

Rivista N°: 4/2024
DATA PUBBLICAZIONE: 10/12/2024

AUTORE: Federico Pedrini*

In ricordo di Bernd Rüthers

LA PRODUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA NORMA COSTITUZIONALE NELL'ORDINAMENTO INTERNO**

THE JUDICIAL PRODUCTION OF THE CONSTITUTIONAL NORM IN THE DOMESTIC LEGAL SYSTEM

Sommario: 1. La cornice teorico-generale. - 1.1. Delimitazione preliminare del campo dell'indagine. - 1.2. L'esistenza del diritto come oggetto semiotico. - 1.3. La norma di riconoscimento e l'individuazione del diritto. - 1.4. Il diritto tra credenze di senso comune e attività tecnica dei giuristi. - 2. La "produzione" delle "norme" da parte della giurisprudenza. - 2.1. La "esistenza" delle singole norme. - 2.2. Il ruolo della giurisprudenza. - 3. Fenomenologia della produzione giurisprudenziale di norme costituzionali. - 3.1. Definizione e criteri di classificazione. - 3.2. Al di là della Corte costituzionale. - 3.3. Alcuni "itinerari" di produzione normativa nella giurisprudenza costituzionale. - 3.4. La produzione giudiziale delle norme costituzionali tra necessità e discrezionalità. - 4. Critica del diritto giurisprudenziale costituzionale. - 4.1. Opportunità politica o istituzionale/consonanza ideologica. - 4.2. Ammissibilità giuridica/correttezza metodologica. - 4.3. Trasparenza/onestà intellettuale.

1. La cornice teorico-generale

1.1. Delimitazione preliminare del campo dell'indagine

Ragionare sulla «produzione giurisprudenziale della norma costituzionale nella prospettiva del diritto interno» richiede anzitutto – per evitare fraintendimenti – un previo o comunque progressivo chiarimento concettuale circa i termini evocati, a partire da 'produzione'

* Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

** Il presente contributo è la rielaborazione – con minimi adattamenti e l'aggiunta di alcune essenziali indicazioni bibliografiche – del testo della relazione tenuta, col medesimo titolo, al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "La produzione delle norme costituzionali" (Napoli, 24 maggio 2024).

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897 La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line) Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche Direttore Responsabile: Prof. Sandro Staiano — Direttori: Prof.ssa Elisabetta Catelani, Prof. Claudio Panzera, Prof. Fabrizio Politi, Prof.ssa Antonella Sciortino.

e 'norma' fino a giungere a 'Costituzione' e 'diritto'¹. Si tratterà pertanto di specificare fin da subito, in modo espresso e argomentato, il quadro speculativo all'interno del quale si articolerà il discorso. Un discorso che, peraltro, al netto degli inevitabili riferimenti teorico-generalisti, deve intendersi come dichiaratamente riferito al "qui e ora" del diritto costituzionale e delle sue norme².

Tale cornice teorica, con le relative precisazioni terminologiche e concettuali rispetto alle nozioni richiamate dal titolo del contributo, proverà descrittivamente a riformulare in modo tecnico la visione del diritto e delle sue norme, nonché dei relativi processi di "produzione", che meglio parrebbe corrispondere sia alle intuizioni di senso comune, sia a quelle dei giuristi, evidenziando altresì la necessaria connessione tra le due.

Ciò implicherà contestualmente la messa in discussione (e la proposta di superamento e/o di relativizzazione) di alcune prospettive, pure variamente diffuse nella cultura giuridica attuale, le quali, oltre a rivelarsi spesso carenti (o comunque parziali) dal punto di vista descrittivo (in relazione a ciò che il diritto è), quando non addirittura dottrine dal carattere schiettamente prescrittivo (in relazione a ciò che il diritto deve essere), risultano a mio avviso poco feconde rispetto al tema in oggetto.

Già la scelta di interrogarsi sulla produzione giurisprudenziale della norma costituzionale suggerisce infatti di adottare, sia pure solo come ipotesi di lavoro, due assunti se vogliamo anche banali, ma che converrà qui nondimeno specificare.

Il primo assunto è che, nell'esperienza giuridica, possano *effettivamente* rinvenirsi istanze di produzione della norma costituzionale da parte della giurisprudenza: che talora ci siano davvero, insomma, situazioni in cui certe norme costituzionali sono "create" dai giudici, per lo meno nel senso (minimale) che essi possono a volte concorrere alla loro produzione.

Il secondo assunto è che tale modalità di produzione della norma costituzionale non sia l'*unica*: che insomma non *tutto* il diritto costituzionale sia prodotto dai giudici, atteso che altrimenti parlare di produzione *giurisprudenziale* (di norme costituzionali) risulterebbe pleonastico, venendo la produzione giurisprudenziale a coincidere con la produzione *tout court*.

Si tratta, io credo, di convinzioni ampiamente diffuse, sia presso il largo pubblico comune che all'interno della più ristretta comunità dei giuristi. Seppure con gradi di competenza, conoscenza e consapevolezza molto diversi, nessuno – nessun giurista e nessun cittadino – dubita che certe norme pacificamente ascrivibili al diritto esistente/vigente, o per lo meno alcune parti o "colorazioni" di certe norme, siano o possano essere di matrice giurisprudenziale; al tempo stesso nessuno si sogna neppure di pensare che le norme del nostro diritto siano create non solo *esclusivamente*, ma neppure *prevalentemente*, dai giudici.

¹ Compito, va da sé, assai improbo e che qui verrà assolto in modo "minimale", per lo più tramite una serie di stipulazioni e ridefinizioni (si confida, entrambe, non troppo arbitrarie). L'alternativa, del resto, sembra ancor meno allettante, visto che non affrontare lo snodo implica invariabilmente di arenarsi in dispute meramente terminologiche, come da tempo sottolineato dalla migliore tradizione analitica a partire dal lavoro seminale di G.L. Williams, *International Law and the Controversy concerning the Word "Law"* (1945), trad. it. *La controversia a proposito della parola "diritto"*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, 10 ss.

² L'opportunità di tale contestualizzazione spazio-temporale, anche al fine di limitare i fraintendimenti, è ora sottolineata da S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, n. 17/2018, 2 ss.

Eppure non si tratta, a rigore, di assunzioni del tutto *scontate*. Nel vasto ed accogliente firmamento teorico-giuridico abbondano posizioni apparentemente controintuitive che, in vario modo, revocano in dubbio l'ovvietà di tali presupposti. La scelta di ribadirli in modo espresso *in apicibus* diviene allora un utile strumento per delimitare, anche solo convenzionalmente, l'ambito della nostra riflessione.

In tale chiave, avrebbe decisamente poco senso scandire quest'ultima a partire – ad esempio – da una prospettiva teorica radicalmente giusrealista, secondo la quale le norme giuridiche, per come siamo abituati a concepirle, neppure esisterebbero, essendo piuttosto il frutto delle illusioni di un “pensiero magico”³. E altrettanto poco promettenti parrebbero ai nostri fini anche quelle “traduzioni” del giusrealismo sul piano interpretativo, proprie in particolare di impostazioni “scettiche” che a priori, per i loro stessi presupposti definitivi, implicano che tutte le norme, incluse dunque quelle costituzionali, in quanto significati, siano *sempre, necessariamente ed esclusivamente* prodotte dai giudici, nella loro veste di interpreti (kelsenianamente autentici) delle relative disposizioni⁴.

Si pensi anche, tuttavia, a impostazioni del tutto diverse, ricalcate sul modo con cui i giudici stessi (ed in particolare le supreme magistrature) argomentano le proprie decisioni in punto di diritto, rappresentando le norme addotte a fondamento delle relative sentenze automaticamente come l'unica “*right answer*” implicita nell'ordinamento⁵, che nel diritto postmoderno verrebbe dunque semplicemente “rinvenuta” dai giudici in una realtà giuridica preesistente (anche se non necessariamente di origine autoritativa)⁶. Impostazioni che così – attraverso una mossa formalistica, seppur animata da intenti chiaramente antipositivistici – parrebbero negare qualsiasi contributo realmente “discrezionale” o “creativo” nella ricostruzione delle fonti e delle norme da esse tratte effettuata da parte dei giudici, rendendo di fatto impossibile distinguere i casi in cui questi ultimi davvero “produrrebbero” norme (nel senso più forte dell'espressione qui accolto)⁷.

Si pensi infine – ma l'elenco potrebbe facilmente allungarsi – alle impostazioni di stampo più formale che viceversa assumono come i giudici, autorizzati secondo l'ordinamento giuridico positivo a produrre non norme ma esclusivamente decisioni relative alla specifica controversia e/o questione, per definizione (e per autentica necessità concettuale) non

³ Cfr. classicamente K. Olivecrona, *Law as fact*, London, Oxford University Press, 1939.

⁴ Disposizioni che dunque il legislatore o il Costituente “produrrebbero” dunque soltanto come entità linguistiche strutturalmente “plurisenso” (o, nei casi più estremi, prive di qualunque senso prima che venga loro “immesso” dall'interprete). In argomento v. per tutti, anche per opportune precisazioni, R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004; nonché Id., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁵ Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, ma v. già Id., *Judicial Discretion*, in *Journal of Philosophy*, 60, 1963, 624 ss.

⁶ V. in particolare P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017; nonché, in analogia linea di pensiero, G. Zaccaria, *Postdiritto*, Bologna, il Mulino, 2022.

⁷ Esito, questo, condiviso anche da molti degli approcci ascrivibili alla c.d. ermeneutica giuridica, secondo la quale ogni atto interpretativo/applicativo sarebbe necessariamente anche almeno in parte “creativo”, senza però che sia possibile distinguere chiaramente tra i diversi tipi (e gradi) di creatività, e insieme anche tra apporti ammissibili e non di creatività interpretativa, nonché tra piano descrittivo e prescrittivo dell'analisi: cfr. emblematicamente J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., Athenäum, 1972; per la ricezione in Italia dell'ermeneutica giuridica v. F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, nonché, più recentemente (e in una prospettiva parzialmente diversa, a mio avviso più vicina alla sensibilità del “giurista positivo”), i saggi di G. Carlizzi, B. Pastore e T. Gazzolo contenuti nel monografico di *Diacronia*, n. 1/2022.

concorrano *mai* alla creazione/produzione di norme generali anche quando le adducano a premessa delle proprie decisioni⁸.

1.2. *L'esistenza del diritto come oggetto semiotico*

Ovviamente, con quanto appena osservato, non si vogliono sbrigativamente liquidare importanti correnti del pensiero giuridico, che per essere adeguatamente confutate, sempre che ciò sia possibile, necessiterebbero di ben altre analisi. Sono però convinto che questo svolgimento possa costituire un tassello utile a mettere in rilievo (e a problematizzare) alcuni degli elementi maggiormente controintuitivi di tali impostazioni, suggerendo magari, per lo meno in certi casi, di considerarli come altrettante criticità. E ciò segnatamente nella misura in cui i ragionamenti seguenti riescano effettivamente a tratteggiare, motivandola, una visione del diritto e dei suoi meccanismi di "produzione" più aderente sia alla autorappresentazione dei giuristi stessi che alle idee del comune cittadino. A mio avviso, infatti, sarebbe utile non dimenticare la premessa, anch'essa apparentemente piana ma non per questo così ovvia, secondo cui «nelle situazioni normali, il pensiero giuridico è parte di una pratica che nel complesso fa quello che dice di fare e lo fa nel modo in cui pensa di farlo»⁹.

Per realizzare al meglio tale obiettivo, la cornice teorico-generale preferibile porta a considerare il diritto (inteso nel senso ampio di "ordinamento giuridico") come un oggetto semiotico complesso, composto primariamente da regole coercitive volte a influenzare le condotte umane (ritenute) socialmente più rilevanti¹⁰. Un simile apparato, dal canto suo, esiste in quanto pratica sociale che coinvolge necessariamente (anche se, come vedremo, con compiti e pesi differenti) sia specifici professionisti (i giuristi, nel senso lato del termine) che tutti i consociati (gente comune)¹¹.

Questo oggetto semiotico ha una sua esistenza complessiva, quale entità immateriale, derivante dal convergere delle *credenze* di tutti i consociati circa il fatto che *esista* un diritto e solitamente, salvo cioè in situazioni di gravissima crisi sociale (rivoluzione, guerra civile, invasione di forze straniere *etc.*), anche un *unico* diritto. In altre parole, il diritto *esiste* perché la gente (una collettività organizzata in società) *crede che esista*; e proprio *in quanto* ci crede, e agisce di conseguenza, lo fa esistere.

⁸ Un brillante tentativo in tal senso si rinvia nell'importante volume di A. Pino, *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Padova, Cedam, 1996.

⁹ M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010, 15. Cfr. anche *ivi*, 20: «Il diritto necessariamente è, in definitiva, quello che tutti pensano che sia. Detto in altro modo, il diritto non potrebbe esserci se la vasta maggioranza della gente non lo considerasse tale, perché il diritto è appunto costituito da ciò che tutti pensano che sia».

¹⁰ Cfr. U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955, 91 ss., nonché, per un ulteriore approfondimento degli aspetti semiotici della problematica, *Id.*, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, Accademia delle Scienze, 1959.

¹¹ Al di là delle singole citazioni, seguirò qui ampiamente M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., alla cui impostazione teorica (poi ripresa e precisata in *Id.*, *Esistenze. Appunti di metafisica giuridica*, Modena, Mucchi, 2022) sono particolarmente debitore, avendo peraltro già provato a riassumerla ed applicarla, per un caso più particolare, in F. Pedrini, *La legalità inesistente*, in G. Acocella (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, Giapichelli, 2022, 1 ss.

L'efficacia costitutiva di certe pratiche sociali, e nello specifico delle credenze che animano e rendono possibile la pratica, non è una prerogativa propria soltanto del diritto. Funzionano in modo simile, ad esempio, anche il linguaggio e le religioni, che “esistono” (coi loro significati e le loro liturgie) solo fintanto che le relative credenze permangono e vengono agite a livello sociale¹².

Il diritto longobardo o il diritto della Repubblica platonica dei filosofi, per capirci, oggi “non esistono” (= non sono diritto esistente) perché nessuno nella società crede (più e/o ancora) che essi esistano (anche se in passato il diritto longobardo è esistito e anche se nulla vieta, in ipotesi, che domani potrebbe esistere un diritto della repubblica platonica), comportandosi poi di conseguenza.

Ovviamente la credenza (collettiva) circa l'esistenza o meno di un certo diritto non è *arbitraria* e di solito si strutturerà intorno a istituzioni stabili e dotate della capacità di far complessivamente accettare le proprie regole relative alla coazione sociale, dunque anche di generare un certo grado di effettività sociale di dette regole, se del caso appunto anche imponendole con la forza. In questo senso, sussiste senz'altro un rapporto circolare tra l'effettività sociale di un ordinamento e la convinzione diffusa tra i consociati in ordine alla esistenza di quest'ultimo. Tanto più sarà convinti del fatto che tale ordinamento esista, tanto più esso sarà effettivo e viceversa.

Per lo meno dal punto di vista logico, tuttavia, l'effettività sociale è da intendersi primariamente come *conseguenza*, non come *causa*, del sussistere della credenza collettiva in ordine all'esistenza di un certo diritto. Le varie “istituzioni”, infatti, possono esprimere i loro sistemi di regole, ed eventualmente imporle ai soggetti recalcitranti, solo perché i relativi attori – daccapo – *credono* nell'esistenza delle regole che rispettano, talora pongono e se del caso impongono¹³.

¹² L'analogia tra la (problematica) “modalità di esistenza” del diritto e quella del linguaggio, è non a caso al centro della riflessione di A. Ross, *Directives and Norms* (1968), trad. it. di M. Jori, *Direttive e norme*, Milano, Comunità, 1978.

¹³ È evidente una certa assonanza di tale ricostruzione con la prospettiva istituzionalistica (v. per tutti S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, Enrico Spoerri, 1918), che da questo punto di vista può essere letta come il tentativo di “oggettivizzare” questo fascio di credenze (intersoggettive circa l'esistenza di un diritto) in un concetto, quello di ‘ordinamento’, latore di una “giuridicità” originaria. Ai nostri fini si può intendere questa tesi al più come una metafora sintetica, particolarmente icastica e per certi versi senz'altro anche utile per scopi esemplificativi/esplicativi, ma solo finché ci si ricorda che si tratta di una metafora, senza cioè che l'idea di questo ordinamento originariamente giuridico “oggettivo” si trasformi in una ipostasi.

Analoghe considerazioni potrebbero farsi pure rispetto alla prospettiva decisionista (cfr. emblematicamente C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1922), nel senso che la decisione assunta nel “caso di eccezione” da chi a posteriori potrà individuarsi come il “sovrano” (pensiamo nel caso italiano attuale al *referendum* istituzionale e all'Assemblea costituente, quali esiti di uscita dal secondo conflitto mondiale determinati dalle forze politiche in quel momento egemoni) potrà costituire l'essenziale avvio simbolico di una nuova credenza collettiva, ma non sarà sufficiente a generarla, tantomeno in modo istantaneo (su queste complesse tematiche sono preziose le recenti riflessioni di O. Chessa, *Decisionismo e fondazione del diritto*, Modena, Mucchi, 2024).

1.3. La norma di riconoscimento e l'individuazione del diritto

Un sintomo significativo di questa peculiare condizione di esistenza del diritto – si ripete: del diritto come complessivo ordinamento giuridico – è che i giuristi non sembrano avere realmente sviluppato un *proprio* criterio tecnico/scientifico per individuare il diritto esistente. Piuttosto, essi lo individuano con modalità ancillari rispetto al (e pragmaticamente vincolate dal) “senso comune”, espressione sintetica con la quale ci riferiremo a quell’insieme di credenze intorno all’esistenza del diritto (= ordinamento) di cui abbiamo fatto cenno.

I giuristi (e tra essi i giudici), naturalmente, hanno modalità tecniche molto raffinate per sistematizzare il diritto esistente (in termini di fonti e di norme), ma solo dopo aver individuato quale esso sia (come ordinamento complessivo), a partire da una sua “norma di riconoscimento”, che funga da “fonte sulle fonti”¹⁴. Quest’ultima può essere, come nell’attuale caso italiano, una costituzione scritta, ma potrebbe anche essere un principio non scritto e consuetudinario come quello del *King/Queen in Parliament* del modello inglese (o ancora un insieme ancor più indeterminato di usanze nei c.d. diritti “primitivi”).

L’individuazione di una (unica) norma fondamentale, che esprima quanto meno un elenco (o comunque un criterio identificativo) delle (altre) fonti del diritto, (solo) a partire dal quale si potrà svolgere l’analisi tecnica da parte dei giuristi, rappresenta né più né meno che una necessità logica. Si potrà infatti ragionare analiticamente sulle singole soluzioni giuridiche (*quid juris*) solo dopo aver definito quale sia il diritto all’interno del quale ci muoviamo (*quid ius*) e dunque quali atti o fatti siano idonei a produrre norme che valgano come giuridiche in quanto elementi di quel sistema. Ma per rispondere a questa seconda domanda è per forza di cose necessario un criterio: quella che qui appunto si è chiamata, sulla scia di Hart, “norma di riconoscimento”.

