se cioè la lettera della disposizione non consente di adeguarne il significato al principio costituzionale senza farle violenza, il giudice dovrà sospendere il giudizio e porre alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della legge in questione. Egli infatti non può disapplicare la legge – alla quale è vincolato dall’art. 101.2 Cost. – né tanto meno può disapplicare la Costituzione. L’art. 134 Cost. accentra sulla Corte costituzionale la giurisdizione sulla legittimità delle leggi; ciò innesca un dialogo necessario tra i giudici e la corte, la quale è chiamata ad aiutare il giudice a svolgere la sua attività professionale, ossia a riportare l’ordinamento a coerenza, eliminando la parte della legge incompatibile con la Costituzione, e ottenere *la norma da applicare al suo caso*.

Il dialogo può concludersi in modi diversi. Può essere che la corte dissolia il dubbio sollevato dal giudice attraverso una diversa interpretazione della disposizione costituzionale, tale per cui l’antinomia rilevata dal giudice si dimostri inconsistente. Può essere invece che la corte risolva la questione proponendo un’*interpretazione adeguatrice* della legge, in modo da ricavarne una norma conforme a Costituzione (ricadiamo così nell’ipotesi precedente). Può essere, infine, che la corte riconosca il fondamento della questione sollevata dal giudice, pronunciando una *sentenza di accoglimento*: questa può avere a oggetto un intero *atto* (ad es. perché affetto da vizi formali o di competenza), una sua *disposizione* o anche una *norma* ricavabile da quella disposizione.

L’aspetto più interessante è che la disposizione può essere dichiarata illegittima non solo per la norma che esprime¹⁹, ma anche per la norma che non

19. Così, ad esempio, la sentenza 239/2003 «dichiara l’illegittimità costituzionale degli artt. 120, comma 2, e 130, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), nella parte in cui prevedono la revoca della patente nei confronti delle perso-

esprime, ossia per il fatto di essere fraseggiata in modo da non consentire all'interprete di ricavare quella norma che renderebbe compatibile la disposizione stessa con la Costituzione. È la sentenza della corte, dunque, ad aggiungere questa norma (perciò queste pronunce si chiamano *sentenze additive*²⁰): essa non è generata dalla disposizione di legge impugnata, né direttamente dalla Costituzione; è il frutto di una collaborazione tra il giudice che investe la corte e la corte stessa. Di questo tipo di decisioni mi occuperò nel par. 6.

c) Se per questa via il giudice può raggiungere la necessaria "coerenza" dell'ordinamento²¹, la Costituzione, in un numero molto meno elevato di casi, può consentirgli di risolvere anche il problema dell'"incompletezza". Ciò accade quando, in assenza di una disposizione precisa di legge rilevante per il caso in giudizio, sia possibile ricavare direttamente dai principi costituzionali la norma da applicare. La Costituzione in questo modo consente al giudice di evitare il *non liquet*, cioè di denegare giustizia. Su ciò ritornerò nel par. 7.

5. L'INTERPRETAZIONE "CONFORME A COSTITUZIONE"

L'"interpretazione conforme" alle norme di grado superiore è un canone interpretativo molto accreditato in tutti i sistemi giuridici²². La Corte costituzionale lo ha accolto subito: già nella sua terza decisione (sent. 3/1956) viene delineato il modello delle sentenze interpretative di rigetto, modello che ha suscitato le reazioni critiche di vasta parte della dottrina e la contestazione

ne condannate a pena detentiva non inferiore a tre anni, quando l'utilizzazione del documento di guida possa agevolare la commissione di reati della stessa natura».

20. Così, ad esempio, nella sentenza 195/1998, decidendo il noto "caso Di Bella", la corte «dichiara l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 2, comma 1, ultima proposizione, e dell'art. 3, comma 4, del decreto legge 17 febbraio 1998, n. 23 (*Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria*), convertito, con modificazioni, nella legge 8 aprile 1998, n. 94, nella parte in cui non prevede l'erogazione a carico del Servizio sanitario nazionale dei medicinali impiegati nella cura delle patologie tumorali, per le quali è disposta la sperimentazione di cui all'art. 1, a favore di coloro che versino in condizioni di insufficienti disponibilità economiche, secondo i criteri stabiliti dal legislatore, nei limiti oggettivi, soggettivi e temporali di cui in motivazione».

