

SCRITTI IN ONORE DI
LORENZA CARLASSARE

A CURA DI
GIUDITTA BRUNELLI ANDREA PUGIOTTO
PAOLO VERONESI

IL DIRITTO COSTITUZIONALE
COME REGOLA E LIMITE AL POTERE

I
DELLE FONTI DEL DIRITTO

ESTRATTO



JOVENE EDITORE 2009

ROBERTO BIN

ORDINE DELLE NORME
E DISORDINE DEI CONCETTI (E VICEVERSA).
PER UNA TEORIA QUANTISTICA
DELLE FONTI DEL DIRITTO*

SOMMARIO: 1. Lo spostamento dalla teoria delle fonti alla teoria dell'interpretazione. – 2. Il giudice Hercules e il demone di Laplace. – 3. La costituzione e il cambiamento del grado di definizione. – 4. Interpretazione e applicazione. – 5. Che cos'è la disposizione? – 6. Principio di sovrapposizione. – 7. «Shut up and calculate»? Per una conclusione non scettica.

1. *Lo spostamento dalla teoria delle fonti alla teoria dell'interpretazione*

Negli scritti più recenti sulle fonti del diritto emergono in tutta evidenza i segni di una profonda crisi che ormai sembra intaccare le stesse fondamenta concettuali del «sistema».

Nella sua recente voce *Fonti del diritto*¹, Lorenza Carlassare parla a tale proposito di «punti di riferimento [che] sembrano addirittura saltati»: gli sconvolgimenti più recenti provocati dalla riforma del Titolo V – che ha fatto venir meno il punto fermo della competenza generale della legge statale e ha riconosciuto una nuova incidenza nell'ordinamento alle norme internazionali di origine pattizia – si aggiungono alle tante trasformazioni regi-

* Questo scritto sviluppa le tesi centrali di una relazione tenuta al Convegno «*La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della Costituzione*», svoltosi a Enna il 16 maggio 2009. Ringrazio Sergio Bartole, Stefania Parisi, Giovanni Di Cosimo e Pietro Faraguna per i loro commenti. Un ringraziamento particolare va a Omar Chessa, per le sue critiche, intelligenti e stimolanti.

strate da più tempo nel sistema. È posto in discussione persino il carattere di «sistema chiuso» delle fonti. Gli stessi rapporti tra fonti atto e fonti fatto vanno riconsiderati, soprattutto in relazione a due «fatti» la cui dimensione è difficile da collocare entro gli schemi: quella «norma senza fonte» costituita dalla consuetudine costituzionale, la quale «non ha alcuna disposizione (espressa) che la legittimi» eppure sembra collocarsi sullo stesso piano occupato dalla costituzione formale nella gerarchia delle fonti; e – strettamente connessa a quella – il «diritto giurisprudenziale».

Interamente intitolati alla «crisi» sono i paragrafi iniziali de «*Le fonti del diritto*» di Federico Sorrentino²: crisi del modello, delle fonti nazionali e statuali, della legge come atto normativo. Anche qui è la consuetudine costituzionale a proiettare la sua ombra obliqua, sia nelle trasformazioni *di fatto* della costituzione, sia nella affermazione *di fatto*, «per forza propria»³, di fonti non previste dalle norme sulle fonti.

Anche Franco Modugno, che ha dedicato larga parte della sua ricerca al tema, da tempo critica l'idea di un sistema chiuso delle fonti basato sul principio di gerarchia⁴. Negli scritti più recenti la conferma di quest'impostazione critica è ritrovata non solo nel perdurante ruolo della consuetudine costituzionale – dalla quale, secondo la traccia di Esposito, deriverebbero la loro forza normativa i comportamenti umani a cui l'ordinamento riconoscere il carattere di «fonte obbligatoria» – ma anche dal peso acquistato dalla giurisprudenza (e non solo dalla giurisprudenza costituzionale): «è proprio questa rivalutazione della giurisprudenza che sembra consentire di svincolare, per così dire, la costruzione del sistema delle norme dal rigido condizionamento da un preteso sistema 'chiuso' delle fonti»⁵. Seguendo le riflessioni di

¹ *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II,II, 536 ss.

² I riferimenti sono alla riedizione del 2009 (Padova, Cedam).

³ *Ibidem*, 343.

⁴ Cfr. per es. *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, 1997, 561 ss.

⁵ Questa citazione e quelle che seguono sono tratte da *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Pizzorusso, Modugno individua diversi percorsi che conducono la giurisprudenza fuori dal «sistema» e ne fanno una porta assai rilevante di «apertura» verso modelli culturali «d'importazione» (la cd. *circolazione dei modelli giuridici*) e verso l'unificazione di «sistemi» diversi. In questa direzione essa sarebbe per altro sollecitata sia da precisi rinvii legislativi – quali, per esempio, le norme di diritto internazionale privato – che da fenomeni di tipo consuetudinario (per es. la nuova *lex mercatoria*, formata «sulla base di pratiche applicate *convenzionalmente* nel corso dell'applicazione di clausole contrattuali... [che] acquistano il valore di norme consuetudinarie per la ripetizione e diffusione della loro osservanza a traverso il consenso anche tacito degli operatori di un determinato settore dell'attività economica»).