Il fatto che (a), nel nostro caso (in Italia qui e ora), ci sembri del tutto *ovvio* che tale norma fondamentale sia da rinvenire nella Costituzione repubblicana del 1948, e che (b) da giuristi ci appaia in verità pleonastico (e in fondo inutilmente cervellotico) discutere sia di questo aspetto sia del fatto che la Costituzione risulti essa stessa fonte del diritto (salvo poi magari discutere, come in passato, sulla sua portata più o meno direttamente “normativa” e non semplicemente “politica” o “programmatica”), non toglie proprio nulla al fatto che (c) tale scelta *non* si possa fondare autoreferenzialmente (sulla base di ulteriori qualificazioni da parte del diritto), ma debba essere effettuata sulla base di qualche criterio di conoscenza necessariamente *esterno* al diritto stesso¹⁵

Insomma, il criterio deve esserci anche se non viene esplicitato. Semmai, il fatto che i giuristi non avvertano come problematico questo passaggio, e non sembrino in alcun modo avvertire il bisogno di esplicitare un loro autonomo criterio tecnico, è la spia (e in questo senso

¹⁴ Il riferimento principale è qui ovviamente all’opera di H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1965, part. cap. VI.

¹⁵ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., 50: «mentre un ordinamento normativo può indubbiamente contenere criteri di auto-identificazione e non c’è dubbio che un complesso coordinato di fonti del diritto possa determinare il resto di un diritto vigente, invece per poter usare tali criteri endogiuridici, come fanno tutti i giorni i giuristi, dobbiamo aver *già* deciso di usare un sistema di fonti piuttosto che un altro».

un'indiretta attestazione) del fatto che essi si appoggiano, in questa operazione, soltanto al senso comune.

Sta di fatto che, nei rari casi in cui i giuristi si sono occupati in modo esplicito della questione dei criteri per riconoscere l'esistenza del (= di un) diritto, senza cioè limitarsi circolarmente a presupporla, le risposte offerte sono state per lo più artificiose e/o inappaganti.

Si prenda ad esempio la tesi "classica", portata avanti anche in Italia dal giuspositivismo analitico¹⁶, che parrebbe identificare l'esistenza di un ordinamento giuridico con l'effettività complessiva dei suoi precetti¹⁷, la quale a sua volta si realizzerebbe con la spontanea osservanza (della maggioranza) degli stessi da parte dei loro destinatari e/o con l'erogazione di (sufficienti) sanzioni in caso di violazioni riconosciute. Ebbene, come già si diceva, da un certo punto di vista il fatto che un diritto non meramente immaginario finisca poi necessariamente per essere anche effettivo nella realtà sociale è un elemento del tutto scontato. Ciò che scontato non è affatto, invece, è che la supposta *verifica* di tale effettività – la quale, se si adottasse *davvero* tale criterio di esistenza, dovrebbe costituire l'operazione preliminare di ogni scienza giuridica per poter avviare le proprie analisi – curiosamente non sembrerebbe mai rientrare tra le attività concretamente svolte da nessun giurista¹⁸.

Né una migliore valutazione, in termini di verosimiglianza, parrebbe in grado di riscuotere il tentativo di Kelsen di ricondurre integralmente l'esistenza del diritto – inteso spiritualmente come puro *Sollen* – alla categoria della sua *validità* tramite il noto espediente della *Grundnorm*¹⁹. Invero, «Secondo Kelsen [...] tutto ruota attorno a una norma (ipotetica), la norma fondamentale che non è una norma di diritto positivo ma lo strumento mentale del giurista per decidere della esistenza di un ordinamento giuridico. Si ricava l'impressione che sia ipotetica non solo la norma fondamentale ma anche l'operazione mentale in cui essa verrebbe impiegata, visto che i giuristi non la compiono affatto e non sembrano avvertire la necessità di accertare l'effettività degli ordinamenti di cui si occupano»²⁰.

¹⁶ Si prenda a generale riferimento sul punto l'influente testo di N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996; ma cfr. anche Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993. Per la espressa definizione del diritto (esistente) come ordinamento coattivo cfr. in particolare Id., *Diritto*, in N. Bobbio, N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 1976, 320 ss.

¹⁷ Sulla scia delle considerazioni sul principio di effettività svolte in H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, ETAS, 120 ss.

¹⁸ Per dirla ancora una volta con M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., 54, non ci sarebbe «nulla di impossibile o contraddittorio in una giurisprudenza fondata davvero su un requisito di effettività. Tuttavia non c'è traccia di ricerche sulla effettività neppure come premessa delle descrizioni tecniche della giurisprudenza; non ce n'è traccia nella storia del diritto né negli studi di diritto». E cfr. ancora *ivi*, 56: «Deve essere altresì chiaro che giuristi, giudici e gente comune partecipanti alla pratica giuridica non mostrano alcuna propensione ad accertare davvero il fatto fantasticamente complesso sul piano concettuale e empirico della effettività sociale di un diritto e di una norma di riconoscimento; né vengono mai scoperti a praticare quello che dovrebbe essere l'atto preliminare di ogni discorso giuridico, la misurazione della effettività complessiva o media delle singole norme da essa riconosciute».

¹⁹ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, 98 ss.

²⁰ M. Jori, *Esistenze*, cit., 63.

Qui beninteso non è in discussione la necessità logica – tanto più per un pensiero, come quello del giurista contemporaneo, necessariamente alle prese con ordinamenti complessi e ampiamente basato sulla contrapposizione tra norme valide e invalide – di postulare tramite la *Grundnorm* (*condicio per quam*) la validità della costituzione, atteso che il concetto stesso di 'validità' come corrispondenza alle regole sulla produzione previste da una norma di grado superiore non può essere, atteso l'evidente *regressus ad infinitum*, applicato alla fonte/norma

Insomma, di un criterio operativo specialistico, utilizzato effettivamente dai giuristi per individuare il diritto che davvero “c’è” (= l’ordinamento giuridico esistente, a differenza dei molti meramente ipotetici e/o immaginari), non si trova traccia alcuna. Eppure, giuristi e gente comune non sembrano avere particolari dubbi nel compiere questa operazione e convergono pacificamente sulle stesse conclusioni. Il che lascia supporre (a) che il criterio implicitamente utilizzato sia il medesimo e che dunque (b) esso sia per forza di cose ascrivibile a valutazioni di senso comune: «la individuazione del diritto vigente in ciascuna società non può venire che dalla convergenza delle credenze alla base del senso comune, nei modi conoscitivi tipici del senso comune. Una conoscenza immediata e condivisa, non riflessiva e meditata. Il diritto vigente non è individuato dai giuristi. Essi prendono le mosse per le loro operazioni tecniche da quello che tutti pensano e che conoscono benissimo senza studiarlo perché lo condividono»²¹.

Per confermare il fatto che, in un dato contesto spazio-temporale, sia proprio il convergere delle credenze sociali collettive (= senso comune) a consentire l’automatica, ovvia e altresì ineludibile risposta circa la norma di riconoscimento – del resto – basti per ora un semplice esperimento mentale. Se un giurista italiano contemporaneo provasse a negare pubblicamente che la *nostra* norma di riconoscimento sia la Costituzione della Repubblica del 1948, proponendo un criterio alternativo che da essa si discosti in modo palese (ad esempio, i Trattati UE o lo Statuto albertino), si supporrebbe una provocazione (Trattati UE) o in alternativa il nostro giurista verrebbe semplicemente preso per folle (Statuto Albertino).

È altresì interessante notare che una cosa simile invece non capita affatto ad altre categorie di studiosi quando le loro tesi si discostano dal senso comune: pensiamo, ad esempio, ai fisici quando parlano della materia e della sua esistenza anche in modi altamente controintuitivi. Questo accade poiché, con la loro attività (teorica e applicata), gli scienziati “duri” (1) hanno raggiunto risultati notevolissimi e (2) li hanno raggiunti proprio in virtù dell’autonomia del relativo metodo, che li ha portati necessariamente a distaccarsi dal senso comune. La qual cosa non è capitata ai giuristi, i quali semmai, quando si allontanano troppo dal senso comune nelle loro teorie e nelle loro ricostruzioni delle fonti e delle norme del diritto, vengono tradizionalmente (e non sempre a torto) guardati con un certo sospetto (*Juristen, böse Christen...*).

La norma di riconoscimento del diritto esistente in un certo tempo e luogo, dunque, non la scelgono liberamente (né la immaginano arbitrariamente) i soli giuristi, essendo in ciò pragmaticamente condizionati dal (e vincolati al) senso comune²².

Con ciò non si vuole sostenere che, nel caso dell’ordinamento giuridico italiano attuale, le credenze dei comuni consociati relative al diritto esistente debbano *tutte* per forza insistere, *consapevolmente e direttamente*, sulla Costituzione. È logico presumere che questo specifico

apicale. Quel che si contesta è piuttosto l’affermazione kelseniana relativa al fatto che i giuristi utilizzano davvero l’effettività come criterio operativo per verificare empiricamente l’esistenza di un ordinamento “reale” e non meramente immaginario (*condicio sine qua non*).

²¹ M. Jori, *Esistenze*, cit., 29-30.

²² Cfr. ancora M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., 69-70: «questa dipendenza del senso comune, tanto comune da divenire invisibile, non è un difetto della “scienza giuridica” ma è una cosa necessaria, vista la natura del diritto come impresa collettiva, se si vuole che il diritto dei tecnici mantenga una relazione con il diritto della gente. Questa esigenza distingue nettamente l’impresa giuridica dalle scienze della natura e dalle scienze in generale. Il diritto infatti è un’impresa collettiva a cui partecipano non solo i giuristi ma tutti gli altri».

tipo di atteggiamento possa riguardare solo una certa percentuale della popolazione, tendenzialmente quella più scolarizzata e culturalmente riflessiva; per altri la diretta esperienza col diritto, con le connesse credenze, si limiterà a frammenti diversi e più disomogenei (il contratto, l'atto di citazione, il giudice, la legge, il furto, il poliziotto *etc.*). Atteso però che sembra lecito presumere come non siano più in molti a credere di vivere nell'impero romano o sotto i Savoia e che la Costituzione (anche solo attraverso i suoi molteplici richiami e usi "retorici" nel discorso pubblico) abbia ormai raggiunto larghi strati della popolazione, il dato importante è che tutte le credenze o quasi convergeranno *oggettivamente*, anche se magari solo in modo indiretto e a volte inavvertito, verso la Costituzione del 1948 come *rule of recognition* del nostro ordinamento.

Del resto, come correttamente sottolinea lo stesso Hart, «nella maggior parte dei casi la norma di riconoscimento non viene *dichiarata*, ma la sua esistenza *si manifesta* nel modo in cui vengono individuate (per giuridiche) le norme particolari»²³.

1.4. Il diritto tra credenze di senso comune e attività tecnica dei giuristi

Da qui in avanti, però, il condizionamento derivante dal senso comune, cruciale come si diceva nella fase preliminare dell'*individuazione* del diritto (come ordinamento complessivo), perde progressivamente di mordente mano a mano che ci si addentra nella fase successiva della più precisa *determinazione* del diritto (in termini di fonti e di norme).

Le credenze collettive di senso comune sono necessarie e sufficienti a individuare il diritto come ordinamento, a partire da una norma di riconoscimento. Per il senso comune, tuttavia, tale norma resterà per lo più un'entità ampiamente generica: identificabile e identificata, sì, ma dai contorni sfumati. Il convergere delle credenze di senso comune indica nel nostro caso che la norma di riconoscimento del diritto italiano qui e ora esistente è la Costituzione del 1948, certo; dei suoi contenuti specifici però si saprà molto poco di preciso a livello di senso comune²⁴. La puntuale determinazione delle fonti e delle norme di qualsiasi ordinamento a partire dalla sua norma di riconoscimento e la stessa precisa esplicitazione dei dettagli contenutistici di quest'ultima, infatti, è un compito per forza di cose svolto – anche qui collettivamente – dai giuristi.

Potremmo dunque dire – molto sommariamente, e a patto di intenderci – che il diritto come ordinamento (e come *quell* ordinamento qui e ora esistente) è prodotto (= individuato) dalle credenze (collettive) di senso comune, mentre il diritto come insieme di fonti e di norme è prodotto (= determinato) dalle credenze (collettive) dei giuristi. Queste ultime, dal canto loro, non si genereranno e non evolveranno in un "vuoto giuridico", ma resteranno sempre, nella pratica giuridica complessiva, in necessaria connessione col senso comune. E ciò proprio in forza della fondazione condivisa in una norma di riconoscimento che, per lo meno nelle sue grandi linee, non potranno in alcun modo "smentire".

²³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1965), cit., trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, 120.

²⁴ Il che beninteso non esclude che ci siano anche dei non giuristi dotati di specifiche competenze, ma saranno sempre una piccola minoranza.

Quanto meno negli Stati moderni, infatti, il funzionamento del diritto è semplicemente inimmaginabile senza l'intermediazione di un gruppo di professionisti che guidi i profani nella ricostruzione delle soluzioni giuridiche, interagendo costantemente con loro a vario livello. Il contributo dei giuristi e in generale di tutti gli operatori giuridici professionali (giudici, avvocati, notai, pubblici funzionari *etc.*) si rivela insomma *pragmaticamente necessario* perché, senza la loro opera, la pratica sociale collettiva in cui consiste il diritto banalmente non potrebbe funzionare²⁵.

Per dimostrarlo basta riflettere sul fatto che tanto i contenuti delle norme sostanziali quanto (a maggior ragione) quelli dei meccanismi procedurali e processuali sono noti al *quavis de populo* solo in modo assai parziale e frammentario. Ne consegue che i comuni cittadini, quando sorgono situazioni conflittuali non risolvibili se non con l'ausilio del diritto, devono giocoforza rivolgersi a un professionista sia (preliminarmente) per conoscere più nel dettaglio la qualificazione giuridica del caso concreto che li interessa, sia (successivamente) per essere assistiti nelle eventuali fasi che prevedono un contatto con le varie autorità del diritto, a partire da quelle giurisdizionali. Né, del resto, tali autorità potrebbero oggi essere esercitate esclusivamente – e, a onor del vero, neppure prevalentemente – da profani, richiedendo invece a loro volta la partecipazione di un gruppo di professionisti specificamente addestrati allo studio del diritto e alla sua applicazione.

Il contributo di questi ultimi, inoltre, è *costitutivo* perché, al pari delle credenze diffuse a livello sociale su cosa sia il diritto esistente nel suo complesso, il diritto vigente nei suoi contenuti specifici – a partire dall'esatta individuazione delle fonti, passando alla ricostruzione delle singole norme e giungendo alla qualificazione delle singole condotte concrete – è “determinato”, per banale che sia evidenziarlo, soltanto da coloro che sono tecnicamente in grado di farlo, vale a dire daccapo i giuristi, seppure in strutturale e necessaria interazione col sentire comune.

In tale compito di determinazione (delle fonti e delle norme) del diritto i giuristi saranno influenzati da molteplici fattori, a partire dalla (maggiore o minore) specificità della norma di riconoscimento (variabile della “costituzione positiva”), che potrà essere più o meno precisa nell'indicare le fonti del relativo diritto, insieme alle eventuali modalità per la loro interpretazione/applicazione/integrazione/attuazione.

In questo senso, l'attività dei giuristi risulta per un verso *necessariamente condizionata* dalla norma di riconoscimento tramite la quale il senso comune individua il diritto esistente (in un certo tempo e in un certo spazio). Per altro verso, tuttavia, l'attività di determinazione svolta dai giuristi *non* può dirsi (sempre, in ogni suo aspetto) *logicamente implicata*, e dunque interamente predeterminata nei suoi sviluppi, dall'individuazione di senso comune della *rule of recognition* di un dato ordinamento giuridico.

Da un lato, come già si osservava, nessun giurista può davvero permettersi di negare il senso comune circa la norma di riconoscimento, a pena di escludersi in modo radicale dalla pratica sociale giuridica. Il giurista che – per intendersi – provasse a ricostruire l'attuale diritto

²⁵ È segnatamente questo aspetto, peraltro, che consente di parlare della giurisprudenza come scienza “pratica”, nel senso di orientata a rendere possibile l'applicazione del diritto. Sul punto è ancora fondamentale S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, 49 ss.

italiano sulla base dello Statuto albertino o dal *Corpus juris civilis*, invece che a partire dalla Costituzione repubblicana, non riuscirebbe (neppure nella sua minuscola quota parte) a determinare proprio nulla perché la sua proposta verrebbe presa per una burla, o lui per matto. Il senso comune circa ciò che il diritto esistente è non può essere in alcun modo “contraddetto” (tanto meno sovvertito) dalla determinazione professionale svolta dai giuristi per la banale ragione che la seconda si basa necessariamente – per necessità pragmatica – sul primo. In questo senso, i giuristi sono costantemente e inevitabilmente condizionati dal senso comune nella loro opera di determinazione/ricostruzione dell’ordinamento.

Dall’altro lato, però, il condizionamento che deriva ai giuristi dalla nozione di diritto di senso comune e dalla relativa norma di riconoscimento risulta per sua natura un vincolo di carattere strutturalmente generico ed elastico²⁶. Il senso giuridico comune circa il diritto esistente oggi in Italia – per capirci – imporrà senz’altro al giurista di articolare le proprie analisi a partire dalla Carta repubblicana del 1948 (e non dallo Statuto albertino), ma non sarà in grado di esprimere granché, anche in termini di efficacia (pragmaticamente) vincolante, circa l’esatta “natura” e il contenuto specifico della Costituzione. L’affermazione – che qui si farà largamente nostra – per cui, nell’attuale ordinamento giuridico italiano, la norma di riconoscimento è per forza di cose la Costituzione scritta deve insomma sempre accompagnarsi alla consapevolezza che tale equivalenza è limitata all’ossatura di quest’ultima, ad una sua configurazione necessariamente essenziale e panoramica.

Persino negli ordinamenti giuridici più evoluti, del resto, dove è riscontrabile una Legge fondamentale che esprime formalmente una disciplina dettagliata delle fonti del diritto (inclusa, volendo, se stessa) ed eventualmente anche della loro interpretazione, sussistono comunque limiti intrinseci alla predeterminazione. Anche al di là del delicato rapporto simbiotico tra linguaggio giuridico (ed in particolare tra linguaggio costituzionale) e linguaggio comune²⁷, una legge, e a maggior ragione tipicamente una Costituzione, non sono (per lo meno: non ancora) formulazioni algoritmiche²⁸. Diviene dunque pressoché inevitabile che permangano zone grigie, nelle quali interviene in chiave integrativa l’attività (più o meno) discrezionale dei giuristi nella determinazione delle fonti e delle norme di quell’ordinamento giuridico (incluse quelle costituzionali).

Il tutto anche a tacere dei possibili tentativi, più o meno consapevoli, di giudici e giuristi di discostarsi da quanto eventualmente codificato dalla Costituzione scritta in forza di elementi ulteriori e diversi da quest’ultima. Situazione, questa, non così infrequente – e di cui si dirà meglio a breve, parlando appunto della produzione giurisprudenziale delle norme –, che parrebbe imputabile a una pluralità di fattori, tra cui anche, senza pretesa di esaustività: (i) l’assetto del sistema politico (variabile “istituzionale”), che potrà essere più o meno efficace nel mantenere in capo a certi organi il monopolio della produzione delle regole giuridiche; (ii) i

²⁶ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., 111: «il normale concetto di diritto del senso comune in tutta la sua vaghezza [...] è sufficientemente elastico da ammettere, peraltro, delle varianti di credenze che percorrono regolarmente la storia del diritto, la cultura giuridica e l’operato dei tecnici del diritto. Che sono anche loro comunque legati ai limiti del senso comune nella individuazione/identificazione del diritto».

²⁷ Cfr. G. Silvestri, *Linguaggio della costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 229 ss.