21. La Corte costituzionale ha definito la *regola di coerenza* dell'ordinamento giuridico «valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile [...] che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di egualanza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3» (sentenza 204/1982).

22. Come scrisse Vezio Crisafulli (*Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione* [1948], in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952, p. 41) all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, anche le sue norme programmatiche «hanno efficacia giuridica *interpretativa* delle norme subordinate disciplinanti le materie cui si riferiscono», le quali dovranno essere interpretate «nel modo più coerente con i principi stessi».

spesso aspra dei giudici²³. La prima ha rimproverato alla corte soprattutto di abdicare al ruolo di monopolista dell'interpretazione costituzionale, perché attribuisce al giudice ordinario il compito di interpretare la Costituzione utilizzandola come fonte dell'ordinamento, dotata della stessa "produttività" normativa delle altre fonti (ferma restando la superiorità gerarchica delle sue norme rispetto a ogni altra). I giudici, viceversa, hanno ritenuto che la corte non potesse espropriare la Cassazione della sua funzione nomofilattica: *dominio* nell'interpretazione della Costituzione, la Corte costituzionale non potrebbe intromettersi nel "dominio" dell'interpretazione delle *leggi*, di cui i signori sono appunto i giudici ordinari.

Il punto è però che non c'è separazione tra l'ordine costituzionale e l'ordine legislativo, né tra gli interpreti del primo e gli interpreti del secondo. La collaborazione tra la Corte costituzionale e i giudici ordinari è necessaria e intercorre tra due soggetti che si distinguono per i loro specifici compiti, non per la diversa natura della rispettiva funzione²⁴. Entrambi sono interpreti del "diritto" (quale sia la fonte che lo produce), restando però alla corte il compito esclusivo di rimuovere le disposizioni (o le norme) di legge che impediscono al giudice di svolgere il suo compito, cioè risolvere il caso giuridico concreto. La Corte costituzionale non può imporre al giudice la "corretta" interpretazione della legge, ma il giudice non può sottrarsi al compito di svolgere la "corretta" interpretazione delle disposizioni vigenti (quelle costituzionali incluse), cercando di scaricarlo sulla corte.

Il risultato è che la "norma del caso" che il giudice applica nel suo giudizio potrà avere un'origine complessa, essere cioè formata da "significati" desunti tanto dalla legge ordinaria quanto dalla Costituzione²⁵. In molti casi è la Corte

23. Il dibattito è ricostruito da G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006.

24. Come scrisse Virgilio Andrioli (*Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", xvi, 1962, pp. 529-52, cit. a p. 540), tanto il giudice ordinario quanto la Corte costituzionale si trovano impegnati nelle stesse operazioni, a «verificare l'intera operazione di raffronto [...] senza distinguere tra interpretazione e determinazione della proposizione normativa, e tra proposizione ordinaria e proposizione sopra-ordinata».

25. Ecco ad esempio come elabora il principio di diritto la sentenza della Cassazione civile 18210/2008, sezione III: «Sussiste dunque l'errore di diritto, in via di principio, cui segue la cassazione con rinvio, sul rilievo che il Giudice del riesame dovrà attenersi al seguente principio di diritto: "Il risarcimento del danno non patrimoniale non richiede che la responsabilità dell'autore del fatto illecito sia stata accertata in un procedimento penale, in quanto l'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c. comporta che il danno ingiusto non sia identificato soltanto nel danno morale soggettivo, ma anche nel danno derivante da ogni ingiusta lesione di un valore inerente alla persona umana, specie se di rilevanza costituzionale, quale è l'offesa alla reputazione professionale e alla dignità del medico di base, che subisca una discriminazione

costituzionale a fissare il “precedente” da cui i giudici ordinari derivano in seguito l’interpretazione “conforme” delle leggi²⁶; ma altrettanto spesso è il giudice ordinario a procedere all’interpretazione “costituzionalmente orientata”, senza alcun bisogno di attendere l’intervento della Corte costituzionale²⁷; e in altri casi ancora i giudici “sfruttano” gli argomenti della decisione della Corte costituzionale per andare ancora oltre²⁸, così provocando talvolta un ulteriore avanzamento della giurisprudenza costituzionale²⁹.