Nella visione di Modugno, dal «diritto» (e dalle sue fonti) si può entrare e uscire senza incontrare confini inviolabili e nettamente marcati. Ciò gli consente ovviamente di «accogliere» nella sua concezione ogni mutazione del «sistema», sia nel senso della compenetrazione tra diritto interno e diritto transnazionale, che in quello della sovrapposizione tra *hard* e *soft law* (in quest'ultimo sono fatte confluire anche le *rationes decidendi* dei giudici) e per tutte le altre trasformazioni indotte dalla globalizzazione nelle fonti del diritto, così ben riassunte – ma non con gli stessi esiti teorici – da Pizzorusso⁶.

Anche chi, come Antonio Ruggeri, ha speso larga parte della sua attività scientifica lungo gli «itinerari» di ricerca di un «sistema delle fonti», non pare offrirci un quadro molto più rassicurante della «tenuta» del sistema stesso⁷. La *teoria delle fonti* «fatica a percepire l'essenza» di questi fenomeni, non riuscendo più ad inquadrali secondo gerarchia e competenza, mentre maggiormente attrezzata appare la *teoria dell'interpretazione*, che rimette «ai singoli interpreti ed ai singoli fatti d'interpretazione di

⁶ Di cui in particolare cfr. *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

⁷ Cfr. *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, XII, Torino, 2009, 433 ss.

stabilire se e dove è maggiore l'apporto *culturale* offerto da una data fonte ai processi ricostruttivi di senso dell'altra (o delle altre)»⁸. Questo non è solo uno spostamento di prospettiva culturale perché, secondo Zagrebelsky⁹, è il controllo di costituzionalità delle leggi ad essersi spostato «dal terreno delle fonti a quello dell'interpretazione», in conseguenza del fatto che si è affermata una «concezione della costituzione come norma di applicazione giudiziaria».

È da questa citazione che vorrei prendere le mosse. Dopo una breve digressione.

2. *Il giudice Hercules e il demone di Laplace*

Quando Max Planck iniziò la sua attività di ricerca a Monaco, il suo professore lo sconsigliò di occuparsi di fisica, perché ormai – diceva il Maestro agli allievi – non c'era più granché da scoprire: le leggi fondamentali erano state tutte chiarite e dimostrare, restavano da riempire solo pochi buchi. La fisica classica, fondata sulle leggi universali di Newton, sembrava aver spiegato tutto ciò che c'era da sapere della materia e reso prevedibile qualsiasi evento in base a leggi deterministiche.

La teoria dei quanti si apprestava invece a sconvolgere tutto questo. La fisica classica aveva un'immagine della materia e del mondo adatta alla percezione «normale» della natura, di quella natura che la geometria euclidea aiutava a rappresentare e misurare: una percezione adeguata all'esperienza usuale degli uomini. Ma né l'una né l'altra si adattano al microcosmo, alla realtà atomica e subatomica, al mondo dell'infinitamente piccolo. Lì leggi, principi, metodi di misurazione e modelli di rappresentazione entrano in crisi. Per rispondere alle esigenze di rappresentare quella diversa realtà, non più spiegabile con le leggi classiche, iniziò a svilupparsi la nuova teoria quantistica.

«La nuova teoria afferma che ci sono esperimenti per i quali il risultato esatto è fondamentalmente imprevedibile e che in que-

⁸ *Ibidem*, 442.

⁹ *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 262.

sti casi bisogna accontentarsi di calcolare la probabilità dei vari risultati»: da questa nota affermazione di Richard Feynman, uno dei padri delle nanotecnologie sviluppatesi sulla base della meccanica quantistica, si può intendere quanto essa sconvolgesse ogni teoria della materia. La realtà che essa rivela è così diversa, controintuitiva, paradossale da lasciare shockati: come disse Niels Bohr, uno dei fondatori della fisica quantistica, «*anyone who is not shocked by quantum theory has not understood it*». Ogni pretesa di tracciare nuove leggi deterministiche sul comportamento della materia viene definitivamente esclusa.