²⁸ Riflette ora su questa prospettiva e sulle relative implicazioni F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

propri orientamenti metodologici e ideologici (variabile della “cultura giuridica”), i quali pure risulteranno sempre in necessaria connessione pragmatica con (iii) l’idea di diritto di senso comune (variabile “dell’orizzonte sociale”).

2. La “produzione” delle “norme” da parte della giurisprudenza

2.1. La “esistenza” delle singole norme

Nel perimetro di questa cornice teorica siamo ora in grado di precisare meglio cosa si possa intendere per ‘produzione’ e per ‘norma’ all’interno del ragionamento che stiamo articolando con più specifico riferimento alla produzione delle norme costituzionali.

Quanto alla ‘produzione’, più che ad un singolo atto di creazione istantanea, completa e definitiva da parte di un unico soggetto, si deve pensare a un processo collettivo e continuo, portato avanti da attori plurimi (legislatore, giuristi accademici, gruppi organizzati della società civile, avvocati, funzionari, giudici *etc.*) nel corso del tempo²⁹.

In tale contesto, così come una riforma legislativa o una modifica costituzionale non esauriscono in un *fiat* la produzione delle relative norme giuridiche, ma semmai ne costituiscono soltanto l’avvio formale più evidente, neppure è la sentenza di un singolo giudice, per quanto autorevole, a chiudere il discorso.

Il “prodotto” in questione, infatti, ovvero le ‘norme’ (costituzionali) non si possono ridurre al (e non coincidono concettualmente col) singolo significato prescrittivo di una qualsivoglia enunciazione, sia essa di un legislatore o di un giudice. Le ‘norme’ non *sono* semplici significati (di un singolo “atto normativo”), bensì modelli di comportamento, il cui contenuto può semmai essere *espresso* (= rappresentato) da determinati enunciati (o enunciazioni di enunciato). Detti enunciati sono tipicamente contenuti ed esplicitati in particolari tipologie di atti (o comunque sono esprimibili come il senso giuridico di certe tipologie di fatti), a loro volta chiamate ‘fonti’ (del diritto) proprio in virtù della credenza collettiva che li ritiene idonei a esprimere non solo significati (prescrittivi), ma autentiche norme (giuridiche).

‘Norme’ sono, in particolare, quei modelli di comportamento che la collettività (non sempre omogenea) dei giuristi – nella sua necessaria interazione pragmatica col senso comune – è disponibile ad accettare (che non significa per forza *condividere eticamente*) come riferimento e ad utilizzare come base per la sua funzione ausiliaria all’applicazione del diritto. Sono segnatamente questa accettazione e questo utilizzo a rendere tali modelli di comportamento

²⁹ Si potrebbe forse avvertire (e me la segnalava generosamente Massimo Cavino) una prossimità tra questa tesi e alcune prospettive di taglio sociologico-giuridico sviluppatesi autorevolmente in Germania, a partire dagli studi seminali di N. Luhmann (*Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981) e G. Teubner (*Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989).

Ammetto sia di aver letto, a suo tempo, entrambi questi autori, sia – temo – di non averli capiti del tutto. Nutro, in particolare, dei seri dubbi rispetto all’esistenza di un autentico “vocabolario comune” coi giuristi c.d. positivi, da cui anche l’alto rischio di fraintendimenti. Pur non costituendo (consapevoli) fonti teoriche di ispirazione di questo scritto, lascio comunque al lettore di valutare se esistono per lo meno delle oggettive “somiglianze di famiglia” che vadano al di là della semplice assonanza.

“effettivi”, siano essi riconducibili o meno a un singolo atto normativo (di un legislatore, di un giudice *etc.*)³⁰.

Quante e quali norme facciano parte dell’ordinamento in un dato istante di tempo, essendo state “prodotte” in questo modo, sarà talora una questione empiricamente difficile da accertare. Spesso i giuristi stessi, nella loro opera di ricostruzione dell’ordinamento esistente (delle sue fonti e delle relative norme “per come oggi sono”), procederanno tramite ipotesi e presunzioni in ordine ad un verosimile grado di accettazione collettiva delle singole proposte ricostruttive/interpretative.

Da questo punto di vista, nel nostro contesto politico-istituzionale, è logico attendersi che gli interventi legislativi (a maggior ragione se di revisione costituzionale), esplicitati nei relativi atti, siano più facilmente ritenuti e accolti – dalla comunità dei giuristi e da quella allargata – come direttamente e liberamente produttivi di norme giuridiche. Gli interventi della giurisprudenza, dal canto loro, verranno nella maggior parte dei casi considerati e recepiti quali modelli normativi in modo più indiretto, nella misura in cui siano intesi come espressione di un potere normativo maggiormente vincolato, tipicamente di completamento e di precisazione di quanto disposto dall’autorità politica.

In questa chiave, avremo allora delle *enunciazioni* che in origine potranno anche avere un unico autore (o autrice) che le “produce” (pensiamo appunto, in partenza, alle disposizioni formulate dal legislatore), anche se spesso ci saranno diverse enunciazioni stratificate da parte di diversi autori: ad esempio quelle del legislatore, sulle quali poi interverranno delle meta-enunciazioni del giurista accademico, dell’avvocato, del giudice *etc.*

Le *norme*, dal canto loro, per diventare un effettivo e (relativamente) stabile modello di comportamento (e non limitarsi a restare un’isolata enunciazione) vedranno per necessità il concorso di più soggetti – non solo il legislatore, ma appunto anche i giuristi, i funzionari, i giudici, che interagiranno tutti coi destinatari dei precetti – i quali, coi loro atteggiamenti (= credenze) e i relativi comportamenti (di accettazione, esplicazione, applicazione *etc.*), le “produrranno” nel senso sopra indicato nel corso del tempo.

Per comodità, tuttavia, useremo una *sineddoche* per dire che la tal norma – esistente in un certo istante di tempo quale elemento dell’ordinamento giuridico – è stata prodotta da un autore specifico quando la relativa “proposta”, tipicamente riassunta in un’enunciazione (legislativa, accademica, forense, giurisprudenziale *etc.*) ha (o sembra avere, o supponiamo che possa avere) successo in termini di accettazione come modello di comportamento e di giudizio da parte dei giuristi nella loro azione collettiva di ausiliari dell’applicazione del diritto³¹.

Al di là della riformulazione un po’ insolita, credo che questa idea sia largamente diffusa tra gli stessi giuristi. Col ricorso ad espressioni quali orientamento o posizione “consolidata” in

³⁰ Sulla differenza tra la caratteristica oggettiva, riscontrabile descrittivamente dall’esterno, dell’effettività di un ordinamento (e delle sue norme) e quella della sua accettazione (che – giova ripetere – non necessariamente è adesione *etica* al relativo contenuto) da una prospettiva interna alla pratica giuridica insiste opportunamente U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, 78 ss.

³¹ Talvolta l’individuazione in concreto dell’effettivo “autore” può risultare complicata, e in certi casi anche fuorviata, a causa di quella che potremmo chiamare “distorsione autoritativa”, dell’atteggiamento cioè che porta a ricostruire le norme sempre e comunque come il “prodotto” di qualche autorità (sia essa legislativa o giurisprudenziale), finendo così per nascondere la “fonte” originaria della relativa proposta (che a volte autoritativa non è, provenendo per esempio dalla società civile, magari per il tramite dell’atto di uno degli avvocati difensori delle parti).

dottrina o in giurisprudenza (o anche con formule esteticamente molto più infelici come dottrina “dominante” o giurisprudenza “prevalente”), essi infatti non fanno altro che alludere in modo sintetico proprio a questa diagnosi (e/o prognosi) di accettazione (maggioritaria) di una proposta ricostruttiva come norma in seno alla relativa comunità (e per suo tramite anche da parte della comunità allargata con la quale a vario titolo comunicano)³².

2.2. Il ruolo della giurisprudenza

Il ruolo della giurisprudenza all’interno delle operazioni di determinazione/produzione del diritto, dunque anche delle norme costituzionali, effettuata collettivamente dai giuristi deve essere inquadrato alla luce di quanto finora precisato.

L’attività giurisdizionale costituisce l’istanza più paradigmatica del ruolo ausiliario all’applicazione del diritto rivestito in realtà da tutti coloro che – giuristi in senso lato, non soltanto accademici – partecipano in modo professionale alla pratica del diritto. Parlare di ‘ausilio all’applicazione’ come funzione oggettivamente svolta dai giuristi non significa in alcun modo alludere a una soggettiva “vicinanza ideale” di questi ultimi rispetto ai contenuti di un certo diritto. I giuristi infatti possono in vario modo avversare tali contenuti – ad esempio distorcendoli nell’interpretazione, promuovendone la modifica in sede politica o anche l’elusione o l’aperta violazione da parte dei relativi destinatari – senza tuttavia vedere intaccato il proprio ruolo di agenti funzionali all’applicazione del diritto dall’interno della pratica giuridica. Quel che conta è soltanto che il professore, l’avvocato, il notaio, il funzionario, e tra costoro in modo massimamente emblematico il giudice, fin tanto che operano come giuristi, “maneggiano” fonti e norme in vista del loro uso – appunto, della loro applicazione – per qualificare giuridicamente delle condotte umane reali o anche solo ipotetiche. E in questo modo permettono al meccanismo del diritto di funzionare (più o meno bene è un altro discorso). Detto ancora altrimenti, consentono ai consociati di agire giuridicamente, cioè di orientare il proprio comportamento “in relazione” (non necessariamente adesiva) a un certo diritto.

Il particolare “peso” rivestito dalla giurisprudenza – qui ovviamente intesa come giurisdizione, non come *Jurisprudence* – all’interno della pratica giuridica per quanto concerne la produzione delle norme è legato alla sua funzione istituzionale di risolvere autoritativamente singole controversie sulla base del diritto.

In un contesto ordinamentale di *civil law* ispirato come il nostro al modello della democrazia rappresentativa, in cui le fonti del diritto espressamente previste nella Costituzione sono

³² Va da sé che il quadro è più complicato di così, non fosse altro perché ci sono ipotesi in cui (si pensi all’adozione di un provvedimento normativo urgente, ad esempio un decreto-legge) l’intermediazione dei giuristi non ha modo di esprimersi se non in misura alquanto limitata. In questo caso le disposizioni normative verranno per lo più assunte come immediatamente e direttamente espressive di norme, il cui contenuto coinciderà coi significati che i destinatari (comuni consociati) riusciranno a evincere dal relativo testo. Pensiamo, a titolo di esempio, a quanto accaduto coi DPCM nei primissimi giorni della pandemia da Covid-19.

In questo senso si può certamente dire che le norme “esistono” (e dunque sono prodotte) anche indipendentemente dall’intervento dei giuristi, o che per lo meno sono prodotte “a grandi linee” (per cui possono regolare situazioni paradigmatiche). Si tratta tuttavia di una situazione non comune e che tipicamente è destinata a durare poco. Anche in situazioni come quella descritta, invero, si è posta fin da subito l’esigenza di chiarire la portata delle disposizioni (tramite ad esempio le FAQ, redatte da tecnici del Governo), riattivando dunque il circuito per cui anche i giuristi sono necessariamente coinvolti nel processo di produzione normativa.

quasi esclusivamente di provenienza politica e nel quale vige il principio di soggezione dei giudici alla legge (art. 101 Cost.), questi ultimi sono formalmente chiamati ad applicare un parametro che si pretende precostituito al loro operato. Lo spazio esplicitamente riservato alla produzione giurisprudenziale del diritto parrebbe insomma, se non proprio «invisibile e nullo»³³, decisamente ristretto e limitato ai casi in cui al giudice sia affidato il compito di integrare l'ordinamento in caso di lacune³⁴ e a tutte quelle ipotesi di discrezionalità "interstiziale" in cui il diritto evincibile dalle fonti non risulta sufficientemente determinato per poter essere univocamente applicato con riferimento a specifiche situazioni o condotte³⁵.

Segnatamente l'ultimo esempio dimostra altresì come, anche solo per applicare autoritativamente – in quei casi di acuto conflitto che sfocino in controversie giudiziarie – un diritto veicolato in massima parte attraverso un discorso altrui (quello del legislatore), talvolta sia inevitabile per il giudice intervenire anche sul relativo linguaggio, precisandolo e completandolo. Del resto, anche quando il discorso delle fonti sia chiaro e sufficientemente univoco per essere applicato senza indecisioni al caso concreto, per il giudice sarà pur sempre necessario per lo meno esplicitarne e ribadire pubblicamente il contenuto. In questo modo, l'amministrazione del diritto diviene anche (e in un certo senso "sfuma" nella) amministrazione del linguaggio giuridico³⁶.

L'amministrazione del linguaggio giuridico, va da sé, non è appannaggio esclusivo del potere giudiziario. Lo stesso legislatore, per intenderci, amministra tale linguaggio quando adotta definizioni legislative o quando detta norme sull'interpretazione, applicazione o integrazione dei propri disposti (come, ad esempio, paradigmaticamente accade con l'art. 12 delle Preleggi). Il tutto a ulteriore riprova del fatto che, quando si parla di "amministrazione" del linguaggio del diritto da parte della giurisprudenza, bisogna sempre tenere in conto che non si tratta di una delega in bianco, tantomeno di un potere di "riscrittura" sostanzialmente senza limiti.

Nel nostro ordinamento giuridico e anche per senso comune i giudici non sono affatto istituzionalmente chiamati, se non in modo del tutto indiretto, a *decidere sul* (e meno che mai a *decidere il*) *significato* degli enunciati appartenenti alle fonti del diritto. E del pari in tribunale non si va, se non in modo metaforico e traslato, per avere delucidazioni linguistiche sul significato delle parole che compaiono nei documenti legislativi o costituzionali; tanto meno ci si va in vista di decisioni oracolari produttive di un significato prima inattuabile.

Molto più semplicemente, proprio poiché i giudici sono *sottoposti* alla legge (e alla Legge fondamentale della Repubblica che è la Costituzione), essi sono tenuti ad indicare nella

³³ Secondo la nota definizione di Montesquieu nel suo *De l'esprit des lois*, Geneve, Barrillot & Fils, 1748 (XI, 6).

³⁴ Cfr. art. 12, comma 2, Preleggi, dove però si rinvengono anche delle indicazioni metodologiche relative al modo (c.d. *analogia legis e juris*) in cui tale integrazione deve essere effettuata, peraltro non soltanto dal giudice ma da chiunque.

³⁵ Il caso tipico, spesso ricondotto alla problematica della "trama aperta" del linguaggio, è quello delle formulazioni vaghe, tali per cui, data una certa norma, esistono alcuni oggetti nel mondo (quelli corrispondenti alla c.d. "frangia di vaghezza") che oggettivamente non si può dire se rientrino o meno nell'ambito applicativo della norma stessa.

³⁶ Per la prospettazione del discorso giuridico come "linguaggio amministrato" cfr. in particolare M. Jori, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, 1995, 109 ss.; nonché Id., *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi, 2016.

motivazione le norme giuridiche che (tipicamente insieme ai fatti accertati, sostituiti da altre norme di rango legislativo nel caso del giudizio di costituzionalità) sostengono il dispositivo e come tali norme sono ricavate dalle relative disposizioni.

Proprio questo necessario accertamento della premessa normativa, tuttavia, insieme all'autorità che accompagna i relativi giudicati, idonei a risolvere in via definitiva (e potenzialmente coattiva) la relativa controversia, parrebbe avere conseguenze semiotiche rilevanti per un linguaggio che è *pragmaticamente plasmato per risolvere casi di conflitto*. Conflitto anzitutto tra gli interessi soggettivi di cui i singoli litiganti sono portatori, ma che poi – nei casi più acuti, laddove appunto si finisca in tribunale – si traduce e tramuta anche nel conflitto tra diverse interpretazioni di quello stesso “linguaggio (in) comune” che, in ipotesi, servirebbe a prevenire e a risolvere i contrasti tra interessi sostanziali sulla base di un parametro previo, oggettivo e condiviso.

Questo non significa che i giudici, neppure quelli di ultima istanza, divengono per magia autorità *epistemiche*, tantomeno autorità strutturalmente esenti dalla possibilità di errore (e magari tali proprio *in quanto* di ultima istanza). Nulla esclude, infatti, che essi possano farsi portatori di impostazioni più o meno implausibili, per quanto riguarda sia la ricostruzione della normativa da applicare, sia l'accertamento dei fatti, sia infine la conseguenza giuridica concreta (*decisum*) tratta da tali premesse. Detto altrimenti, nulla impedisce che anche i giudici di ultima istanza *sbaglino*, disattendendo norme giuridiche, cautele metodologiche, evidenze empiriche e persino i limiti della logica. E questo anche se le loro decisioni non possono essere soggette a revisione.

Il motto *res iudicata pro veritate habetur* esprime un'ovvietà relativamente innocua se si limita a ribadire che, *ai fini pratici di una specifica causa*, l'unica verità che conta (e che, eventualmente, *facit de albo nigrum*) è quella processuale del giudicato. Cosa tutta diversa è se lo si trasforma nell'improprio suggerimento di dedurre dall'intangibilità del dispositivo l'equivalenza *a tutto campo* tra quelle che potremmo chiamare le verità storica, normativa e applicativa (da una parte) e la “verità” processuale definitiva (dall'altra). Equiparazione assai discutibile, come ben sa qualsiasi giurista minimamente avvertito, atteso che anche una sentenza definitiva può ben essere talvolta fondata su una fattispecie normativa ricostruita in modo incongruo a partire dalle disposizioni rilevanti, su un ragionamento sussuntivo logicamente fallace e/o su una erronea, incompleta o distorta ricostruzione dei fatti rilevanti.

Più in particolare, a rigore, in un ordinamento che non riconosce espressamente il principio dello *stare decisis*, il giudicato non ha a niente a che fare con la premessa normativa, la cui *ratio decidendi*, anche per gli eventuali passaggi “ermeneutici”, non si presta a essere generalizzata al di là della specifica controversia.

È tuttavia difficilmente negabile che, dal punto di vista pragmatico, le decisioni giudiziali – e in particolare quelle delle supreme magistrature, soprattutto se costanti – finiscono spesso per condizionare fortemente il grado di accettazione collettiva, da parte degli altri giuristi e della collettività tutta, delle relative proposte interpretative. La dialettica che si celebra davanti a un

giudice non è certamente l'unico uso che si può fare (e che concretamente si fa) del linguaggio legislativo o costituzionale, ma finisce spesso per risultare quello decisivo³⁷.

Certamente il diritto non potrebbe neppure funzionare se la comunicazione instaurata col relativo discorso (tra emittente e destinatari del messaggio prescrittivo) non avesse successo nella più gran parte dei casi ipotizzabili. Si può insomma serenamente supporre che, fin tanto che si rimane all'interno della fisiologia del sistema, i potenziali contendenti riconoscano *autonomamente* di avere torto o ragione (anche) secondo il diritto, senza bisogno che intervengano pubbliche autorità.

Eppure, come già si accennava, la strutturale pretesa sollevata dal diritto (e dal relativo linguaggio) di definire e regolare il rapporto tra interessi particolarmente delicati e sensibili fa sì che, più spesso che in altri àmbiti dell'interazione umana, si giunga a situazioni di contrasto patologico. A casi cioè in cui, per superare la frizione tra interessi contrapposti, non basta (eventualmente) *avere ragione*, ma c'è bisogno di *vedersi pubblicamente riconosciuta* ragione da una autorità superiore alle singole parti contendenti.