Quando invece la “saldatura” tra le due fonti non è possibile, perché il testo della legge non consente un’interpretazione adeguatrice, l’intervento “demolitorio” della Corte costituzionale è reso indispensabile: solo con la rimozione della disposizione legislativa potrà essere consentito al giudice di ottenere una norma del caso che non contraddica la Costituzione. Scegliere l’una o l’altra via è un compito che non può spettare che al giudice, l’unico in grado di valutare sino a quale punto è lecito spingere un’interpretazione adeguatrice della disposizione *de qua* senza violarne la lettera³⁰. Tuttavia, a ben vedere, in questi casi il

ingiustificata con perdita della clientela che lo ha scelto (come appare nella fattispecie in esame)»».

26. Un esempio celebre è la sentenza della Corte costituzionale 184/1986 in materia di danno biologico, una pronuncia “interpretativa di rigetto”.

27. Così nel noto “caso Dorigo” la Cassazione penale, sollecitata dalla Corte EDU, raggiunge «con l’utilizzazione del criterio ermeneutico dell’*analogia legis*» un’interpretazione adeguatrice dell’art. 625 c.p.p. accreditando la regola della «parziale “rimozione” del giudicato, nella parte in cui esso si è formato nel giudizio di legittimità mediante un *vulnus* al diritto di difesa» (Cassaz. pen., sezione VI, n. 45807/2008).

28. Così nelle cosiddette “sentenze gemelle” della Cassazione (Cassaz. civ., sezione III, 8827/2003 e 8828/2003) che, a proposito del limite della riserva di legge che l’art. 2059 c.c. pone alla risarcibilità del danno non patrimoniale, propongono «una lettura della norma costituzionalmente orientata [che] impone di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti [...] atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inherenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, e in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale».

29. Come è avvenuto, nel caso di cui alla nota precedente, con la sentenza 233/2003, anch’essa un “interpretativa di rigetto”.

30. Nella famosa sentenza *Pupino* (C – 105/03), la Corte di giustizia della Comunità europea giunge a “istigare” il giudice naturale a condurre l’interpretazione conforme sino all’estrema possibilità: «Il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell’ordinamento nazionale nel loro complesso e a interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro». La Corte costituzionale italiana è andata talvolta anche oltre al limite “testuale”: così, ad esempio, nella sentenza 343/2006 la corte rimprovera al giudice remittente di basarsi «esclusivamente su dati letterali», ignorando la *ratio legis*; ma pronuncia tuttavia una sentenza interpretativa di rigetto (cfr. la critica di A. Pace, *Postilla. Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento (se del caso, «interpretative» e «additive») quando l’incostituzionalità stia nella «lettera» della disposizione*, in “Giurisprudenza Costituzionale”, 5, 2006, pp. 3428-32).

testo della legge non è la “fonte” da cui il giudice trae la norma del caso, ma – tutto all’opposto – è l’ostacolo che gli impedisce di avvalorare la norma che ha tratto altrove (nei principi della Costituzione, in altre disposizioni di legge assunte come *tertium comparationis* ecc.).

6. IL FENOMENO DELLE SENTENZE ADDITIVE E IL GIUDIZIO DI RAGIONEVOLEZZA

L’aspetto forse più interessante delle sentenze additive è che esse rappresentano un meccanismo di produzione di norme che si basa sul livello più intenso di collaborazione del giudice con la Corte costituzionale. Questa, infatti, ha posto alcune condizioni all’ammissibilità di pronunce additive, avvertendo l’esigenza di arginare il ruolo “creativo” della sua stessa giurisprudenza. Le sentenze additive nascono di solito dalla richiesta del giudice di estendere le prestazioni o le garanzie previste dalla legge alla situazione di cui si trova a trattare, ritenendo che l’esclusione di essa non sia ragionevole; il che significa che in genere le sentenze additive sono la conseguenza di un giudizio di ragionevolezza, basato per lo più sul principio di egualanza.

Il giudizio di ragionevolezza ha una struttura complessa, è composto cioè da una serie di giudizi specifici che ne costituiscono le varie fasi (o “stazioni”, come usualmente vengono chiamate). La corte procede attraverso un ragionamento trilaterale, molto simile nella struttura a quello per *analogia*: essa pone a confronto due norme, la norma impugnata (quella che esclude un soggetto o una situazione dal beneficio o dalla garanzia prevista dalla legge) e la norma assunta a confronto, che si chiama in gergo *tertium comparationis* (la norma che prevede il beneficio o la garanzia, delimitandone i beneficiari). Il confronto non può svolgersi senza che la corte ricostruisca la *ratio legis* della norma assunta a *tertium comparationis* (cioè il fine che essa persegue, l’interesse che intende proteggere, il *principio* che esprime), per poi valutare se, dal punto di vista della *ratio legis*, sia giustificabile la diversa disciplina normativa data alla situazione che il giudice sta affrontando rispetto a quella prevista dal *tertium comparationis*. Naturalmente anche un’equiparazione di trattamento tra situazioni diverse può risultare irragionevole e dare luogo a una violazione del principio di egualanza.