Sosteneva de Laplace (1749-1827) che, in base alle leggi di Newton e ai suoi sviluppi, un'ipotetica intelligenza sovrumana (che venne perciò chiamato «il demone di Laplace») in grado di conoscere la *posizione* e la *quantità di moto* di ogni singola particella dell'universo, avrebbe potuto calcolare tutti gli accadimenti del cosmo del passato, del presente e del futuro. Ed invece le «leggi» della meccanica quantistica sono improntate al *principio di indeterminazione* di Heisenberg («non è possibile conoscere con certezza simultaneamente la quantità di moto e la posizione di una particella») che impone alla fisica di derubricare le certezze deterministiche di Newton in mere probabilità, in un calcolo statistico: si può esaminare il moto o la posizione, non le due prospettive insieme (in ciò risiede il *principio di complementarità* dei paradigmi impiegati per descrivere i fenomeni fisici).

Che cosa c'entra tutto ciò con la teoria delle fonti del diritto? Si potrebbe rispondere seguendo una prima pista, l'alta via della storia delle idee. La filosofia trascendentale di Kant ha offerto una forma filosofica e uno statuto epistemologico alla fisica di Newton; ma Kant è anche la radice filosofica di colui, Hans Kelsen, che ha dato all'ordinamento giuridico le sue leggi di organizzazione, sin dal modello epistemologico della piramide gerarchica del diritto¹⁰. Come la meccanica quantistica ha rilevato l'insufficienza della fisica newtoniana quale rappresentazione

¹⁰ Cfr. S. GOYAD-FABRE, *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, Napoli, 1993, 56.

della materia, e l'ha messa in profonda crisi, così oggi anche la teoria delle fonti di Kelsen mostra grossi segni di cedimento, di non riuscire più a spiegare i fenomeni indotti dalla trasformazione degli ordinamenti giuridici e a guidare i comportamenti degli interpreti. Lo dimostra anche lo scarso credito che ha ottenuto la teoria di Dworkin della *one right answer*: il «giudice Hercules», capace di elaborare un sistema di principi e coniugarlo con tutti i testi normativi vigenti individuando perciò la soluzione giusta e unica a tutti i casi possibili¹¹, non ricorda infatti il «demone di Laplace»? Come osserva Tribe in un saggio di diversi anni fa¹², «*the metaphors and intuitions that guide physicists can enrich our comprehension of social and legal issues*». In questa prospettiva si colloca la proposta di una rilettura «quantistica» della teoria delle fonti.

La teoria delle fonti, strutturata in un sistema ordinato dal principio di gerarchia e da regole sulla successione delle leggi nel tempo, è nata per guidare l'opera dell'interprete, e quindi del giudice¹³. Certo, essa non pretendeva affatto di eliminare la componente di valutazione soggettiva del giudice, in quello che Kelsen¹⁴ chiamava il «procedimento intellettuale» di passaggio dalla «norma generale» alla «norma individuale»; ma concorreva a

¹¹ *Taking Rights Seriously*, tr. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 203. Sorprendentemente anche un sostenitore della teoria scettica dell'interpretazione come Guastini ritiene che la «cornice» dei molteplici significati di un testo normativo è teoricamente conoscibile *ex ante* (in questo senso cfr. anche il suo *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, 18), e che dunque il giurista Hercules la potrebbe conoscere, anche se può darsi che giuristi non erculei siano incapaci di identificarla nella sua interezza: ciò almeno «teoricamente» (*Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, 227 ss., 235). La tesi che in seguito si argomenterà è invece che il giudice di Dworkin non ha più speranze (neppure «teoriche») del demone di Laplace.

¹² *The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics*, in 103 *Harv. L. R.* (1989-1990), 2.

¹³ Come osserva G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 233, per Kelsen l'interpretazione e l'applicazione del diritto dipendono dalla struttura dell'ordinamento giuridico e, quindi, dalla teoria delle fonti.

¹⁴ *Reine Rechtslehre*, tr. it. di M. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 381.

tracciare lo «schema» contenente le «possibilità di applicazione» entro le quali in giudice potrebbe effettuare le sue scelte. Però forse questa è una rappresentazione «newtoniana» della realtà giuridica, non adatta alle esigenze indotte da un diverso grado di definizione della percezione del problema interpretativo. Un diverso grado di percezione – questa è la prima ipotesi che vorrei avanzare – è stato imposto dall'introduzione delle moderne costituzioni rigide, interessando sia l'immagine del *sistema delle fonti* sia i modi di concepire l'*interpretazione giuridica*.

3. *La costituzione e il cambiamento del grado di definizione*

Che cosa sia cambiato nel *sistema delle fonti* è l'aspetto più noto. La costruzione gradualistica di Kelsen e della Scuola di Vienna¹⁵ si era imposta anche in Italia¹⁶, ed aveva trovato il riconoscimento testuale nelle *Disposizioni* preliminari al codice civile del 1942. Movendo da questo impianto concettuale, la Costituzione repubblicana ne ha desunto il fondamentale criterio ordinatore del «sistema delle fonti», criterio che le assegna – proprio come nel modello kelseniano – la collocazione al livello più elevato della gerarchia¹⁷.