Questo, in estrema sintesi, è il motivo per cui l'orizzonte tipico del discorso giuridico risulta fortemente condizionato dalla possibilità di essere fatto valere nei tribunali. Le interpretazioni che si attestano stabilmente presso questi ultimi esibiscono così una particolare forza, che tende a retroagire anche sul significato collettivamente attribuito o attribuibile al discorso legislativo/costituzionale in generale. Questo non tanto perché si reputino necessariamente corrette le interpretazioni avanzate dalla giurisprudenza, ma perché quest'ultima – alla quale, evidentemente, si dubita di poter far cambiare orientamento – è l'unica che può garantire (se occorre con la forza) il riconoscimento delle pretese pratiche cui il dibattere giuridico è per lo più rivolto.

Tanto precisato, la natura del diritto come linguaggio almeno in parte “amministrato”, e amministrato anche (e in questa fase storica forse soprattutto) dalla giurisprudenza, non deve peraltro far dimenticare che: a) la giurisprudenza non è l'unica autorità nella pratica giuridica (esistono anche il legislatore, i funzionari *etc.*); b) non tutto il diritto passa concretamente dai tribunali e talvolta parti più o meno ampie del diritto ci possono passare neppure astrattamente (se ad esempio mancano giurisdizione e competenza in date materie); c) la giurisprudenza non è un'autorità né unitaria (le giurisdizioni sono plurime, spesso con vari gradi), né necessariamente omogenea e coerente rispetto ai suoi precedenti, a maggior ragione in un ordinamento come il nostro che non conosce in modo espresso lo *stare decisis*.

In definitiva, pur contando su una certa “rendita di posizione” all'interno della pratica giuridica complessiva per via del proprio ruolo istituzionale, neanche la giurisprudenza vanta poteri magici o privilegi normativi assoluti. L'idea iperrealistica per cui le sue interpretazioni semplicemente e (nel caso di organi di ultima istanza) istantaneamente “riscrivono” gli enunciati legislativi e sarebbero la “vera” modalità di produzione delle norme giuridiche a prescindere dal loro contenuto (e dal loro rapporto con gli enunciati interpretati) non regge dal punto di vista descrittivo.

³⁷ Cfr. ora, con la consueta chiarezza, G. Pino, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, Giappichelli, 2021, *passim*, ma part. 104 ss.

Per vedere attestate e non soltanto enunciate le proprie ricostruzioni di fonti e norme, infatti, gli organi giurisdizionali devono necessariamente interagire, dal punto di vista pragmatico, sia con le altre autorità (a partire dal legislatore), sia con gli altri giuristi (professionali ed accademici), sia con la più ampia collettività costituita dai destinatari dei precetti giuridici, cioè a dire dalla gente comune.

Per lo meno in un sistema come il nostro, il prezzo da pagare per proposte ricostruttive o interpretative troppo ardite è inevitabilmente quello di un progressivo incremento della tensione istituzionale e sociale, onde evitare il quale – per banale che sia dirlo – l’uditorio allargato deve essere convinto (= continuare a credere) che il tal tribunale abbia fatto il “suo mestiere”. Magari anche male, ma pur sempre il *suo*, che resta fundamentalmente diverso e distinto da quello del legislatore o degli altri soggetti politici istituzionalmente e socialmente preposti a formulare norme valide per l’intera collettività.

Per verificare questa affermazione propongo un semplice test.

Immaginiamo per assurdo di trovarci oggi di fronte ad un’affermazione, contenuta in una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, secondo cui saremmo (ri)divenuti uno Stato confessionale (magari islamico) o una monarchia. Saremmo disposti a credere che con ciò si sia automaticamente prodotta una norma che *ipso facto* ha modificato il senso del nostro sistema costituzionale (1) oppure penseremmo più probabilmente, a seconda delle circostanze, a uno scherzo (2), un tentativo di sovversione (3), oppure appunto a un episodio di temporanea follia (4) ma senza ritenere di essere per questo già passati alla *shari’a* o al regime monarchico?

La stessa sensazione di fastidio e di disagio che può intervenire nel riflettere su queste alternative per un caso che pare evidentemente del tutto irrealistico è la spia del fatto che – va da sé: nelle attuali condizioni – la Corte *non potrebbe fare nulla di simile* proprio perché ciò contrasta, prima ancora che con precise norme del diritto positivo, col suo ruolo nella pratica giuridica complessiva. Detto questo, se si dovesse rispondere al test, sarebbe lecito nutrire forti dubbi in ordine al fatto che la risposta (1) sarebbe quella prevalente³⁸.

³⁸ Si noti che le condizioni di “follia” rispetto alla (re)introduzione del principio della religione di Stato o della forma monarchica sarebbero diverse se applicate al legislatore ordinario e/o di revisione costituzionale (rispetto al quale si potrebbe ipotizzare al massimo una violazione della stessa Costituzione) o a una ipotetica nuova Assemblea costituente (che invece avrebbe la legittimazione necessaria e sufficiente). Il legislatore, infatti, avrebbe svolto pur sempre il *suo* mestiere, sia pure magari in modo illecito e fortemente discutibile negli esiti.

Volendo restare ad esempi meno paradossali, comunque, per mettere in dubbio l’automatismo della produzione di tutte le “norme” contenute nella motivazione di una sentenza (anche di accoglimento) della Corte costituzionale, pensiamo anche solo alle polemiche generate dai tentativi di modulazione nel tempo degli effetti di alcune pronunce di incostituzionalità (cfr. part. Corte cost., 11 febbraio 2015, sent. n. 10 e Corte cost., 23 luglio 2015, sent. n. 178), che non solo sono state duramente criticate da una parte della dottrina ma che non sempre sono state seguite dai giudici a *quibus*.

3. Fenomenologia della produzione giurisprudenziale di norme costituzionali

3.1. Definizione e criteri di classificazione

In ragione di quanto precisato, potremmo qui definire prodotte giurisdizionalmente le norme congiuntamente in possesso di tre requisiti. Il primo (i), ovviamente, di essere enunciate da parte della giurisprudenza; il secondo (ii) di non trovare un aggancio evidente o comunque solido nel diritto costituzionale positivo scritto (essendo scritta la Costituzione che coincide – nei limiti già precisati [*retro*, § 1.4] – con la norma di riconoscimento del nostro ordinamento giuridico); il terzo (iii) di essere ormai considerate – dalla collettività (che non è necessariamente la totalità) dei giuristi (così come, in conseguenza di ciò, anche dei non giuristi che se ne interessano) – parte del diritto costituzionale per come esso è.

Si tratta allora anzitutto di abbozzare (descrittivamente) una prima fenomenologia dei casi in cui una norma costituzionale che possiamo reputare (in questo senso) esistente abbia avuto una prevalente matrice giurisprudenziale e poi successivamente di avanzare (metodologicamente) qualche considerazione critica su tale casistica, che andrebbe dal canto suo opportunamente differenziata.

Le tipologie e le modalità di produzione giurisprudenziale della norma costituzionale sono, infatti, evidentemente molteplici.

Ciò sia con riferimento (1) ai soggetti che, all'interno della giurisdizione, possono produrre norme costituzionali (Corte costituzionale, Cassazione, Consiglio di Stato, magistrature “minori” *etc.*), sia con riferimento (2) alle differenti “vie” con le quali si possono produrre giurisdizionalmente norme costituzionali (applicazione – diretta o indiretta – della Costituzione stessa, interpretazione costituzionalmente conforme della legge *etc.*), sia infine con riferimento (3) al diverso tasso di “discrezionalità” (interpretativa, integrativa, attuativa, derogatoria *etc.*), o se vogliamo di “politicalità”, espresso dalla relativa operazione rispetto a quanto direttamente evincibile dal testo della Costituzione, sul quale – ripetiamolo ancora – converge la norma di riconoscimento (di senso comune) necessariamente condivisa anche dai giuristi³⁹.

³⁹ Col ribadire che la norma di riconoscimento, necessariamente condivisa da giuristi e non giuristi, è nel nostro caso la Costituzione scritta del 1948, non si vuol qui prendere posizione sul “vero” e neppure sul “migliore” concetto di ‘Costituzione’. Né si intende negare che talvolta i giuristi, e in particolare i costituzionalisti, siano andati anche ben “al di là” del senso comune, ricorrendo a teorie e concezioni più complesse (o addirittura controintuitive) di ‘Costituzione’, teorie e concezioni che non risolvono quest’ultima integralmente (e magari neppure principalmente) nel significato del relativo testo. Si pensi anche solo, a tal proposito, a due testi divenuti ormai dei “classici” della letteratura giuridica tedesca, entrambi dati alle stampe alla fine degli anni Venti del secolo scorso, di R. Smend (*Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928) e di C. Schmitt (*Verfassungslehre*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928). In Italia l’esempio più noto e seguito è sicuramente C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940 (ma si veda anche l’originale ripresa di alcune tematiche in A. Barbera, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 2016).

Anche a fronte di tali autorevoli esempi, tuttavia, assumere qui il *testo* della Costituzione come punto di riferimento per classificare le operazioni di “produzione” giurisprudenziale non mi sembra una scelta arbitraria. Laddove un documento costituzionale esista, infatti, non mi risulta che vi sia mai stata una teoria costituzionale disposta a pretermettere *formalmente* il testo costituzionale dai propri elementi costitutivi.

Ciò a mio avviso rappresenta una ulteriore testimonianza del fatto che, per la stessa necessità (pragmatica) di comunicare coi propri interlocutori – che sono non solo gli altri giuristi, ma pure gli organi dell’applicazione e potenzialmente tutti i consociati –, anche le teorie più “ardite” sono pur sempre costrette a mantenere sempre un aggancio (se non altro apparente e nominale) col senso comune. E dal punto di vista del senso comune la

3.2. Al di là della Corte costituzionale

Per quanto concerne il soggetto che, all'interno della giurisdizione, può concorrere alla produzione di norme costituzionali nel senso sopra descritto, il pensiero corre subito a quello principale, cioè ovviamente la Corte costituzionale, la quale più frequentemente e strutturalmente si pronuncerà indicando appunto la norma costituzionale nella premessa maggiore delle sue decisioni. Accanto ad essa, tuttavia, sono da ricordare anche tutte le altre magistrature, quando capiti loro di fare lo stesso nell'affrontare e risolvere le relative questioni/controverse dovendo in qualche modo applicare (o anche solo "utilizzare") la Costituzione.

Questo accadrà anzitutto nei casi in cui una questione di legittimità costituzionale venga rinviata alla Corte costituzionale, ma in tale ipotesi ovviamente poi sarà la Corte costituzionale stessa a pronunciarsi, con l'effetto che la ricostruzione del singolo tribunale finirà a posteriori per passare in secondo piano (vuoi perché accolta, vuoi perché respinta) rispetto a quella della Consulta.

Un uso della Costituzione da parte delle magistrature non costituzionali che invece non vede necessariamente coinvolta la Corte costituzionale si darà nelle ipotesi di diretta applicazione della Costituzione ai rapporti interpretati e nei casi in cui la Costituzione sia utilizzata per ottenere un'interpretazione "costituzionalmente conforme" del disposto legislativo⁴⁰.

Costituzione può essere *soltanto* il testo costituzionale, non foss'altro per la buona ragione che i comuni consociati non hanno la minima idea di cosa potrebbero mai essere le altre "Costituzioni" – materiali, sostanziali, viventi *etc.* (per una prima tassonomia cfr. M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2009, 295 ss.; ma v. anche G.G. Floridia, *'Costituzione': il nome e le cose*, in P. Comanducci, R. Guastini [a cura di], *Analisi e diritto 1994*, Torino, Giappichelli, 1994, 131 ss. part. 146 ss.) – di cui talvolta discorrono i giuristi.

⁴⁰ Sul tema della applicazione diretta della Costituzione, dal punto di vista teorico, cfr. P. Femia (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, ESI, 2018, nonché, per un'utile panoramica attenta anche ai casi pratici, M. Liguori, *Giudici e applicazione diretta della Costituzione tra privati*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, 695 ss.; rispetto all'interpretazione costituzionalmente conforme è fondamentale M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391 ss.; per un quadro aggiornato cfr. ora anche G. Parodi, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 22/2024, 63 ss.

Le due ipotesi, com'è noto, sono spesso difficilmente distinguibili nella pratica (sul punto insiste a ragione R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in Aa.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XX Convegno annuale dell'AIC [Roma 27-28 ottobre 2006], Napoli, Jovene, 2010, 201 ss.).

Per un caso di diretta applicazione della Costituzione possiamo richiamare l'art. 36 Cost. («Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa»), là dove la magistratura ha ritenuto tale retribuzione equivalente a quella prevista dai contratti collettivi di lavoro, imponendo dunque (per il tramite della norma sull'integrazione del contratto: art. 1374 c.c.) l'applicazione delle relative garanzie minime anche a coloro che non fossero iscritti ai sindacati di categoria. E ciò nonostante l'art. 39, terzo comma, Cost. prevedesse espressamente la possibilità di «stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce» (soltanto) per i «sindacati registrati [...] rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti»).

Per un caso recente di interpretazione costituzionalmente conforme si può citare Corte di cassazione, sezione prima civile, 3 aprile 2020, n. 7667, la quale, peraltro in aperto contrasto con tutti i precedenti (fino ad allora consolidati) della stessa Corte costituzionale (che solo dopo ha mutato orientamento con Corte cost., 18 gennaio 2024, sent. n. 5), ha reputato che si potesse considerare derogabile il divario minimo di età tra adottante e adottato previsto in 18 anni dall'art. 291 c.c. per l'adozione di maggiorenni alla luce della «tutela dell'unità familiare», garantita dall'art. 30 Cost.

In simili ipotesi è persino possibile che, qualora tali utilizzi si attestino stabilmente nelle relative magistrature, astrattamente la Corte costituzionale non venga mai chiamata a pronunciarsi e che dunque le ricostruzioni (giudiziali) della norma costituzionale effettuate dalle magistrature non costituzionali risultino addirittura le uniche.

Tanto precisato, bisogna tuttavia ammettere che da un lato (a), per lo meno in prospettiva diacronica, il mancato intervento della Corte costituzionale sul punto risulta un'eventualità statisticamente poco probabile; e che dall'altro lato (b), là dove tale intervento si sostanzia, la Corte costituzionale parrebbe avere molte *chances* in più di condizionare – a livello pragmatico, nella dialettica con le altre magistrature – l'uso tipico del linguaggio costituzionale da parte dei relativi utenti (giuristi e, con modalità e intensità diversa, anche i comuni consociati).

Se anche la Corte costituzionale non si vede esplicitamente assegnata, a differenza della Corte di cassazione per quanto concerne «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 l. ordinamento giudiziario), una funzione nomofilattica per quanto riguarda la Costituzione, non sembra infatti dubitabile che tale funzione sia – di fatto e di diritto – socialmente e istituzionalmente implicita nel suo ruolo di magistratura accentrata, espressamente deputata al controllo della legittimità costituzionale delle leggi (art. 134 Cost.)⁴¹.

3.3. Alcuni itinerari di produzione normativa nella giurisprudenza costituzionale

Quanto indicato ci porta a considerare prioritariamente, rispetto alla produzione giurisprudenziale della norma costituzionale, proprio l'attività del Giudice delle leggi.

Essendo evidentemente impraticabile in questa sede un'analisi della produzione giurisprudenziale di norme costituzionali da parte della Corte costituzionale che anche solo tenda alla completezza, mi limiterò a pochi esempi particolarmente significativi tratti dal suo lungo e ricco operato.

Ciò peraltro con la precisazione per cui, ad avviso di chi scrive, nella più gran parte delle sue decisioni la Corte non ha affatto svolto un'opera che, secondo la definizione qui accolta, potremmo chiamare di produzione di “nuove” norme costituzionali, ma al massimo di conferma e di limitata precisazione dei modelli normativi introdotti dal Costituente.

Gli esempi abbondano, soprattutto se si prende in esame il primo periodo dell'attività del Giudice delle leggi. Basti qui pensare, come caso di “conferma”, a come venivano definite l'eguaglianza c.d. formale o la libertà personale negli anni Sessanta, quando l'aderenza a quanto direttamente evincibile dagli enunciati costituzionali parrebbe massima.

Dell'art. 3, comma 1, Cost., infatti, si osservava come «Questo principio non va inteso nel senso, che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma

⁴¹ Beninteso, la funzione nomofilattica, quando viene attribuita, a rigore presuppone sempre formalmente un significato *esatto* (nel senso di *corretto*) che dovrebbe essere *accertato*, essendo del resto – concettualmente e filologicamente – il *custode* (φυλάσσω in greco significa appunto 'custodire' o 'proteggere') qualcosa di diverso dall'*artefice*. Questo parziale slittamento di coordinate (in termini di funzioni e di effetti), tuttavia, là dove esistano delle specifiche autorità deputate (sia pure solo indirettamente) all'accertamento “ufficiale” dei significati, è un dato tipico di certe pratiche sociali fortemente istituzionalizzate (come ad esempio le religioni e, appunto, il diritto stesso): cfr. *retro*, § 2.2, con particolare riferimento all'idea della “amministrazione” del linguaggio giuridico.

lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare non può non essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma del citato art. 3»⁴².

Quanto all'art. 13, comma 1, Cost., ci si limitava invece a puntualizzare come il relativo principio «non riguarda genericamente le limitazioni cui in vario modo il cittadino può essere sottoposto nello svolgimento della sua attività, ma specificamente si riferisce alla libertà personale intesa come autonomia e disponibilità della propria persona, così come, oltre tutto, può dedursi dal fatto che l'art. 13 pone limiti alla detenzione, alla ispezione e perquisizione personale, al massimo della carcerazione preventiva»⁴³.

Come si può osservare, la Corte qui si limita essenzialmente a riformulare il contenuto del testo costituzionale, restando sempre all'interno dei suoi confini semantici ed esplicitandone alcune conseguenze logiche.

Si pensi ancora, come esempio di una attività di limitata precisazione/integrazione, al modo con cui si definiva la clausola generale del «buon costume» come risultante «da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani»⁴⁴.

Certamente così la Corte sviluppa e completa quanto direttamente evincibile dalla sintetica formula costituzionale, ma nei limiti dello stretto indispensabile al fine di renderla giuridicamente applicabile e in un senso conforme alla (= in una delle accezioni compatibili con la) «lettera» della Costituzione.

Non è questa evidentemente la sede per impostare serie analisi quantitative⁴⁵. L'impressione però, che a me in particolare deriva da alcuni approfondimenti effettuati sulla giurisprudenza soprattutto nell'ambito dei diritti fondamentali⁴⁶, è che (in rapporto al complesso

⁴² Corte cost., 26 gennaio 1957, sent. n. 3.

⁴³ Corte cost., 23 marzo 1960, sent. n. 12.

⁴⁴ Corte cost., 19 febbraio 1965, sent. n. 9, con un concetto ulteriormente contestualizzato svariati anni dopo, ma sempre restando nei limiti semantici e sistematici della Costituzione scritta, da Corte cost., 17 luglio 2000, sent. n. 293, laddove per «buon costume» si intendeva «non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione».

Va da sé che un discorso è l'opera – alla quale soltanto ci si riferisce in testo – con cui si precisa in astratto (attraverso una indagine semantico-linguistica) il significato della formula costituzionale del «buon costume», tutt'altro discorso – che esula il perimetro di queste osservazioni – la (diversa e logicamente successiva) operazione con cui la Corte costituzionale di volta in volta individua poi in concreto il contenuto di questo concetto nel corso del tempo, secondo il noto modello (diacronicamente mutevole) delle «clausole generali».