Come si vede, l’intero ragionamento lungo cui si svolge il giudizio di ragionevolezza è contenuto nel confronto tra le *regole legislative comparate* e il *principio* (o i *principi*, se il triangolo non si chiude) di cui esse sono espressione: consiste in «un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere»³¹. Il principio di egualanza (o l’even-

31. Sentenza 89/1996.

tuale altro parametro costituzionale) non è direttamente coinvolto, ma resta sullo sfondo come giustificazione del ragionamento stesso.

Siccome il giudizio di ragionevolezza si basa sulla giustificazione delle differenziazioni (o delle parificazioni) di trattamento, per provocarlo il giudice deve formulare con molta cura il *petitum*. L'ordinanza di rimessione non potrà indicare genericamente il contrasto della disposizione impugnata con il principio di egualità, ma dovrà fissare il profilo e i termini di questo contrasto, pena l'inammissibilità della questione. La corte, infatti, non si ritiene libera di “inventare” la norma da aggiungere al significato normativo della disposizione, ma pretende che sia il giudice remittente a indicare con precisione il *verso* dell’addizione, ossia la norma da aggiungere alla disposizione impugnata. Questa norma, d'altronde, non può essere formulata liberamente, perché il giudice deve delimitare la questione di legittimità nei termini rigorosi della *rilevanza*³²: deve perciò formulare la norma da aggiungere attraverso la definizione di una fattispecie astratta che però non si allontani più del necessario dalla fattispecie concreta che emerge dal suo caso. Il giudice formula la *questione* rispettando la regola della pregiudizialità, cioè legando i termini generali e astratti del quesito che propone alla corte alle caratteristiche particolari e concrete del caso che sta giudicando; la corte, controllato il rispetto della regola della rilevanza, deve pronunciarsi nel rispetto del *thema decidendum*, ossia del quesito tracciato dall'ordinanza del giudice *a quo*.

La corte non può pronunciarsi *extra petitum*; procede a sua volta, come è usuale dire con una metafora di sapore letterario, per “rime obbligate”: integra il testo legislativo completando il “verso” scritto dal legislatore aggiungendo quella parola, suggerita dal giudice *a quo*, che, sola, può far ritornare il calcolo delle rime – cioè, fuori di metafora, la coerenza sistematica dell'ordinamento.

Questa è la giustificazione di un fenomeno che sempre e molto ha fatto discutere. Vale il principio di economicità e di conservazione, per cui la corte interviene per “aggiustare” il significato normativo della disposizione impugnata aggiungendovi la norma specifica che manca: proprio per ridurre il più possibile l'impatto della sua “addizione”, la corte cerca di introdurre la norma più circostanziata possibile, quasi ritagliata sul caso di specie. Tanto più il giudice *a quo* riesce a “fotografare” nel *petitum* il caso che gli è sottoposto, e a evidenziarne le particolarità che lo rendono assimilabile o non assimilabile alla fattispecie assunta come *tertium comparationis*, tanto più probabile sarà che la Corte costituzionale accolga la questione, poiché potrà operare, nel complica-

32. La “rilevanza” consiste in un legame di strumentalità, di “pregiudizialità”, tra la questione di legittimità costituzionale e il giudizio *a quo*: il giudizio principale non può «essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale» (art. 23 legge 87/1953).

tissimo organismo del diritto, interventi chirurgici ablatori estremamente circoscritti. Il principio di egualanza finisce quindi con l'introdurre nel controllo di legittimità sulle norme “generali e astratte” delle leggi elementi di “concretezza” connessi alla particolarità del caso che il giudice *a quo* sottopone alla corte.