⁴⁵ Le quali, peraltro, sarebbero di sicuro interesse non tanto per superare, ma senz'altro per controbilanciare una certa tendenza che i giuristi mostrano nei propri percorsi di studio sulla giurisprudenza a procedere prevalentemente, o addirittura esclusivamente, per casi (a loro modo di intendere) «esemplari».

⁴⁶ Cfr. in particolare il capitolo IV di F. Pedrini, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Prima ristampa riveduta e corretta, Bologna, Bononia University Press, 2014, 297 ss., ma, per profili diversi, v. anche Id., *I Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, 1-47.

degli enunciati costituzionali) attività come quelle appena descritte⁴⁷ siano numericamente preponderanti, pur passando poi in secondo piano proprio perché maggiormente routinarie e prevedibili nei rispettivi esiti. Del resto, il rilievo non dovrebbe stupire più di tanto. Una congrua aderenza anche formale alla Carta costituzionale, sulla quale converge la norma di riconoscimento di senso comune, costituisce pur sempre il miglior presupposto pragmatico grazie al quale, talvolta, la Corte può pensare di (e riuscire a) innovare in specifici punti il diritto costituzionale senza che per questo venga meno la percezione complessiva della sua funzione istituzionale.

E possiamo così a nostra volta ai casi “emblematici” per la produzione di norme costituzionali più facilmente riconoscibili come “nuove” rispetto alla Costituzione scritta. Ciò con l’ulteriore specifica per cui le osservazioni relative alla non (completa) riconducibilità di certe operazioni produttive di norme costituzionali al testo costituzionale, pur segnalando la crescente discrezionalità di cui la Corte di fatto è via via venuta a esercitare (cfr. *ultra*, § 3.4), non implicano nessuna automatica censura relativamente agli scopi perseguiti e agli effetti generati, sollevando semmai un problema di tipo metodologico (rispetto al quale v. *ultra*, § 4.2 e 4.3).

a) Primo esempio: la produzione dei “nuovi diritti” tramite l’art. 2 Cost.

Qui la Corte, abbracciando (dal 1987 in poi⁴⁸) la ricostruzione dell’art. 2 (e la interpretazione della locuzione «diritti inviolabili») come “clausola di apertura” o “norma a fattispecie aperta”⁴⁹, si auto-attribuisce il compito di *integrare* il novero dei diritti costituzionali, attingendoli da altrettante fonti innominate; da diversa prospettiva, si potrebbe anche dire che la Corte così *attua*, rendendolo di volta in volta più specifico, il principio del tutto generico (di riconoscere e garantire i diritti inviolabili della persona da parte della Repubblica) di cui all’art. 2 Cost.

Non essendo precisata l’eventuale “fonte di cognizione” di tali nuovi diritti, né le modalità con cui effettuare di volta in volta l’accertamento del relativo contenuto, e risultando del pari l’attuazione dei precetti generici un’attività intrinsecamente discrezionale (= non implicita nelle premesse)⁵⁰, l’operato della Corte si connota per una sua inevitabile “politicità”⁵¹.

⁴⁷ Alle quali si aggiungono, evidentemente, tutte le occorrenze giurisprudenziali in cui ci si limita soltanto a ribadire – con minime o nulle variazioni lessicali – i propri precedenti interpretativi.

⁴⁸ In particolare, da Corte cost., 18 dicembre 1987, sent. n. 561, nella quale tale prospettiva è accolta esplicitamente nel passaggio in cui si afferma che «Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 Cost. impone di garantire». Ma cfr. poi anche Corte cost., 7 aprile 1988, sent. n. 404; Corte cost., 3 febbraio 1994, sent. n. 13; Corte cost., 30 dicembre 1994, sent. n. 463; Corte cost., 7 giugno 2019, sent. n. 141.

⁴⁹ Aderendo così all’impostazione proposta in A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1975, 50 ss., successivamente arricchita, con importanti puntualizzazioni, in Id., *“Nuovi diritti”: attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, 19 ss.

⁵⁰ Cfr. sul punto C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁵¹ Si noti peraltro che l’art. 2, nel menzionare la categoria dei «diritti inviolabili», certamente (i) impone alla Repubblica il compito di riconoscerli e garantirli, ma (ii) non lo affida di certo in modo automatico e/o logicamente necessitato alla Corte costituzionale e neppure precisa (iii) che i diritti in questione siano necessariamente da collocare a livello costituzionale. Ho provato a sviluppare questo argomento – che a mio avviso riuscirebbe almeno in

Il dato risulta evidente anche perché la produzione di nuovi diritti implica per necessità logica il bilanciamento con (e dunque la limitazione caso per caso de)gli altri diritti costituzionali espressi e/o l'introduzione di nuovi obblighi/doveri⁵², modificando così l'assetto originario prefigurato dalla Costituzione scritta, oltre a condizionare in modo altrettanto inevitabile i margini e l'estensione della discrezionalità legislativa nella suddetta materia.

b) Secondo esempio: la produzione/integrazione di norme costituzionali tramite la "coscienza sociale"⁵³ (o "collettiva"⁵⁴).

La coscienza collettiva rileva per lo meno in due sue possibili dimensioni. Talvolta (1)⁵⁵ sembra essere utilizzata come elemento di diretto rinvio per la produzione di norme costituzionali (è questo spesso il caso dell'art. 2 quando viene utilizzato come clausola di immissione di nuovi diritti che, secondo la Corte, appunto si sono "attestati" nella coscienza collettiva). Talaltra (2)⁵⁶ rappresenta invece un ausilio indiretto per la lettura di altre disposizioni costituzionali (si pensi all'uso che ne fu fatto con riferimento al reato di adulterio femminile, prima ritenuto costituzionalmente legittimo⁵⁷ e poi dichiarato incostituzionale in quanto la Corte ritenne «*alla stregua dell'attuale realtà sociale*, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia» e come quindi «la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del c.p. non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità»⁵⁸).

Qui, più che produrre direttamente norme costituzionali, la Corte introduce un meta-criterio (peraltro estremamente vago e mai oggetto di accertamenti empirici reali o per lo meno documentati) che consente di condizionare l'interpretazione e l'integrazione delle norme costituzionali, colorandole di volta in volta di tinte e contenuti differenti.

Si noti peraltro che lo stesso rilievo giuridico-costituzionale della coscienza collettiva, a parte i casi di espresso rinvio (come, ad esempio, il già citato «buon costume» di cui agli artt. 19 e 21 Cost.), è ampiamente discutibile, né in alcun modo si sono mai dimostrate (ma solo date per presupposte) la necessità e la stessa ammissibilità di tali strumenti ermeneutici e/o di integrazione.

parte a "sdrammatizzare" il confronto a volte un po' manicheo tra i sostenitori della "apertura" e della "chiusura" dell'art. 2 Cost. – in F. Pedrini, *Le "clausole generali"*, cit., 256 ss.

⁵² Per questo rilievo cfr. in particolare A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, Cedam, 2003, 27 ss.

⁵³ Sul tema, in tempi recenti, cfr. N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss.; V. Marcenò, *Il Giudice delle leggi in ascolto. "Coscienza sociale" e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 377 ss.

⁵⁴ Per questa formula, parzialmente coincidente, v. D. Piccione, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena, Mucchi, 2021.

⁵⁵ V. part. Corte cost., 14-24 luglio 1998, sent. n. 324; Corte cost., 10 maggio 1999, sent. n. 167; Corte cost., 21 dicembre 2016, sent. n. 286.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., 29 dicembre 1972, sent. nn. 199; Corte cost., 19-25 luglio 1994, sent. n. 341; Corte cost., 15-28 dicembre 1995, sent. n. 519; Corte cost., 14 novembre 1997, sent. n. 329.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., 28 novembre 1961, sent. n. 64.

⁵⁸ Corte cost., 19 dicembre 1968, sent. n. 126.

c) Terzo esempio: la produzione del principio/criterio della “ragionevolezza”⁵⁹, inteso come precetto di “trattare in modo uguale situazioni uguali/analoghe e in modo diverso situazioni diverse/non analoghe”⁶⁰.

Allorché lo si desuma, come la Corte ha sempre detto di fare, dall’art. 3, comma 1, Cost.⁶¹, allora la relativa operazione consiste insieme nell’integrazione analogica dell’elenco delle discriminazioni vietate e contestualmente nell’aggiunta di deroghe implicite al medesimo elenco.

Si osservi come l’effetto è qui da un lato di rendere non tanto più *generale*, ma più *generico* il principio (relativamente specifico) di eguaglianza formale contenuto nel testo dell’art. 3, dove il riferimento è a puntuali forme di discriminazioni vietate, senza l’aggiunta (come, ad esempio, accade con l’art. 21 Cost. dove si parla di «ogni altro mezzo di diffusione») di clausole riassuntive del genere “e ogni altro tipo di discriminazione”; dall’altro lato poi il suddetto principio viene reso anche *defettibile*⁶², sicché anche le categorie di discriminazioni espressamente vietate (sesso, razza, lingua *etc.*) risultano suscettibili di eccezioni implicite, non riconducibili cioè ad altri articoli della stessa Costituzione ma individuate dalla stessa Corte costituzionale.

d) Quarto esempio: la produzione della consuetudine costituzionale⁶³.

In tale ipotesi si integra il novero (non solo delle norme, ma addirittura) delle fonti menzionate nella Costituzione scritta, la quale peraltro all’art. 138 parrebbe indicare nella legge di

⁵⁹ Sul quale cfr. in particolare gli studi ormai “classici” di G. Scaccia (*Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000), A. Morrone (*Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001) e L. D’Andrea (*Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005).

⁶⁰ L’argomento è peraltro spendibile, a maggior ragione, nei casi in cui si parla di ‘ragionevolezza’ avendo in mente la congruità rispetto alla *ratio* o ancora l’equità nel caso concreto. Discorso in parte diverso sembra valere allorché il principio di ragionevolezza sia evocato per riferirsi al criterio di proporzionalità che, secondo la Corte, deve presiedere alle operazioni di bilanciamento tra diritti e beni costituzionali, il quale da un lato, al pari delle altre dimensioni della ragionevolezza, non trova espresso riconoscimento nel testo costituzionale (e sicuramente non nell’art. 3, comma 1, Cost.), ma – per lo meno secondo certe ricostruzioni del (meta-)bilanciamento effettuato dalla Corte nella sua opera di scrutinio delle scelte legislative – potrebbe essere ritenuto implicito nella generale esigenza di garantire i diritti costituzionali.

Per riferimenti cfr. Corte cost., 22 dicembre 1988, sent. 1130; Corte cost., 28 marzo 1996, sent. n. 89; il ragionamento è forse esplicitato nella sua formula più compiuta in Corte cost., 9 maggio 2013, sent. n. 85 nella quale si afferma che: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

⁶¹ Cfr. Corte cost., 29 marzo 1960, sent. n. 15; Corte cost., 7 marzo 1964, sent. n. 14; Corte cost., 30 gennaio 1980, sent. n. 10; Corte cost., 28 marzo 1996, sent. n. 89; Corte cost., 31 maggio 1996, sent. n. 172; Corte cost., 2 dicembre 2005, sent. n. 432.

⁶² Sul concetto di ‘defettibilità’ cfr. P. Chiassoni, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2008, 471 ss.

⁶³ Cfr. Corte cost., 10 luglio 1981, sent. n. 129; Corte cost., 18 gennaio 1996, sent. n. 7; Corte cost., 14 maggio 2008, ord. n. 140.

revisione costituzionale (e nelle altre leggi costituzionali) l'unico modo per modificare il testo della Costituzione o altrimenti integrare il parametro costituzionale⁶⁴.

Giova sottolineare che lo snodo del ragionamento qui svolto non è, come spesso si opina, incentrato sul fatto che il contenuto della norma consuetudinaria sia "soltanto" *praeter* o invece addirittura *contra Constitutionem*, ma lo stesso "riconoscimento" della consuetudine come fonte oggettiva del diritto costituzionale. Cosa che appunto la Corte espressamente compie anche quando prima "riscontra" una lacuna (nel diritto costituzionale) e poi la colma appunto con nuove norme (sempre costituzionali, di origine consuetudinaria), comprimendo così le possibilità di intervento del legislatore nella disciplina della materia o anche solo sottraendola al libero gioco degli attori politici⁶⁵.

Non è un caso, del resto, se autorevole dottrina⁶⁶ ha ancora recentemente insistito sul valore "costitutivo", e non meramente "dichiarativo" (di una realtà oggettiva preesistente), dell'accertamento dell'esistenza di questa fonte-fatto.

e) Quinto esempio: la produzione dei "principi costituzionali supremi"⁶⁷.

Attraverso un meta-criterio assai indeterminato (l'appartenere «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»⁶⁸) si introduce qui un'intera nuova categoria di norme sovra-costituzionali, che in questa chiave vengono "prodotte" affiancando la «forma repubblicana» di cui all'art. 139 Cost.⁶⁹.

Contestualmente si modifica la portata di una fonte esplicitamente contemplata, la legge di revisione costituzionale (art. 138 Cost.), sottoponendola a limiti contenutistici ulteriori e di fatto innominati (attese la vaghezza e la valutatività del criterio utilizzato per individuarli, di fatto rimesso quasi integralmente alla discrezionalità della Corte stessa)⁷⁰.

⁶⁴ Cfr. sul punto icasticamente R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 284: «la costituzione è emendabile: la revisione costituzionale serve appunto ad adattare il testo normativo alle mutate circostanze. Ma, appunto, la revisione costituzionale è competenza esclusiva di certi organi che operino in accordo con certe procedure. Perché mai, nell'inerzia del legislatore costituzionale, il rinnovamento della costituzione dovrebbe compiersi in via interpretativa, ad opera di privati cittadini (quali sono i giuristi) e/o di organi comunque non competenti ad emendare la costituzione (quali sono i giudici costituzionali)?».

⁶⁵ È quanto accade segnatamente in Corte cost., 10 luglio 1981, sent. n. 129, nel passaggio in cui la Corte sancisce che «la disciplina dettata dalle norme costituzionali scritte, quanto al regime organizzativo e funzionale degli apparati serventi gli organi costituzionali, non è affatto compiuta e dettagliata. Ad integrazione di esse ed in corrispondenza alle peculiari posizioni degli organi medesimi, si sono dunque affermati principi non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali».

⁶⁶ P. Carnevale, *L'inconsueta consuetudine. Riflessioni sull'uso della consuetudine costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, ES, 2021.

⁶⁷ Rispetto alla cui categoria, anche in rapporto ad altre consimili limitrofe, cfr. F. Modugno, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. Modugno, A.S. Agrò (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, 247 ss.; nonché G. Razzano, *Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili*, in *Diritto e società*, 2006, 587 ss.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., 1° marzo 1971, sent. n. 30; Corte cost., 2 febbraio 1982, sent. n. 18; Corte cost., 22 marzo 2001, sent. n. 73; Corte cost., 15 gennaio 2013, sent. n. 1; Corte cost., 22 ottobre 2014, sent. n. 238.

⁶⁹ Cfr. Corte cost., 29 dicembre 1988, sent. n. 1146.

⁷⁰ Tale incertezza sul contenuto di tali principi è riscontrabile già dalla sentenza n. 1146/1988, da ultimo citata, in cui si precisa che «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi

Mi limito in questa sede – per ovvie esigenze di economia nel ragionamento – a queste poche ipotesi, spero sufficientemente paradigmatiche, che provano (in modo assai sommario) a esemplificare per categorie alcune modalità di produzione giurisprudenziale di norme costituzionali.

Va da sé che, accanto ad esse, potrebbe poi ovviamente essere addotta una lunga casistica di istanze singole, che qui ometto e che sarebbero da valutare caso per caso.

3.4. La produzione giudiziale delle norme costituzionali tra necessità e discrezionalità

La produzione giudiziale delle norme costituzionali, di cui abbiamo ora esaminato alcuni esempi in ragione delle differenti autorità giudicanti e dei relativi percorsi, è attività che si può pensare di classificare, tra i vari criteri adottabili, anche in rapporto al diverso tasso di “discrezionalità” (interpretativa, integrativa, attuativa, derogatoria *etc.*) dalla relativa operazione.

Per affrontare questo aspetto gioverà preliminarmente ricordare alcuni punti salienti dell’itinerario fin qui svolto, onde circoscrivere il rischio di fraintendimenti di natura meramente terminologica. Nel linguaggio comune, e spesso anche in quello dei giuristi, parole come ‘creazione’ e ‘produzione’ del diritto sono infatti utilizzate come sinonimi, e ad entrambi i relativi concetti è associata quasi naturalmente l’idea di un’operazione, se non del tutto libera (o addirittura arbitraria), per lo meno discrezionale. In questa sede, viceversa, è importante distinguere le varie sfumature.

Per prima cosa, in coerenza con le premesse del nostro ragionamento, da un certo punto di vista i giudici “creano diritto”⁷¹ (diritto costituzionale incluso) e non possono non crearlo, per la loro (significativa) quota parte di giuristi professionalmente coinvolti nella pratica giuridica con mansioni autoritative.

Se si sono compresi i presupposti teorico-generalisti di questo discorso, si sarà capito come il diritto esiste *nel suo complesso* in quanto sorretto dal senso comune, dalle credenze di tutti i consociati in ordine a quale sia il diritto esistente (individuazione *dell’ordinamento*). Il diritto però, e il diritto costituzionale in specie, esiste *con degli specifici contenuti* soprattutto grazie all’opera sistematica e ricostruttiva dei giuristi, sicché le sue concrete fattezze dipendono in ultima analisi dalle credenze collettive di questi ultimi (determinazione *del diritto*). Le credenze (collettive) dei giuristi, e tra loro nella relativa quota parte quelle dei giudici, hanno

costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

⁷¹ In mancanza di meglio faremo qui ricorso a tale espressione, ormai entrata nell’uso comune, pur nella consapevolezza che si tratta a sua volta di una formula ambigua, come opportunamente sottolineava già G. Carrió, *¿Los jueces crean derecho?* (1961), trad. it. *“I giudici creano diritto?”*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., 397 ss.

efficacia *costitutiva* rispetto alle singole norme di un ordinamento giuridico e anche rispetto alle norme costituzionali⁷².

Tanto precisato, ai fini del ragionamento che qui ci occupa, bisogna ribadire che il contributo dei giuristi, ed in particolare dei giudici, a siffatta *co-creazione* collettiva del diritto costituzionale *non* coincide, dal punto di vista fenomenologico, con quella che abbiamo indicato come *produzione* giurisprudenziale delle norme costituzionali. Quest'ultima, infatti, è un'occorrenza più limitata e specifica rispetto alla generale opera di co-creazione da parte (anche) dei giudici, quali componenti della collettività dei giuristi che determina il diritto costituzionale.

Se dunque è vero che i giudici sono *sempre* partecipi della co-creazione (= determinazione) del diritto costituzionale, anche quando essi si muovono all'interno del perimetro della Costituzione scritta e si limitano soltanto a esplicitare o precisare il contenuto semantico del relativo documento, essi producono (nuove) norme costituzionali *soltanto in certi casi*, e segnatamente quando vanno "oltre" la norma di riconoscimento di senso comune, integrandola o "correggendola".

Atteso che, come vedevamo, è per necessità logica proprio quest'ultima a definire gli atti o fatti che valgono come fonti del diritto – di *quell'*ordinamento che solo si può individuare come esistente alla luce appunto di *quella* norma di riconoscimento –, in questo "al di là" mancano per definizione punti di appoggio oggettivi, semplicemente da rilevare e reperire in una realtà *preesistente* (all'attività dei giuristi) che sia "di per sé" *giuridica*. Sarà quindi giocoforza concludere che, mentre la generale co-creazione del diritto costituzionale pure da parte dei giudici potrebbe (in astratto) anche non implicare particolari esercizi di discrezionalità, la produzione giurisprudenziale di "nuove" norme costituzionali sarà invece, per definizione, sempre e necessariamente discrezionale.

Un conto è però affermare che la produzione giurisprudenziale di norme costituzionali, quando avviene, è *necessariamente discrezionale*; (tutt')altro conto è sostenere che tale produzione sia di per sé *sempre necessaria*, che sia cioè un'occorrenza inevitabile; un altro conto ancora, infine, è che tale occorrenza, quando si verifica (sia essa necessaria o meno), si presenti sempre con lo *stesso grado* di discrezionalità. Il sussistere di tale necessità e la misura della relativa discrezionalità, dal canto loro, sono elementi che mal si prestano a essere indagati in generale, e richiedono piuttosto un'indagine da svolgere con riferimento al singolo ordinamento, a partire dalla sua specifica norma di riconoscimento.

In questo senso, come già si diceva, mentre i giuristi (giudici, funzionari, avvocati, accademici *etc.*) *co-creano* (= determinano) sempre il diritto esistente, dal punto di vista logico lo *producono* (nel senso sopra precisato) *necessariamente* solo in rapporto alla più o meno estesa indeterminazione della norma di riconoscimento "di senso comune".

Se la trama di quest'ultima è "aperta" al punto da non essere in grado di predefinire (o anche solo prefigurare) *tutti* gli elementi necessari dei complessi meccanismi della pratica giuridica di un dato ordinamento vi sarà, da parte dei giuristi e in particolare dei giudici, un'opera di produzione/completamento "interstiziale" (di fonti e di norme) tanto inevitabile (= necessaria, sennò il diritto non potrebbe funzionare) quanto con inevitabili elementi di discrezionalità in

⁷² Sempre a patto, giova ancora ribadirlo, che le ricostruzioni così elaborate riescano a trovare una accettazione anche da parte della più ampia collettività costituita dai destinatari dei precetti.

corrispondenza delle relative aree indeterminate. Essendo infatti in tali ipotesi per definizione lacunosa (sul punto) la norma di riconoscimento di senso comune, in questa opera di completamento discrezionale fatalmente influiranno elementi, convinzioni e orientamenti extra-giuridici (etici, politici, ideologici, istituzionali, sociali *etc.*)⁷³ della comunità dei giuristi⁷⁴.

A tal proposito, bisogna peraltro tenere a mente che una cosa è la necessità di integrare *il diritto* (nel suo complesso) a fronte della indeterminatezza *della* norma di riconoscimento di senso comune, tutt'altra cosa è la necessità di integrare *la* norma di riconoscimento, e cioè – nel nostro caso – *la stessa Costituzione* (scritta).

Certamente sono immaginabili casi in cui una Costituzione, per poter assolvere alla propria funzione – l'unica strettamente necessaria – di “fonte delle fonti” e di vertice dell'ordinamento, debba per forza essere integrata. Si pensi, tra i molti esempi possibili, all'ipotesi in cui essa, disciplinando il procedimento legislativo, non precisi in alcun modo (né direttamente, né rinviando la scelta ad altra fonte) i soggetti titolari della relativa iniziativa.

È importante tuttavia comprendere che non tutto ciò che è impreciso, vago, generico o apparentemente lacunoso in una Costituzione, e che dunque non consente (o non consente in tutti i casi) una sua applicazione immediata – vuoi direttamente a singoli casi, vuoi indirettamente come parametro nel giudizio di costituzionalità sulle leggi –, analoga alle fattispecie tipiche del diritto legislativo, per ciò solo necessita in senso stretto di essere completato affinché la Costituzione stessa e il diritto nel suo complesso possano funzionare.

Per intenderci, una Costituzione dagli enunciati molto vaghi e generici in tema di diritti, se non integrata o specificata nel suo significato, potrà rendere improbabile (o difficilmente accertabile) l'ipotesi di un loro netto e sicuro contrasto con le scelte in materia del legislatore, lasciando dunque ampia mano libera a quest'ultimo. Un simile esito può certamente essere ritenuto problematico, soprattutto qualora si abbraccino certi modelli ideali di costituzionalismo, ma di per sé risulta evidentemente inidoneo a fondare la necessità *logica* di integrare o specificare la Costituzione. Infatti, né quest'ultima né tantomeno la pratica giuridica complessiva vedono compromessa la loro capacità di svolgere la loro funzione conformativa delle condotte politiche e sociali. Non gli enunciati vaghi e generici della Costituzione, che eserciteranno pur sempre una (sia pure limitata) efficacia vincolante rispetto alle scelte legislative (che non potranno platealmente contraddirli). E certamente non la pratica giuridica complessiva, che del resto per secoli ha funzionato anche senza alcuna garanzia costituzionale dei diritti e delle libertà dei cittadini.

⁷³ Beninteso, i suddetti fattori di condizionamento saranno extragiuridici solo *originariamente*, nel senso che esuleranno dalla rappresentazione (come si diceva, per forza di cose molto “minimale” e vaga) della Costituzione e del diritto di senso comune e non potranno quindi essere rinvenuti in qualsivoglia realtà che oggettivamente preesista come intrinsecamente giuridica all'opera di determinazione dei giuristi. Se e quanto attestatisi e divenuti credenza comune tra questi ultimi e nella comunità sociale allargata, infatti, i rispettivi contenuti andranno a loro volta a comporre e/o a influenzare le norme del diritto (anche costituzionale) vivente/esistente, *divenendo* quindi – *successivamente* – contenuti *anche* giuridici. Per evidenti ragioni, tuttavia, questa giuridicità non potrà che essere di tipo acquisito e derivativo, discendente *a posteriori* (come prodotto) dalla stessa opera collettiva dei giuristi e dunque logicamente inidonea a fondarla *a priori* (come causa, tanto meno se si intendesse quest'ultima quale semplice premessa conoscitiva).

⁷⁴ La quale, a sua volta, non è isolata bensì in strutturale connessione con l'ambiente politico e sociale in cui essa si inserisce, senza però necessariamente costituire lo “specchio” fedele, potendosi talora anche fare portatrice di interessi e ideali diversi o comunque particolari.

I rilievi ora effettuati in ordine all'assenza di una necessità in senso stretto di intervenire specificando e/o integrando la Costituzione scritta, beninteso, non escludono che una tale necessità sia comunque avvertita – se non a livello logico per lo meno guardando agli effetti pratici – all'interno della comunità dei giuristi e in particolare di quella dei giudici. Ed è persino inutile precisare che questi ultimi non agiranno e valuteranno “in solitaria”, ma sempre quali componenti della società cui appartengono e dalla quale saranno inevitabilmente influenzati. La quale cosa, tuttavia, non coincide affatto col dire che giuristi e giudici in automatico la rappresentino *fedelmente*, quasi fossero infallibili aruspici dello *Zeitgeist*, senza sovrapporre almeno in parte le *proprie* valutazioni a quelle *sociali* o comunque privilegiando, all'interno di queste ultime, alcune correnti di pensiero (non necessariamente maggioritarie) a dispetto di altre⁷⁵.

Stando così le cose, dunque, non è affatto impossibile che la *Weltanschauung* (ideale, etica, politica, istituzionale *etc.*) dei giuristi e soprattutto dei giudici esprima la propria influenza anche eccedendo la discrezionalità che talora è *davvero* inevitabile esercitare *integrando* e *completando* la “trama aperta” della norma di riconoscimento (e degli altri atti giuridici da essa previsti), nei limiti in cui questo sia strettamente indispensabile perché la pratica giuridica possa nel suo complesso funzionare. A volte difatti, come si accennava, specificazioni e integrazioni giudiziarie del disposto costituzionale possono concretamente verificarsi, non già – si badi – per forza di cose senza un *motivo*⁷⁶, ma pur sempre senza un'autentica *necessità*. E questo accade financo per definizione ogniquale volta le concezioni assiologiche o gli obiettivi pratici dei giuristi e dei giudici vengono apparentemente a porsi addirittura *in contrasto* con alcuni elementi contenutistici della *rule of recognition* (di senso comune) del singolo ordinamento.

Allora la questione, in particolare nel caso in cui la norma di riconoscimento sia una Costituzione scritta, cambia decisamente aspetto.

⁷⁵ La tematica della capacità, e della più o meno spiccata sensibilità, da parte di singoli componenti di una collettività sociale – quali sono evidentemente anche i giudici (e tra loro i giudici costituzionali) – di coglierne le tendenze o addirittura lo “spirito” è ovviamente antica. Esso si è tuttavia drammaticamente complicato nella attuale “società digitale” (sulle cui implicazioni giuridiche, e specificamente giuspubblicistiche, cfr. ora T.E. Frosini, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, Mucchi, 2021), dove i fenomeni di storsivi delle bolle di filtraggio e delle camere d'eco sollevano problemi inediti e a dir poco preoccupanti. Per una rassegna bibliografica sul tema cfr. ora A. Ross Arguedas, C.T. Robertson, R. Fletcher, R.K. Nielsen (a cura di), *Echo Chambers, Filter Bubbles, and Polarisation: a Literature Review*, 2022, commissionata dal Reuters Institute e dall'Università di Oxford e pubblicata grazie al sostegno della Royal Society all'indirizzo https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-01/Echo_Chambers_Filter_Bubbles_and_Polarisation_A_Literature_Review.pdf.

⁷⁶ Anzi, di motivi – pure di *buoni* motivi, o per lo meno tali secondo certe prospettive assiologiche – ce ne saranno ovviamente sempre, e ha ragione C. Caruso, *Giustizia costituzionale*, in Id. e C. Valentini (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, il Mulino, 2021, 201 a sottolineare come tale tendenza sia «imputabile a diversi fattori, non necessariamente imputabili alla volontà di protagonismo delle corti», là dove opportunamente (*ivi*, 201-202) se ne indicano, ad esempio, di «*sociali* (la diffusa pretesa secondo cui ciascun bisogno individuale deve trasformarsi in diritto soggettivo immediatamente azionabile); *politici* (l'autoreferenzialità e la chiusura di partiti e canali di intermediazione, inidonei a mediare e trasformare le rivendicazioni sociali in prescrizioni generali); *istituzionali* (assetti democratico-rappresentativi incapaci di assumere *decisioni politiche*, sbilanciati sulla *rappresentazione* dell'interesse generale piuttosto che sulla sua *realizzazione*); persino *territoriali* (frammentazioni localistiche e identitarie che premono sull'unità posta dalla costituzione)». Resta inteso però – ed è questo l'argomento svolto in testo – che altro è individuare il possibile *movente* storico e psicologico di una certa decisione (come, ad esempio, quella dei giudici di integrare o modificare la Costituzione scritta), altro è trasformarlo deterministicamente in una sua *causa*, necessaria e magari pure irresistibile.

La discrezionalità esercitata per completare quest'ultima, soprattutto se avviene nei limiti dello stretto indispensabile, è infatti ancora vincolata al testo di cui è necessario completamento. La discrezionalità che va *contro* il testo, invece, oltre a essere più difficile da giustificare nell'*an* (in quanto, banalmente, se ne sarebbe potuto fare a meno), risulta per forza di cose anche sempre di grado molto più elevato nel *quantum*, non potendosi ancorare a nulla di giuridicamente preesistente (ancorché magari vago e indeterminato).

Si tratta ora di calare questi ragionamenti teorico-generalisti nel nostro sistema giuridico-costituzionale.

A tal riguardo, in un ordinamento come quello italiano dove la norma di riconoscimento di senso comune converge su una Costituzione scritta in modo piuttosto articolato – a differenza per esempio di quanto non potesse accadere nel diritto romano o medievale (per non parlare di esperienze ancora più “primitive”) – è difficile sostenere che tutti (o anche solo la maggior parte de)gli interventi “produttivi” sopra menzionati (come emblematici) siano stati frutto della discrezionalità “inevitabile” nel completamento o nell’integrazione della “trama aperta” della norma fondamentale⁷⁷.

È difficile, in altri termini, sostenere che quegli interventi fossero strettamente *necessari* perché la pratica giuridica potesse nel suo complesso funzionare.

Certo, forse senza la produzione giurisprudenziale di tutte (o anche solo di alcune delle) norme costituzionali menzionate in precedenza la pratica giuridica avrebbe funzionato *peggio*, dal punto di vista sostanziale e/o procedurale; ma con ciò evidentemente si entra in tutt’altro tipo di discorso. E questo anche a tacere del rilievo – supplementare ma non così marginale – che il *buon* funzionamento risulta, al pari di tutti i costrutti valutativi⁷⁸, un concetto a sua volta intrinsecamente incerto, dalle forti oscillazioni soggettive e pertanto strutturalmente contestabile (e non a caso spesso contestato).

Se questo è vero, è allora lecito concludere che i casi paradigmatici di produzione giurisprudenziale di norme costituzionali sono quasi sempre frutto di una discrezionalità “forte”, nient’affatto “inevitabile”, bensì portatrice di concezioni idiosincratice della Costituzione (delle sue fonti, delle sue funzioni *etc.*), le quali (1) vanno spesso molto al di là di quanto sia direttamente evincibile dal testo e (2) non parrebbero autonomamente fondabili in nessuna altra realtà giuridica oggettiva. È semplice logica, infatti, a dirci che il diritto costituzionale informale non lo si “trova” già bell’e pronto da nessuna parte, ma semmai lo si costruisce e lo si inverte con le nostre credenze collettive, a partire appunto da quelle di giuristi e giudici.

⁷⁷ Possono essere considerati tali, invece, le pronunce esplicative o “chiarificatorie” della Corte costituzionale segnalati *retro*, alle ntt. 42, 43 e 44, atteso che da un lato (a) senza tali letture non si poteva neppure pensare di applicare la relativa norma costituzionale e dall’altro lato (b) che siffatte decisioni paiono restare nel perimetro di quanto direttamente evincibile dalla Costituzione.

⁷⁸ Cfr. sul punto K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (1956), trad. it. di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, 174 ss.; U. Scarpelli, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Comunità, 1962, 57 ss.; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1 ss.; volendo anche F. Pedrini, *Le “clausole generali”*, cit., 75 ss.

4. Critica del diritto giurisprudenziale costituzionale

Finora abbiamo effettuato una descrizione della “produzione giurisprudenziale delle norme costituzionali” come se osservassimo tale fenomeno, all’interno di quello giuridico complessivo, al fine di ricostruire, in un dato momento, il diritto esistente.

‘Esistente’, come si diceva, qui va inteso quale espressione contratta di ‘esistente nelle credenze collettive dei giuristi’, le quali a loro volta sono oggi fortemente condizionate in particolare dalle credenze e dagli orientamenti dei giudici.

Questo taglio di analisi per un verso pare almeno in parte implicare una prospettiva di matrice sociologica, nel senso che impone anzitutto di osservare “dall’esterno” le credenze collettive della comunità giuridica. Per altro verso esso avvicina forse la definizione di ‘diritto esistente’ a quella attuale del ‘diritto vivente’⁷⁹, senza però l’idea, talora connessa a quest’ultima, di considerare diritto “vero” *soltanto* quello prodotto dai giudici (e senza considerare le decisioni di costoro idonee a produrre diritto in modo “originario” e autonomo dagli altri partecipanti alla pratica giuridica).

Come già si accennava (*retro*, § 2.1), nell’accertamento del diritto esistente (come sopra definito), dunque anche nell’accertare le norme costituzionali esistenti e tra esse quelle prodotte dalla giurisprudenza, vi potrà essere talora un certo tasso di imprecisione e incertezza. Ciò si verificherà, in particolare, là dove le opinioni e le credenze di giudici e giuristi siano contrastanti (rispetto alla ricostruzione delle fonti e/o delle singole norme). L’operazione avrà invece esiti rappresentativi più sicuri là dove gli orientamenti dei (= opinioni e credenze agite dai) giuristi siano (almeno in un certo momento e per un certo periodo) sufficientemente consolidati.

Penso che un simile accertamento (a fini descrittivi) del diritto (anche costituzionale) esistente sia un’operazione preliminare svolta da qualsiasi giurista scrupoloso (avvocato, funzionario, giurista accademico, giudice *etc.*) nel momento in cui studi il diritto stesso per capire quale soluzione esso attualmente offre per la disciplina di casi (ipotetici e soprattutto) reali.

Penso anche che tale operazione rientri negli obblighi professionali del giurista pure quando il diritto così ricostruito, per qualche ragione (giuridica, ideologica, metodologica *etc.*), *non* lo soddisfi, e magari proprio per questo il suddetto giurista si prefigga di discostarsene nella ricostruzione e nella (proposta di) applicazione *futura* del diritto stesso⁸⁰.

Nella sua attività di ausiliario alla pratica, infatti, il giurista non è chiamato soltanto a descrivere *dall’esterno* il diritto esistente fino a (e in) quel momento, ma anche e soprattutto a proporre di volta in volta *dall’interno* una ricostruzione di tale diritto che si reputi *corretta* o comunque *preferibile* (anche rispetto a quella finora attestata) in generale e/o in vista della soluzione di una specifica questione o controversia. E non è affatto detto che un atteggiamento “conformista” rispetto ai precedenti interpretativi e applicativi sia, da questo punto di vista, la strada migliore.

⁷⁹ Rispetto alla quale cfr. L. Mengoni, *Il «diritto vivente» come categoria ermeneutica* (1990), in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, 141 ss.

⁸⁰ Riconoscere un certo stato di cose, d’altro canto, e in questo caso riconoscere il perimetro e i contenuti del diritto esistente, è la premessa (necessaria ma non sufficiente) per pensare di poterlo modificare.

Qui il giurista cessa di essere un semplice osservatore e diviene, sia pure nella ristretta misura in cui ciò sia consentito all'operato individuale di un singolo, a sua volta un giocatore, nelle vesti di partecipante alla pratica giuridica collettiva di cui abbiamo più volte parlato in precedenza⁸¹.

Ciò significa – ad esempio – che egli potrebbe non soltanto *avallare* con le proprie ricostruzioni (di fonti e di norme) dell'ordinamento l'operato della giurisprudenza, ma (potrebbe) anche *criticarlo* e *contrastarlo* sulla base di uno o più modelli alternativi ritenuti preferibili.

Tale critica (ma in realtà anche l'approvazione) si potrà impostare su più piani, dei quali mi interessa ora evidenziare tre distinte direttrici.

4.1. Opportunità politica o istituzionale/consonanza ideologica

L'attività di produzione giurisprudenziale di norme costituzionali può essere valutata (positivamente o negativamente) anzitutto in rapporto ai risultati, ovvero alla conformità dei contenuti così introdotti rispetto alla nostra idea di opportunità politica e/o istituzionale e alle nostre preferenze ideologiche. A loro volta, l'una e le altre possono essere sottintese, come più spesso accade, semplicemente enunciate, oppure espressamente argomentate nei loro fondamenti (non giuridici), che evidentemente si reputa possano o addirittura debbano – magari, d'accapo, per non meglio precisate “necessità” – influenzare anche la ricostruzione del diritto.