La regola di coerenza, implicita nel principio di egualanza, opera però senza impegnare il “testo” costituzionale. La corte trae da una disposizione costituzionale la legittimazione del suo giudizio (l’obbligo di garantire la coerenza dell’ordinamento), ma il suo giudizio procede quasi tutto nello spazio tra la *norma di legge* e la sua *ratio*. Tuttavia alla fine la corte deve decidere se la classificazione tracciata dal legislatore (la differenziazione o la parificazione denunciata nell’ordinanza del giudice) sia o meno compatibile con la Costituzione. La regola del caso che la corte produce per sorreggere la sua decisione finisce dunque per dirci qualcosa sul corretto significato della disposizione costituzionale applicata. In altri termini è attraverso la vastissima casistica delle sentenze pronunciate sul principio di egualanza, e delle sentenze additive in particolare, che noi veniamo a capire se e in quale misura sia lecito differenziare, ad esempio, il ruolo dell’uomo e della donna, il diritto riconosciuto allo straniero rispetto a quello vantato dal cittadino, il contenuto di un diritto ecc. Benché il giudizio di ragionevolezza possa sembrare così lontano dal cliché dell’interpretazione giuridica, intesa come attribuzione di significato a un enunciato legislativo, è attraverso questa giurisprudenza che noi apprendiamo che cosa significa *in concreto* (ossia in relazione al caso di specie) la disposizione costituzionale che esprime il principio di egualanza (od ogni altra disposizione richiamata per fondarvi tale giudizio)³³.

7. CASI IN CUI LA COSTITUZIONE FORNISCE LA “REGOLA DEL CASO”

Sinora si sono considerate ipotesi in cui l’applicazione dei principi costituzionali ai rapporti giuridici si compie in via indiretta, o attraverso l’interpretazione “adeguatrice” della legge o attraverso la dichiarazione di illegittimità di una disposizione legislativa, per quello che essa esprime o per quello che omette di prevedere. La norma “prodotta”, dunque, non “deriva” interamente né dalla disposizione costituzionale né dalla disposizione legislativa: certamente si

33. Ecco perché l’interpretazione della Costituzione «va sempre più prendendo la fisionomia di un’attività in cui ermeneutica e attuazione della Costituzione si sommano con l’integrazione e specificazione dei disposti di questa» (Bartole, *Costituzione*, cit., p. 314): considerazioni opportunamente sviluppate, in relazione al giudizio di ragionevolezza, da R. Tosi, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in “Giurisprudenza Costituzionale”, 1, 1993, pp. 545-68.

riconnette all'atto legislativo, opportunamente interpretato o integrato per adeguarlo ai principi costituzionali, che per questa via vengono "applicati" dal giudice o dalla corte. Ma vi sono casi in cui, invece, il giudice ordinario si ritrova ad applicare direttamente i principi costituzionali, individuando in essi, e non nella legge ordinaria, la regola del caso.

Si potrebbe certo ricordare i casi storici, non frequentissimi, in cui le norme costituzionali vennero direttamente applicate dai giudici nel periodo di transizione tra l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e l'inizio dell'attività della Corte costituzionale³⁴. Ma oggi? Oggi l'applicazione "diretta" – cioè non mediata dalla legge e dalla sua interpretazione – dei principi costituzionali è forse meno infrequente di quanto si possa ritenere.

Un'ipotesi si realizza quando la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di disposizioni in cui il legislatore ha fissato un assetto troppo rigido degli interessi, impedendo al giudice di comporre il loro conflitto in relazione al caso concreto. Sono casi di "delega di bilanciamento"³⁵, in cui la Corte costituzionale, fissata la "topografia" degli interessi rilevanti in gioco, affida al giudice il compito di valutare le circostanze di fatto e di elaborare di conseguenza la "regola di prevalenza" con cui decidere il corretto bilanciamento. È la sentenza della corte ad aprire lo spazio al giudice, poiché viene rimosso il meccanismo legislativo ritenuto troppo rigido nell'assicurare la tutela di un unico interesse: ma la corte non sostituisce l'assetto stabilito dal legislatore con l'indicazione di un punto di equilibrio alternativo, perché ritiene che a ciò non si possa pervenire se non in considerazione delle concrete e specifiche condizioni di tempo, luogo e modo³⁶.

34. Per la casistica vedi la *Rassegna di giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 1, 1956, pp. 272-559 e, per un suo riesame critico, S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 50 ss. Anche in seguito vi sono stati esempi di applicazione della Costituzione non come chiave di interpretazione evolutiva della legge in vigore, ma come fonte diretta della regola del caso. Il caso più noto è senz'altro l'applicazione degli artt. 36 e 37 in ordine all'entità della retribuzione sufficiente del lavoratore e della parità di diritti della donna lavoratrice.