In questo senso, la valutazione più o meno positiva dell'attività di produzione giurisprudenziale di norme costituzionali (e dunque anche la disponibilità a concedere/tollerare/rivendicare margini di manovra più o meno ampi per la giurisprudenza in tale attività) dipenderà verosimilmente da fattori come (a) l'orientamento politico-ideologico (presente e futuro) manifestato o atteso dall'organo giurisdizionale, (b) la previsione del proprio potere di influenza sulla giurisprudenza stessa, nonché evidentemente anche (c) il giudizio sui contenuti “di partenza” direttamente evincibili dalla stessa Costituzione scritta.

Si tratta di una tipologia di critica piuttosto comune, ma che si esprime con modalità disomogenee a seconda delle diverse circostanze.

Di solito una valutazione di questo tipo viene effettuata esplicitamente (solo) per criticare i moventi politici e le distorsioni ideologiche che si presumono retrostanti alla ricostruzione/produzione giurisprudenziale delle norme giuridiche politicamente e/o ideologicamente avversate, o ancora per sottolinearne le ricadute negative e/o le possibili criticità in termini istituzionali e sistemici⁸².

In positivo, per converso, ci si limiterà per lo più a evidenziare i possibili vantaggi di certe opzioni giurisprudenziali, alle quali si aderirà con un'argomentazione “orientata alle

⁸¹ L'inevitabile commistione di questi due aspetti nell'operato del giurista è ben colta, ad esempio, da G.U. Rescigno, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2023, 833 ss.

⁸² Esemplare in questo senso A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss., nonché Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2021, 170 ss.

conseguenze” e se del caso articolata secondo una logica di costi/benefici⁸³. Più difficilmente invece si proporrà in modo aperto – alla giurisprudenza o in generale – di ricostruire il diritto (e il diritto costituzionale) sulla base di una precisa opzione politica o ideologica, a meno di non predicarne l’implicita immanenza al diritto stesso (del quale così si pretenderebbe di intendere lo “spirito” al di là della “lettera”), tramutando dunque, o talvolta anche solo camuffando, la propria valutazione ideologica e/o di opportunità politica in un argomento di interpretazione/ammissibilità giuridica.

4.2. Ammissibilità giuridica/correttezza metodologica

Con siffatta tipologia di critica evidentemente si tratta di valutare la compatibilità della produzione giurisprudenziale di norme costituzionali rispetto alle indicazioni ricavabili dallo stesso diritto positivo. Tale confronto può svolgersi secondo due direttrici principali.

Da un lato (a) ci si può chiedere se le modalità con cui vengono prodotte in via giurisprudenziale le norme costituzionali siano più o meno compatibili con fonti e/o norme legislative e/o costituzionali *diverse* da quelle oggetto della produzione giurisprudenziale. Ci si può ad esempio interrogare circa la compatibilità del rilievo giuridico assegnato dalla Corte alla consuetudine costituzionale con l’art. 138 Cost.; o si può mettere in dubbio la generale compatibilità della produzione di norme costituzionali da parte della Corte costituzionale col ruolo per essa delineato dagli artt. 134 Cost. e 28 l. 87/1953.

Da un altro lato (b) ci si può domandare se il contenuto delle norme giurisprudenziali di volta in volta prodotte sia più o meno compatibile con *le stesse* disposizioni costituzionali che i giudici adducono formalmente a loro fondamento, mettendolo a confronto con quello delle differenti norme che, in modo (che si suppone) più corretto, si può evincere dalle medesime disposizioni, diversamente interpretate. Ci si può così ad esempio interrogare se il principio (implicito) di ragionevolezza sia davvero compatibile con quello (esplicito) di eguaglianza formale davanti alla legge, inteso ex art. 3, comma 1, Cost. come semplice divieto di discriminazione sulla base delle sole categorie elencate nel testo.

Il “fatto” (sopra descritto come un complesso processo collettivo) che un giudice produca norme costituzionali, insomma, non esclude concettualmente che tale operazione sia vietata da (o incompatibile con) un’altra norma costituzionale (o, volendo, anche solo legislativa)⁸⁴.

Vero è che, quanto più tale condotta fosse (o potesse risultare) espressamente vietata, tanto più si proverà a rappresentare la medesima condotta come “non produzione” (ma semplice integrazione, completamento *etc.*) o a ricostruire le norme costituzionali e legislative di divieto (o quelle incompatibili) in un senso più permissivo (o elastico). Per lo meno questo è quel che cercherà di fare l’organo giurisdizionale produttore delle norme costituzionali, sempre

⁸³ Cfr. L. Mengoni, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss.

⁸⁴ V. infatti sul punto le condivisibili osservazioni di A. Vignudelli, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione* (2017), ora in Id., *Il vaso di Pandora. Scritti sull’interpretazione*, vol. II, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, Mucchi, 2018, 855 ss.

che si pronunci sul punto e che invece non scelga semplicemente di non affrontarlo (strategia a volte più efficace)⁸⁵.

Se poi si considera che, secondo la ricostruzione qui offerta della produzione delle norme costituzionali, quest'ultima si verifica solo quando il relativo processo collettivo si attesta, e dunque la proposta giurisprudenziale acquisisce una certa stabilità, ne consegue che la critica di inammissibilità giuridica risulterà quasi per definizione *minoritaria* e verrà argomentata sulla base di un diritto la cui *esistenza* (nel senso fin qui accolto) è soltanto *auspicata* per il futuro.

In questo caso, infatti, solo una minoranza di giuristi ravviserà nel diritto positivo contenuti incompatibili con la produzione giurisprudenziale delle norme costituzionali (di tutte o di alcune), atteso che, se i critici fossero già una congrua maggioranza tra i giuristi (qui il riferimento non è ovviamente limitato ai soli giuristi *accademici*), difficilmente si sarebbe potuta verificare in concreto una vera e propria produzione giurisprudenziale di norme (nel senso sopra descritto).

È altresì del tutto ovvio che il diritto costituzionale α invocato dai critici come incompatibile con quello β prodotto dalla giurisprudenza, per ragioni logiche, non potranno essere ambedue *contemporaneamente* esistenti; è parimenti pacifico che le norme prodotte dalla giurisprudenza (diritto costituzionale β) siano per definizione esistenti/*viventi*, secondo le stipulazioni qui accolte; ne segue che il diritto costituzionale α , al momento in cui la critica viene effettuata, non sarà (ancora) un diritto esistente, ma soltanto un diritto alternativo che si pretende *correttamente* ricostruito, invocandone l'applicazione come diritto vigente su un piano *metodologico/prescrittivo*⁸⁶.

Del resto, essendo la produzione delle norme costituzionali un processo collettivo e continuo, esso dovrà essere costantemente inverteo e potrebbe dunque anche modificarsi, cosa che potrà talvolta accadere proprio sulla spinta di una dottrina critica, magari inizialmente minoritaria, che induce anche la giurisprudenza a cambiare posizione⁸⁷.

Il problema principale delle critiche di ammissibilità giuridica alla produzione giurisprudenziale di norme costituzionali resta comunque la perdurante incertezza circa il "metodo

⁸⁵ Meno intuitivi risultano, al riguardo, i motivi alla base dell'atteggiamento apologetico spesso assunto dalla dottrina, che certamente nella sua opera di ricostruzione del diritto esistente è tenuta a *descrivere* anche la produzione giurisprudenziale di norme costituzionali e semmai anche a *spiegarla* (indagandone le cause), ma non certamente a *giustificarla* (tanto meno "per partito preso"), a maggior ragione quando ne riscontrasse l'incompatibilità con altre norme giuridiche.

Sicuramente su tale atteggiamento – quando e nella misura in cui si sia verificato – possono aver inciso molteplici fattori, tra cui, senza alcuna pretesa di esaustività, (i) la vicinanza ideologica con le scelte effettuate dalla Corte costituzionale, (ii) una certa "arrendevolezza" di fronte al giudicato costituzionale, (iii) l'idea di poter meglio guidare la giurisprudenza assecondandone le grandi linee, (iv) l'esigenza avvertita a livello istituzionale di non screditare l'operato e la credibilità, (v) la valutazione del "male minore" rispetto alla ricorrente inerzia legislativa *etc.*

⁸⁶ Sul tema della correttezza nel ragionamento giuridico cfr. ora gli importanti rilievi di A. Vignudelli, "Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia...". *Parte prima* (2016) e *Parte seconda* (2017), ora in Id., *Il vaso di Pandora*, cit., 901 ss.

⁸⁷ Mi sembra proprio questo il *fil rouge* del recente contributo di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023 e sicuramente rappresenta il lascito più profondo sotteso al monumentale studio di A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011.

giuridico⁸⁸, qui inteso in senso minimale come il *corretto* modo di ricostruire fonti e norme dell'ordinamento a partire dalla norma di riconoscimento⁸⁹.

È del tutto inutile (o per lo meno molto frustrante), evidentemente, discutere della compatibilità dell'operato giurisprudenziale rispetto al diritto positivo se non c'è condivisione dapprima rispetto ai criteri coi quali selezionare gli atti e i fatti idonei a produrre norme giuridiche nel nostro ordinamento e successivamente rispetto alle regole e ai principi coi quali poi interpretare gli atti e i fatti individuati come fonti del diritto.

Qui si è preso a parametro della "norma di riconoscimento" del nostro diritto la Costituzione intesa come testo, sostenendo come essa sia l'unica riconosciuta (anche perché l'unica riconoscibile) per tale dal senso comune, cui nell'individuazione del diritto anche i giuristi sono legati. I giuristi del resto, come già si accennava, spesso accostano alla Costituzione c.d. formale altri materiali informali (si pensi, ad esempio, alla Costituzione in senso materiale, ma anche solo alle c.d. consuetudini costituzionali o alla necessità quale fonte del diritto) che, nelle rispettive teorie, dovrebbero affiancarla, integrarla o addirittura talvolta in alcune parti sostituirla. Ciò rende metodologicamente incerte le fonti del nostro ordinamento costituzionale.

A tale rilievo si aggiunga che l'incertezza sussiste anche rispetto alle modalità con cui, a partire dalle fonti, si ricavano "interpretativamente" le singole norme⁹⁰. Questo anche a dispetto delle indicazioni reperibili nel diritto positivo (art. 12 Preleggi, art. 28 l. 87 del 1953, nella loro connessione con gli artt. 101 e 134 Cost.), che spesso i giuristi e in particolare i costituzionalisti semplicemente fingono di non vedere, ritengono inapplicabili oppure "reinterpretono" in modo da "sterilizzare" la loro evidente pretesa di limitare anche la "creatività" giurisprudenziale⁹¹.

È quasi superfluo aggiungere poi come, a fronte di questa opera demolitoria rispetto alle indicazioni rinvenibili nel diritto positivo scritto, il proliferare di molteplici sedicenti "teorie" dell'interpretazione, che spesso in realtà si rivelano dottrine prescrittive della concretizzazione giudiziale e che quasi sempre celebrano (in modo alquanto acritico e a tratti pure auto-assolutorio) la insopprimibile "libertà ermeneutica" dell'interprete in toga, ha aumentato la confusione in modo esponenziale. Ciò in particolare perché si è creata l'idea, corroborata anche da alcune correnti giusfilosofiche di stampo sociologico/scettico⁹², che tutti i metodi interpretativi *di fatto* praticati o proposti da qualsiasi dottrina o teoria (del diritto e dell'interpretazione) siano indifferentemente praticabili (ad ogni disposizione, in ogni circostanza...) anche sotto il profilo

⁸⁸ Come infatti sottolinea M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., 84, «Il metodo giuridico appare in questi casi più incerto e più problematico che non i singoli argomenti che dovrebbero essere decisi mediante esso: è bene ricordare che un metodo è utile per risolvere dei problemi solo se i suoi principi sono (molto) meno controversi dei singoli argomenti sui singoli problemi che dovrebbe risolvere».

⁸⁹ Per le coordinate generali sul metodo giuridico v. sinteticamente N. Bobbio, *Metodo*, in *Nvss. dig. it.*, X, Torino, Utet, 1964, 602 ss., nonché più ampiamente M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976. Di recente, con particolare riferimento al diritto pubblico, cfr. L. Buffoni, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Napoli, ES, 2024.

⁹⁰ Utili riferimenti in O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, 279 ss.

⁹¹ Cfr. A. Vignudelli, *Il "pluralismo dei valori" dalla riflessione metaetica ai bilanciamenti delle Richter-Divisionen* (2012), ora in Id., *Il vaso di Pandora*, cit., 762 ss.

⁹² V. per tutti G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, sulla cui base si sono poi strutturati i vari studi della "scuola genovese".

*metodologico/prescrittivo*⁹³, con l'esito quasi inevitabile – se l'idea fosse davvero presa sul serio – di una giurisprudenza *à la carte*.

4.3. Trasparenza/onestà intellettuale

Se finora si è parlato di valori “caldi” (etico/politici) e – *absit iniuria verbis...* – “tiepidi” (giuridici), con la trasparenza si entra nel campo dei valori “freddi”, relativi non tanto al *cosa* quanto al *come* si decide, laddove i giudici producano norme e, nello specifico, norme costituzionali.

Detto altrimenti, a rilevare non sono più primariamente i *contenuti* della produzione giurisprudenziale di norme costituzionali, nel loro possibile contrasto con certe valutazioni politiche e/o istituzionali o altre norme giuridiche, ma il *modo* con cui le relative “istanze di produzione” sono effettuate e soprattutto rappresentate. Il focus del discorso, insomma, si sposta sulla (oggettiva) *stringenza/credibilità* del processo decisionale per come esso viene descritto da chi lo pone in essere e sulla (soggettiva) *sincerità* della sua argomentazione pubblica.

Anche in questo caso, dunque, stiamo in un certo qual modo parlando di “correttezza” e di “metodo”, ma in un'accezione più ampia e generale: in termini, cioè, di onestà intellettuale. Potremmo a sua volta definire quest'ultima un atteggiamento di franca chiarezza – prima di tutto con se stessi – circa quel si sta *davvero* facendo, nonché sul come e sul perché lo si sta facendo. Il tutto quale premessa indispensabile per la (genuina) disponibilità ad un confronto aperto e in tal senso anche alla discussione pubblica delle scelte in questione.

Ebbene, questo è a mio avviso il punto più dolente della produzione giurisprudenziale delle norme (in generale e di quelle costituzionali in particolare).

Sosterrò infatti qui la tesi per cui (a) è proprio il condizionamento pragmatico che – come abbiamo ormai molte volte ripetuto – deriva (ai giuristi e) ai giudici dal senso comune a rendere difficilmente praticabile la virtù dell'onestà intellettuale rispetto a quel che realmente essi vanno facendo quando producono norme costituzionali per via giurisprudenziale. Detto altrimenti, il giudice che decide di innovare, producendo nuove norme costituzionali, per lo meno nel nostro contesto ordinamentale e istituzionale si ritrova fortemente incentivato a dissimulare – e di fatto a mentire, agli altri e talvolta persino a se stesso – camuffando le innovazioni introdotte nella Costituzione scritta, su cui converge la norma di riconoscimento di senso comune, da semplici interpretazioni del documento costituzionale. L'incentivo a tale dissimulazione, dal canto suo, sarà *tanto più elevato* quanto più la produzione giurisprudenziale di norme costituzionali non si limiti ad un completamento strettamente necessario della norma di riconoscimento di senso comune, ma si esprima tramite scelte discrezionali incompatibili col

⁹³ V. infatti sul punto le condivisibili osservazioni critiche di L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi* (1985), ora in *Lo Stato*, n. 22/2024, 151-152, secondo cui, in tale prospettiva, «il metodologo ed il filosofo del diritto non hanno già il compito di vagliare la correttezza degli argomenti dei giuristi (tanto, non essendo argomenti scientifici, dal punto di vista della logica un argomento vale l'altro); ma hanno soltanto un compito metodologico descrittivo (consistente nell'indagare quali sono i tipi di argomento mediante i quali i giuristi compiono le loro operazioni, che sono comunque sempre operazioni *produttive* di diritto), più un compito che chiamerei di sociologia giuridico-politica (consistente nell'individuare, o meglio smascherare, i valori, i fini, gli interessi a tutela o meglio – usiamola pure, la brutta parola – al servizio dei quali i giuristi elaborano le loro costruzioni)».

testo costituzionale e volte di fatto a sostituirlo con un concetto di costituzione (più o meno fortemente) idiosincratico.

Proverò altresì ad argomentare (b) che mantenersi intellettualmente onesti rispetto al proprio operato, per quanto difficile, non sembrerebbe tuttavia impossibile e per molti aspetti sarebbe decisamente auspicabile.

Concluderò infine (c) insinuando il dubbio che la mancata trasparenza, da parte dei giudici, rispetto al reale “statuto epistemologico” delle proprie scelte di produzione di norme costituzionali sia un segnale più di debolezza che di forza delle relative posizioni.

Per argomentare la prima tesi giova ora riprendere – sia pure in modo necessariamente sintetico – alcuni passaggi già affrontati.

Si ricorderà anzitutto che i casi paradigmatici di produzione giurisprudenziale di norme costituzionali sono quasi sempre frutto di una discrezionalità “forte”, nient’affatto “inevitabile”, bensì portatrice di concezioni idiosincratiche della Costituzione. Questo implica in primo luogo che, nel produrre nuove norme costituzionali, per definizione i giudici vadano *oltre* (se non addirittura *contro*) quanto risulta direttamente evincibile dalla Costituzione scritta (norma di riconoscimento di senso comune). In secondo luogo, i giudici che producono nuove norme costituzionali, proprio perché vanno oltre la norma di riconoscimento di senso comune, non possono logicamente pretendere di fondare questo *quid novi* in nessuna altra realtà *giuridica* oggettiva preesistente. Detto ancora in altre parole: a dispetto di quanto talora si sente raccontare, il diritto costituzionale informale non si “trova” da nessuna parte; semmai lo si “inventa”, nel senso che lo si inverte *come diritto*, proprio con le nostre credenze collettive.

Quanto si è appena precisato, per inciso, a qualsiasi giurista minimamente smalzitato e anche agli stessi giudici apparirà come il proverbiale “segreto di Pulcinella”, venendo anzi spesso a costituire un’evidenza quasi intuitiva. I molteplici “mutamenti”⁹⁴ e le non meno frequenti “trasformazioni” della Costituzione scritta al di là della sua semplice “interpretazione”⁹⁵, del resto, stanno lì a testimoniare. In questi casi la Carta costituzionale, anche per il tramite delle varie teorie costituzionali, può certo essere “usata” per produrre nuove norme⁹⁶, ma non ogni *uso* – a tacere poi degli eventuali abusi – è una *interpretazione*⁹⁷.

Allo stesso tempo, lo scivolamento che secondo taluni si starebbe compiendo dallo Stato costituzionale di diritto ad un elitistico *Richterstaat* parrebbe insieme “rivoluzionario” ma

⁹⁴ Sulla categoria del ‘*Verfassungswandel*’ v. ora A. Mangia, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, n. 19/2022, 61 ss., dove se ne evidenziano le radici nella giuspubblicistica tedesca di Laband e Jellinek.

⁹⁵ Cfr. in particolare S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004 (più di recente, in una prospettiva maggiormente teorica, v. anche M. Barberis, *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Torino, Giappichelli, 2022). Per una riflessione sull’esperienza statunitense, particolarmente significativa soprattutto in ragione della sua lunga durata, v. B. Ackerman, *We the People*, vol. II, *Transformations*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1998.

⁹⁶ Cfr. A. Ruggeri, *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2007, 519 ss.

⁹⁷ Sul punto, in una prospettiva semiologica generale, v. ampiamente U. Eco, *I limiti dell’interpretazione* (1990), Milano, La nave di Teseo, 2016, le cui conclusioni, argomentate con principale riferimento al discorso comune o quello letterario, parrebbero *a fortiori* valide anche in un ambito comunicativo connotato dalla presenza di autorità e dall’esigenza di certezza come quello giuridico.

anche strutturalmente furtivo, silente, appunto “clandestino”⁹⁸: un trapasso di cui nessuno vuole assumersi apertamente la responsabilità. Pertanto, l’esplicitazione di queste “modifiche tacite”⁹⁹ per quello che sono e l’ammissione pubblica di averle poste in essere, entrambe operazioni che in astratto parrebbero certamente percorribili, incontrano in concreto difficoltà pratiche pressoché insormontabili¹⁰⁰.

I tribunali, infatti, anche quando producono norme costituzionali nel senso ormai più volte precisato, sono molto restii a dichiararlo. Lo sono già quando si limitano a completare la trama aperta della norma di riconoscimento nei limiti dello stretto indispensabile, tant’è che solitamente provano a presentare tale completamento come uno sviluppo “implicito” del sistema. E lo sono, comprensibilmente, a maggior ragione (e tanto più) ogni qual volta (e quanto più) vadano (non a completare, bensì) a modificare quanto emerge con maggior evidenza dal documento costituzionale.

Si diceva, lo sono *comprensibilmente*.

In un contesto giuridico e istituzionale dove vige formalmente la soggezione dei giudici alla legge, e dove è fatto obbligo ai tribunali di indicare espressamente nelle proprie sentenze le *disposizioni* costituzionali che si assumono violate (art. 23, comma 1, lett. b, l. 87 del 1953), allontanarsi da quanto direttamente imputabile alla Costituzione scritta ha sempre un costo elevato, a maggior ragione laddove si configuri come un’operazione non strettamente necessaria e altamente discrezionale.

Almeno da un punto di vista procedurale¹⁰¹, le scelte discrezionali dei giudici fondate su criteri elaborati in modo autonomo rispetto al diritto positivo sono più facilmente accettate/tollerate *se (e proprio perché) si mantengono nei limiti dello stretto indispensabile*: nessuna decisione, in questo caso, è peggio di una qualsiasi decisione. Viceversa, scelte siffatte sono accettate/tollerate molto meno là dove la Costituzione scritta offra già *una* soluzione: magari non necessariamente (o unanimemente ritenuta) la *migliore*, ma univoca (nella misura in cui lo sia, ovviamente) e preconstituita per tutti.

Il motivo di tale minore accettazione/tolleranza, del resto, è perfettamente intuibile, atteso che per definizione in quest’ultimo caso si sommano due condizioni alquanto faticose da “digerire”: non solo (a) non c’è alcuno stretto bisogno *di cercare* “oltre” la norma di riconoscimento di senso comune, ma anche e soprattutto – come già si diceva – (b) non c’è neppure nulla di (giuridicamente) oggettivo *da trovare*. Si tratta semmai di *inventarlo* e poi di sostituire

⁹⁸ Così, testualmente, B. Rütters, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, trad. it. *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di G. Stella, Modena, Mucchi, 2018.

⁹⁹ In argomento v. da ultimo, anche per puntuali indicazioni bibliografiche e opportune osservazioni critiche, E. Olivito, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. un’ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2023, 26 ss.

¹⁰⁰ Lo enfatizza bene M. Luciani, *Interpretazione conforme*, cit., 429: «Mai [...] il giudice potrà osare presentare la propria attività come *Rechtsgebung* anziché *Rechtsfindung*, sicché le sue proposizioni dovranno essere strutturate come fondate sull’intermediazione del “voluto” di un’autorità esterna, che in genere è quella del legislatore».

¹⁰¹ A prescindere, cioè, dai contenuti di certe scelte (che possono essere più o meno condivise nel merito), ma semplicemente sulla base dei soggetti che le assumono e – appunto – delle relative procedure (che possono essere più o meno condivise nel metodo). Va da sé che spesso la disponibilità *complessiva* ad accettare/tollerare certe decisioni giuridiche deriverà dal prodotto di entrambe queste dimensioni (contenutistica e procedurale).

con quel che così si è “inventato” le scelte che parrebbero emergere in modo più evidente (anche se non necessariamente nel modo preferibile) dal testo costituzionale¹⁰².

La “reticenza” dei tribunali ad ammettere in modo espresso i casi di produzione giurisprudenziale di norme costituzionali, insomma, non è soltanto un caso, bensì un atteggiamento significativamente “razionale rispetto allo scopo”. Proprio al fine di avere successo nell’attuale pratica sociale giuridica, divenendo credenza collettiva diffusa tra i giuristi stessi, tali operazioni suggeriscono, a dispetto della loro sostanza, di essere *comunque* formalmente rappresentate, al pari dell’attività di determinazione svolta in conformità al concetto di costituzione di senso comune, come una semplice appendice di quest’ultimo.

Il tutto però con l’evidente conseguenza – a differenza dell’attività di determinazione delle norme costituzionali *effettivamente* svolta in conformità al concetto di senso comune – di imporre contorsioni argomentative non propriamente agevoli per (cercare di) camuffare il *proprio* concetto idiosincratico di diritto e di Costituzione come la “miglior” spiegazione/esplicitazione del concetto *di senso comune* (= Costituzione scritta) che in realtà si vorrebbe modificare e correggere.

Capovolgendo una celebre massima de *Il Gattopardo*, “se vogliamo che tutto cambi, bisogna che tutto rimanga com’è”. Il che beninteso non toglie che questo modo di innovare persuadendo che non si tratti di innovazione – strategia cui risulta molto funzionale l’uso (e talora anche l’abuso) della categoria “ombrello” della interpretazione giuridica e in particolare

¹⁰² Siffatto procedimento, seppur con diversa terminologia, è al centro delle considerazioni critiche di V. Angiolini, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, che non a caso (*passim*, ma part. 22 ss.) ne evidenzia il presupposto logico nel rigetto dell’equiparazione concettuale tra Costituzione e (testo della) Carta repubblicana del 1948.

di quella costituzionale¹⁰³ – resta pur sempre una forma di (consapevole o inconsapevole) raggiro¹⁰⁴.

Beninteso, non basta denunciare l'inganno per rompere il sortilegio. Certe credenze, incluse quelle che indirettamente portano alla produzione giurisprudenziale di norme costituzionali, assomigliano per certi versi alle *fake news*: non perdono la loro efficacia "costitutiva" per il solo fatto di essere *infondate* e neppure di essere *dimostrate* per false.

Molti giuristi e giudici credono davvero (o per lo meno mostrano di credere) di "rinvenire" il diritto costituzionale in una qualche dimensione extratestuale (politica, istituzionale, sociale *etc.*) o che esso scaturisca in tutto o in parte dalla loro insopprimibile e ineludibile libertà ermeneutica, comportandosi di conseguenza. Ed è segnatamente questo insieme di atteggiamenti e di comportamenti collettivi che, se sufficientemente diffuso, produce diritto

¹⁰³ Ciò con l'effetto di accomunare operazioni intellettuali molto eterogenee fra loro e non tutte ugualmente necessarie. Se infatti è del tutto evidente che la significazione del testo costituzionale è per la giurisprudenza una necessità in senso stretto (atteso che altrimenti l'applicazione della Costituzione come norma giuridica non potrebbe avvenire punto), lo stesso non può dirsi per altri tipi di attività, come ad esempio la integrazione (più o meno analogica) del diritto costituzionale, l'attuazione (= concretizzazione) dei principi costituzionali generici, il riconoscimento di nuove fonti o mezzi ermeneutici *etc.*

Questa opacizzazione delle varie operazioni che talvolta possono essere richieste al giudice dall'ordinamento, altre volte vietate, altre volte ancora richieste a un giudice (vedi quello ordinario per l'uso della analogia) e vietate a un altro giudice (come parrebbe avvenire per quello costituzionale, laddove l'art. 28 l. 87/1953 vieta «ogni valutazione di natura politica»), finisce per favorire il camuffamento di operazioni manipolatorie del testo.

Il quadro poi si completa con la ricorrente insistenza della dottrina (meno frequentemente della stessa giurisprudenza, che piuttosto ne beneficia) sulle presunte "necessità" di applicare alla Costituzione speciali tecniche di interpretazione (in senso stretto o lato), ricavandole da altrettanto indimostrate "funzioni" che la Costituzione dovrebbe svolgere. Inutile dire che tali "funzioni", le quali consentirebbero o addirittura imporrebbero un grado più o meno ampio di allontanamento dal testo, risultano a loro volta – nella logica qui accolta – il frutto di concezioni idiosincratiche della Costituzione (per definizione non fondate sul diritto stesso).

E la stessa cosa dicasi – infine – per i ricorrenti tentativi, di cui già si è fatto cenno (*retro*, § 4.2), che producono in concreto lo stesso effetto solo con un altro percorso teorico, indicando (per lo più apoditticamente) come necessario l'affiancamento alla Costituzione scritta di altro sedicente "materiale costituzionale" (cfr. sul punto, da ultimo, Y.M. Citino, *Dietro al testo della costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021) in ipotesi rilevante o addirittura indispensabile per la relativa procedura di significazione. La quale ultima, dunque, diverrebbe non più – soltanto e, a seconda del tipo e del peso delle altre fonti, talora neppure prevalentemente – interpretazione linguistica di un testo, ma un complesso procedimento "olistico" di estrapolazione e sistematizzazione di significati provenienti da fonti (semantiche e giuridico-normative) eterogenee: su questo classico – e a mio avviso tuttora irrisolto – problema tipico in particolare dell'istituzionalismo giuridico cfr. F. Pedrini, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul "metodo" nel diritto pubblico*, in *Jura Gentium*, n. 2/2018, 109 ss.

Indicare il modo epistemologicamente e giuridicamente più corretto per interpretare la Costituzione (e con esso anche i "limiti" dell'interpretazione giuridica) è sicuramente un passaggio fondamentale per la completezza di questo discorso. Proprio per la sua complessità e per la sua ampiezza, tuttavia, questo importante aspetto del c.d. metodo giuridico non è sensatamente affrontabile in questa sede, dove ci si può limitare all'indicazione dell'apparente assenza di fondamento di certe asserzioni sul punto (del resto ampiamente documentata e argomentata per più di mille pagine in A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, cit., *passim*).

¹⁰⁴ Cfr. anche qui esattamente M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., 117: «l'innovazione non è senza costi, prescindendo dal merito delle questioni. Il diritto è impresa intrinsecamente collettiva, e le opinioni idiosincratiche la perturbano. Insomma chi canta in un coro una musica diversa da tutti gli altri rischia di apparire stonato. La via del giurista e la via del giudice richiedono dunque normalmente un passo assai più leggero che non la via del legislatore. L'innovatore in questi casi spesso ha successo convincendo gli altri che l'innovazione non sia in realtà innovazione. Per quanto questo sia più spesso il modo più indolore e rapido di innovare, è pur sempre una pratica fondata sull'inganno».

costituzionale, come una sorta di profezia che si autoavvera: la famigerata “normatività del fattuale”, in fondo, è tutta qui¹⁰⁵.

Se così stanno le cose, non è semplicemente criticando tali credenze, magari anche con argomenti logicamente ineccepibili, che si può sperare di sbarrare il passo a produzioni “indebite” di norme giurisprudenziali. La produzione giurisprudenziale di norme – laddove riesca, tramite il semplice attestarsi di stabili credenze collettive – sortisce effetti anche se incongrua, illogica o al limite “illegale”.

Forse però dimostrare la sua mancanza di fondamento “oggettivo”, oltre che costituire un liberatorio atto di onestà intellettuale, può anche costituire il prodromo a qualche cambiamento, almeno presso chi abbia la capacità di comprendere e la volontà di agire di conseguenza.

A scanso di equivoci, vorrei anche ribadire che l’approdo di un approccio intellettualmente più onesto e trasparente, sebbene talora potrebbe in concreto accordare maggior forza alle ragioni del *self-restraint*¹⁰⁶, non per questo sarebbe *per forza* di tipo “testualista”, ligio soltanto a quanto si trova formalizzato per iscritto nella norma di riconoscimento sulla quale converge il senso giuridico comune.

Vi possono essere molte valide ragioni per desiderare di distaccarsi da quest’ultima, per correggerla e integrarla in alcune o persino in molte sue parti; e – come si è visto appunto considerando il fenomeno della produzione giurisprudenziale di norme costituzionali – l’operazione non è affatto impossibile. Così come è pure possibile che le istanze di produzione giurisprudenziale di norme costituzionali coincidano con proposte di modifica (interpretative, integrative, attuative *etc.*) della Carta costituzionale, le quali, *sebbene incompatibili* col suo testo, risultino *cionondimeno* perfettamente plausibili, migliorative, opportune, conformi al “comune sentire” *etc.*

Certo, come pure si è detto, occultare l’innovazione risulta spesso una strategia vincente dal punto di vista pragmatico, soprattutto in un contesto ordinamentale e istituzionale come il nostro. E tuttavia, anche in siffatto contesto, parrebbe difficile sostenere che si tratti dell’*unica* strategia percorribile per ottenere successo nel proprio scopo.

I vincoli pragmatici che, nell’odierna pratica giuridica, impongono ai giudici quanto meno di *mostrarsi* pubblicamente deferenti rispetto alla legge e alla Costituzione formale che pretendono di applicare sono sicuramente solidi; parrebbe tuttavia eccessivo ritenerli insuperabili. La fedeltà alla legge e alla Costituzione – col suo portato in termini di certezza, prevedibilità ed eguaglianza – sono certamente valori *diffusi* nella pratica giuridica, ma non parrebbero

¹⁰⁵ In argomento cfr. R. Bin, *Normatività del fattuale*, Modena, Mucchi, 2021; nonché Id., *Critica della teoria delle fonti*, Milano, Franco Angeli, 2021, 183 ss., dove si sottolinea opportunamente anche l’assenza di un fondamento oggettivo del preteso accertamento dei “fatti normativi” *extra ordinem*, accertamento che sarebbe appunto un «artificio psicologico con cui l’interprete cerca di “oggettivizzare” il frutto del proprio lavoro che, per sua natura, oggettivo non è [...]». Questa è l’operazione svolta dall’interprete, trasformare i “fatti” in “norme”: presentando il risultato della sua attività intellettuale soggettiva sotto specie di “consuetudine”, l’interprete trasforma il prodotto della sua visione soggettiva della doverosità di determinati comportamenti nel prodotto oggettivo di una fonte-fatto di cui ha “accertato” l’esistenza».

¹⁰⁶ Sul tema v. ora M. Massa, *Minimalismo giudiziario. L’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2023.

valori *assoluti* e/o automaticamente prevalenti, ad esempio, rispetto a ogni istanza di flessibilità, ragionevolezza e giustizia.

La maggiore o minore accettabilità *complessiva* di un'innovazione che implichi la produzione di nuove norme costituzionali, ponendosi dunque in tensione dialettica con le esigenze formali/procedurali di certezza, dipenderà ovviamente anche dalla forza e dal peso delle ragioni sostanziali che la sostengono. E, per banale che sia dirlo, tali ragioni sono *evidentemente* reputate dai giudici (e dai giuristi che le avallano) *così forti e così valide* da imporre in modo autoritativo a tutti le soluzioni su esse basate.

Se le premesse sono queste, però, viene allora da chiedersi: quali remore dovrebbero avere i loro artefici e sostenitori a esplicitare queste ultime (soluzioni) per quello che sono? A qualificarle, intendo, come tentativi di produrre nuovo diritto costituzionale che dovrebbero essere valutati alla luce dei loro vantaggi pratici sostanziali e dei loro fondamenti ideali? A che pro – ripeto: *a tali condizioni* – l'infingimento di rappresentarle come uno sviluppo "implicito", un completamento "intrinseco" o magari come una interpretazione "necessaria" della Costituzione scritta, laddove esse manifestamente sono invece sviluppate sulla base di concezioni ("idiosincratiche") divergenti dalla (e talvolta addirittura in sospetta frizione con la) norma di riconoscimento di senso comune?

Chi ha avuto la pazienza di seguirmi fin qui nel ragionamento avrà certamente capito che si tratta di interrogativi retorici e che, in concreto, spesso non ravviso affatto l'irresistibile forza delle ragioni che dovrebbero (e in astratto potrebbero) sostenere molti casi di produzione giurisprudenziale di nuove norme costituzionali.

Sospetto piuttosto che il sistematico occultamento delle ragioni reali per cui la giurisprudenza produce norme costituzionali sia il sintomo di una triplice insicurezza da parte di chi ricorre a questa forma di inganno, e talora pure di auto-inganno.

Da un lato l'insicurezza di chi non vuol riconoscere, magari neppure a se stesso, di non avere realmente dati oggettivi da esibire, ma semplici proposte di (decostruzione e) ricostruzione del diritto alla luce di altrettante "letture" della società e dei suoi bisogni. Proposte che verosimilmente il proprio pubblico (di giuristi e non giuristi) ascolterebbe e accoglierebbe spesso meno volentieri, o potrebbe anche non accettare affatto, se fossero presentate per quello che sono, cioè *una* delle tante possibilità (alternative) e non invece *l'unica*.

Dall'altro lato l'insicurezza di chi, per di più, capisce benissimo di non avere argomenti così risolutivi da prevalere in automatico su quelli dialetticamente contrapposti o contrapponibili. Il che peraltro suggerisce non già la (percezione della) forza, ma semmai (del)la strutturale *debolezza* delle singole proposte avanzate anche dal punto di vista sostanziale. Deboli non tanto perché necessariamente *sbagliate* nel merito¹⁰⁷, ma perché pur sempre *controvertibili* e *contestabili* sulla base di valori e pesi diversi da quelli soggettivamente accolti dai vari organi giurisdicenti e *cionondimeno* (o forse proprio per questo) spacciati per "oggettivi".

¹⁰⁷ Si può anzi a tal proposito sottoscrivere l'affermazione di F. Modugno (*I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, 21) secondo cui proprio dalla Corte costituzionale sono venuti «i maggiori contributi all'intendimento del ruolo pervasivo dei diritti fondamentali», senza tuttavia la necessità di condividere tutte le implicazioni che l'Autore ne trae in termini in chiave di teoria dell'interpretazione costituzionale e del relativo metodo e senza che l'argomento sviluppato in testo ne risulti intaccato.

Infine, l'insicurezza circa il fatto che, *a maggior ragione* a queste condizioni, le altre istituzioni giuridiche e la collettività tutta (di giuristi e non giuristi) riconoscerebbero davvero per legittimo il ruolo "creativo/produttivo" talora svolto dai tribunali all'interno della pratica giuridica, là dove la giurisprudenza se lo auto-attribuisse anche formalmente (e non soltanto di fatto), daccapo oltre o addirittura contro quanto previsto dalla Costituzione "formale".

Peraltro, la pratica diffusa di imputare proprio a quest'ultima le varie proposte mi conforta nella convinzione che essa, e soltanto essa, continui a essere l'autentico territorio comune nel quale anche le concezioni idiosincratiche di tutti i giuristi finiscono necessariamente per incontrarsi e ritrovarsi. E dunque anche per riconoscersi formalmente in *quella* parola "positiva"¹⁰⁸, seppur magari al solo fine di riservarle un omaggio esclusivamente di maniera e poi continuare per la propria strada.

¹⁰⁸ Per un attento sviluppo della tematica è chiarificatrice la lettura di N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, il Mulino, 2020.