35. Per questa tipologia di decisioni cfr. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 88 ss. e 120 ss.

36. Ad esempio, in una sentenza recente, dichiarando l'illegittimità dell'art. 222 c.p. «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infarto di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale», la corte ha osservato: «Non sono poche le ipotesi nelle quali la corte è dovuta intervenire a correggere o eliminare automatismi di tal genere, nelle quali l'apprezzamento da parte del giudice della situazione concreta, e la conseguente possibilità per il giudice stesso di adottare diverse determinazioni nell'ambito delle previsioni legali, è apparso l'unico modo per realizzare il bilanciamento di diverse esigenze costituzionali (cfr. ad es. le sentenze 343/1987, 306/1993, 186/1995, 504/1995, 173/1997, 445/1997), in particolare con riguardo all'esigenza di flessibilità e di individualizzazione della risposta penale relativa ai soggetti minori (cfr. le sentenze 46/1978, 222/1983, 128/1987, 78/1989,

Questo genere di pronunce si può intendere solo in un sistema di *judicial review* accentratato e ad accesso indiretto. La Corte costituzionale non può valutare la legittimità della legge con giudizio limitato al caso concreto, per cui da un lato salvaguarda la legge perché non risulta illegittima rispetto a *tutti* i casi in essa sussumibili (vi è almeno un caso di applicazione di essa che risulta ragionevole e non incompatibile con la Costituzione), dall'altro riconosce che in alcuni casi la legge non appare applicabile senza provocare una lesione della Costituzione. Il punto di bilanciamento tra gli interessi *costituzionali* in gioco non può perciò essere fissato rigidamente e in astratto dal legislatore, ma deve essere affidato all'apprezzamento in concreto del giudice. Non importa in fondo se la corte dichiari la legge parzialmente illegittima, la modifichi con pronuncia “additiva” o la interpreti in modo conforme a Costituzione e rigetti perciò la questione: in questi casi la “regola del caso” sarà fissata dal giudice ordinario con applicazione diretta (e “bilanciata”) dei principi costituzionali. Questo è quanto la corte ritiene sia richiesto dalla Costituzione, dalla pluralità di interessi di cui essa assicura la garanzia.

Sicuramente meno frequente è che il giudice si trovi di fronte a una vera e propria lacuna dell’ordinamento. Qui il divieto di *non liquet* impone, come indica lo stesso art. 12 delle *Preleggi*, di ragionare in base ai «principi generali dell’ordinamento giuridico»: oggi è inevitabile partire dai principi costituzionali.

Vi sono esempi più o meno noti e in genere piuttosto recenti. Si può citare la sentenza della Cassazione che decide un regolamento di giurisdizione conseguente all’ordinanza cautelare emessa del giudice amministrativo in merito all’esclusione di una lista dalle consultazioni elettorali, in cui la corte fissa una regola di bilanciamento tra i principi costituzionali della tutela del diritto di difesa (minacciata dall’abbreviamento dei termini) e l’urgenza di assicurare il corretto svolgimento delle consultazioni elettorali³⁷. Oppure la sentenza del giudice amministrativo che, in sede di giudizio sul rifiuto del csm di riconoscere il diritto di trasferimento di un magistrato per riavvicinamento al proprio nucleo familiare, afferma «che non è necessaria una disposizione legislativa per applicare nei confronti dei magistrati ordinari principi generali validi per la categoria dei pubblici dipendenti», essendo invece indispensabile un bilanciamento tra valori aventi pari rango costituzionale³⁸. O ancora le numerose

182/1991, 143/1996, 109/1997, 403/1997, 16/1998, 450/1998 e 436/1999). Come si vede, la corte è pienamente consapevole della funzione e della frequenza di questa tipologia di decisioni.

37. «Il punto di equilibrio consiste nel garantire, per un verso, che la decisione di questa corte intervenga in tempo utile rispetto alle suindicate scadenze elettorali, purché resti per altro verso assicurata la possibilità per tutte le parti del giudizio di esprimervi le proprie difese, sia pure entro termini necessariamente ridotti rispetto a quelli previsti in via ordinaria dal codice di rito» (Cassaz. civ., Sezioni unite, sentenza 9151/2008).

38. TAR Lazio – Roma, sezione I, sentenza 1349/2008.

sentenze della Cassazione che traggono la regola dell’obbligatorietà del consenso informato per i trattamenti sanitari direttamente dai principi costituzionali di cui agli artt. 32 e 13³⁹.

Particolare risonanza hanno avuto le sentenze della Cassazione civile in merito al caso Englano. In esse infatti la corte ha affrontato il compito di «una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali», in assenza di specifiche norme legislative, per decidere in merito alla richiesta di interrompere trattamenti sanitari presentata dal tutore della persona in stato vegetativo persistente e permanente, in assenza di alcuna dichiarazione anticipata di trattamento⁴⁰. D’altra parte era stata la stessa Corte costituzionale, in una decisione richiamata a conforto dalla Cassazione, a suggerire di imboccare questa strada nei casi “eticamente sensibili”, rispetto ai quali il legislatore non sia ancora intervenuto: «Nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»⁴¹. In quella sentenza la Corte costituzionale fissa la “topografia” degli interessi in gioco (con ciò implicitamente indicando la strada al giudice di merito) ma, non essendoci una disposizione di legge riferibile al caso, si trova nell’impossibilità di decidere nel merito della questione prospettata dal giudice, a cui rinvia il compito di individuare la regola del caso bilanciando gli interessi costituzionalmente rilevanti.

8. L’APPLICAZIONE DELLA COSTITUZIONE, TRA TEORIA DELL’INTERPRETAZIONE E TEORIA DEI POTERI

Chiedersi se le tipologie di giudizio che si sono descritte rientrino o meno nell’alveo dell’interpretazione giuridica mi sembra una domanda oziosa, che oltretutto rinvia al problema di definire che cosa si intenda per interpretazione giuridica. Certo, se si muove dall’idea di interpretazione presupposta dalla tradizionale applicazione dei codici non c’è dubbio che possa apparire del tutto insostenibile che anche il giudizio di ragionevolezza o il bilanciamento dei diritti rientrino in essa.

La questione sta proprio qui, nelle caratteristiche diverse che presenta l’applicazione di un testo normativo che è strutturalmente caratterizzato da principi opposti a quelli della coerenza e della completezza. La naturale indeterminatezza dell’assetto normativo offerto dalla Costituzione (moderna), il fatto cioè che la Costituzione proclami principi assoluti, non già composti – se non

39. Ad esempio Cassaz. civ., sezione III, sentenza 364/1997.

40. Cassaz. civ., sezione I, sentenza 21748/2007.

41. Sentenza 347/1998, in merito al disconoscimento del figlio nato nel matrimonio da fecondazione artificiale eterologa a suo tempo consentita dal marito.

eccezionalmente – in regole che ne esprimano il punto di bilanciamento, fa sì che questa ponderazione debba essere operata dal giudice e in primo (ma non esclusivo) luogo dalla Corte costituzionale. Facile è quindi concludere che queste operazioni siano più simili alla legislazione che all'interpretazione, strettamente intesa come l'opera di attribuzione di un significato a un enunciato normativo.

Però anche questa conclusione appare in fondo ben poco convincente. Se accettiamo l'idea che l'interpretazione di una disposizione non possa essere separata dalla sua applicazione – perché «comprendere significa sempre, necessariamente, applicare», visto che «la conoscenza di un testo legale e la sua applicazione al caso giuridico concreto non sono due atti separati, ma un processo unico»⁴² – allora anche nel caso di un giudizio di bilanciamento degli interessi o in quello di un giudizio di ragionevolezza basato sul principio di egualianza, la corte o il giudice (perché come abbiamo visto l'uso della Costituzione non è affatto monopolio della corte) fissano il *significato* della disposizione costituzionale che essi stanno applicando. Anche di una qualsiasi disposizione costituzionale si può dire che il suo «contenuto specifico [...] deve essere determinato in base al caso specifico a cui ha da essere applicata»⁴³. Solo che «la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè l'applicazione»⁴⁴ avviene in questi casi in un contesto particolare, sicuramente diverso da quello tradizionale.

Si prenda il classico caso dell'aborto. La Corte costituzionale, nella sua nota sentenza⁴⁵, ci dice quale sia il significato dell'art. 32 (diritto alla salute) quando si trovi in conflitto con l'art. 2 (che garantisce – afferma la corte – la «situazione giuridica del concepito»), in relazione alla protezione del diritto alla salute della madre messo in pericolo dalla tutela del diritto alla vita del concepito. Fissa un punto fermo, in termini di limiti costituzionali alla scelta discrezionale del legislatore: innanzitutto individua gli interessi rilevanti in gioco⁴⁶ e la loro rispettiva base costituzionale, poi fissa la “regola di prevalenza” (per usare l'espressione di Alexy). Questo significa “concretizzare” la Costituzione in relazione al caso particolare.

Certo queste operazioni possono apparire assai lontane dal cliché classico dell'interpretazione giuridica, perché si svolgono «attraverso procedimenti logici non propriamente conformi alla tecnica naturale e tradizionale dell'inter-

42. Secondo le note tesi di H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Mohr, Tübingen 1960 (trad. it. *Verità e metodo*, trad. di G. Vattimo, Bompiani, Milano 1990⁷, pp. 360 s.).

43. Ivi, p. 379.

44. Ivi, p. 382.

45. Sentenza 27/1975.

46. Sicché la corte ha potuto in seguito negare con perentorietà la rilevanza di altri interessi nella decisione di abortire, come quello del padre (ordinanza 389/1988) o del giudice obiettore di coscienza (sentenza 196/1987).

pretazione giuridica»⁴⁷, se non addirittura sovversivi rispetto a essa⁴⁸. Ma ciò forse solo perché la visione dell’interpretazione giuridica che abbiamo ereditato è un po’ troppo angusta. Angusta in fondo per la stessa realtà dell’interpretazione della legge ordinaria: determinare che cosa sia “danno ingiusto” ai sensi dell’art. 2043 c.c. è un processo di attribuzione di significato non diverso da quello di delimitare l’oggetto del “diritto alla salute” ex art. 32 Cost. Che cosa componga il processo ermeneutico che svolge l’interprete nel collegare due “cose” (la *disposizione* scritta dal legislatore e l’*evento* materia sottopostogli), attraverso la loro trasformazione nelle due premesse del suo sillogismo (la *regola del caso* e il *caso da regolare*) è indeterminabile a priori: è un processo intellettuale che consente di trasformare gli oggetti che stanno fuori di noi in idee che stanno dentro di noi e sulla cui base ci è possibile qualificare i fatti, gli eventi, i comportamenti. Nessuno degli strumenti tipici dell’interpretazione giuridica, e neppure la loro combinazione, racchiude l’intero processo, e forse neppure rappresenta la parte più significativa di esso. L’interpretazione è un processo intellettuale troppo complicato per essere ridotto a procedure interamente descrivibili e standardizzabili⁴⁹.

Ma l’interpretazione è anche ideologia, l’ideologia che sorregge la legittimazione del potere dei giuristi, degli interpreti – così come la rappresentanza è l’ideologia che sorregge il potere del legislatore, dei politici. Sulla concorrenza tra queste due categorie, tra i principi che ne fondano il rispettivo potere, in una parola, tra diritto e politica, si fonda lo Stato di diritto. La trasformazione dello *Stato di diritto* in uno *Stato costituzionale* non compromette affatto l’architettura del primo, anzi il contrario. Il principio di legalità viene esteso e grava ora anche sul legislatore: il principio di maggioranza cede spazi al principio di legalità.

Come si diceva all’inizio, l’introduzione di una Costituzione pluralistica e “indeterminata” rimanda il problema di individuare il punto di mediazione tra gli interessi che in una determinata circostanza si trovano in conflitto. Che questo compito gravi prioritariamente sul legislatore è una risposta logica, ma parziale. È vero che è alla politica che le persone chiedono di “regolare” i conflitti – mentre di norma al giudice (e, tramite suo, alla Corte costituzionale) spetterà di verificare che la legge prodotta non infranga il necessario equilibrio tra i principi costituzionali. Ma non è meno vero che, se i *principi* fondano (aspettative di) *diritti*, è inevitabile che sia al giudice e, tramite suo, alla corte che le persone si rivolgano per ottenere tutela, anche (anzi, soprattutto) quando manchi una legge specifica.

47. E. Cheli, *In tema di “libertà negativa” di associazione*, in “Foro Italiano”, LXXXIV, 1, 1962, pp. 1843-51. Che il giudizio di bilanciamento non appartenga all’interpretazione giuridica è quanto ho sostenuto in Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 134 ss.

48. «Balancing is undermining our usual understanding of constitutional law as an interpretative enterprise» (T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in “Yale Law Journal”, 96, 5, 1987, pp. 943-1005, cit. a p. 987).

49. Ho cercato di sviluppare questo argomento in Bin, *Ordine delle norme*, cit., pp. 56 ss.