La gerarchia delle fonti è dunque il presupposto implicito che caratterizza il sistema delle fonti al momento dell'introduzione della nuova costituzione; ma questa ne segna però la crisi. Le cause sono a tutti note (il venir meno dell'unitarietà della «legge» attraverso la previsione di nicchie di competenza riservata ad atti prodotti con procedimenti specifici, caratterizzati da contenuti «vincolati» oppure dotati di una «forza» diversa da quella tipica; il concorso tra fonti statali e fonti regionali; l'aper-

¹⁵ Sull'evoluzione storica e teorica del principio di gerarchia cfr. F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, 561, 563 ss.

¹⁶ Pur non senza forti contestazioni teoriche: il riferimento inevitabile è a C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1934.

¹⁷ Cfr. per es. la ricostruzione tracciata da G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nostro ordinamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, 47 ss. (ripubblicato in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 367 ss.).

tura ancora timida, ma poi non più controllabile, all'ordinamento internazionale ecc.): il «sistema delle fonti», che la teoria aveva edificato attorno ai due assi della «gerarchia» e della «cronologia», richiedeva ulteriori criteri di rappresentazione della sua accresciuta complessità, e la dottrina lo individuava nel criterio della «competenza», come spiegazione del rapporto tra «atti normativi» di pari grado gerarchico, cui però la costituzione attribuisce funzioni o ambiti di disciplina particolari.

Meno evidente, ma certo non di minor rilevanza sono le conseguenze che l'introduzione della costituzione rigida provoca sul piano dell'*interpretazione del diritto*. Perché l'interpretazione delle costituzioni moderne richiede nell'interprete un atteggiamento assai diverso da quello che egli ha tenuto tradizionalmente, per esempio, di fronte ai codici.

La premessa da cui muove l'interprete dei codici è l'esatto opposto della premessa da cui prende le mosse chi affronti correttamente l'interpretazione della costituzione. Il pregio di un codice è la sua unità, la sua coerenza interna, la sua autosufficienza¹⁸; il pregio di una costituzione d'oggi è, al contrario, il suo pluralismo, la sua indeterminatezza (ossia la tendenziale incoerenza), il suo carattere aperto.

Il codice dovrebbe (quantomeno nei propositi dei suoi estensori e negli auspici degli interpreti) guidare verso risposte univoche e stabili. Ogni suo articolo fissa il punto di equilibrio, la sintesi tra gli interessi sociali che si trovano in conflitto: il proprietario e il locatore, il venditore e il compratore, il socio e l'amministratore, il testatore e l'erede trovano tutti, negli articoli del codice, la composizione precisa dei loro interessi divergenti e del loro potenziale conflitto. Non mancano di certo le zone buie e i margini d'incertezza; il fatto è, però, che il *programma* con cui il codice è scritto è ispirato al proposito di regolare i conflitti tra gli interessi individuali attraverso la precisa fissazione del punto in cui essi trovano la mediazione, la posizione di equilibrio. Con la

¹⁸ In ciò sta la «inconfondibile tipicità» del codice «rispetto a tutte le fonti giuridiche manifestatesi nella vicenda storica»: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 99.

costituzione non è mai così. In una costituzione moderna sarebbe vano cercare «istituti che conciliassero opposte esigenze», come osservava con rammarico Jemolo¹⁹, commentando la costituzione che pur aveva concorso a preparare. La generazione che aveva scritto la costituzione italiana, memore dell'esperienza precedente, spesso si confessava delusa del proprio lavoro, perché il testo che ne era uscito appariva a molti privo della invidiabile «coerenza» dello Statuto albertino²⁰. Ed invece, ad anni di distanza, questa appare proprio la caratteristica *necessaria* delle costituzioni moderne²¹. In esse sono stati riposti valori, interessi, programmi dichiarati in termini assoluti, contrapposti gli uni agli altri, senza che fosse stato possibile fissare già il punto della loro mediazione. La conciliazione è rinviata a decisioni future: la costituzione resta come *open texture*.

Non è perciò la *quantità* e la *generalità* dei principi che ne tessono il testo quello che distingue la costituzione (moderna) dai codici e dalle leggi ordinarie²², quanto piuttosto il fatto che tali principi vi vengono enunciati come «assoluti» e non già «bilanciati». La evidente molteplicità e contraddittorietà di valori, principi, interessi che trovano riconoscimento nella carta costituzionale non costituisce affatto un fenomeno occasionale né un difetto di essa, bensì una caratteristica legata alla sua più intima natura²³: «vi è un rapporto di mutuo condizionamento fra i modi

¹⁹ A.C. JEMOLO, *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*. Relazione svolta all'Accademia Nazionale dei Lincei l'11 dicembre 1965, ora in *La Costituzione della Repubblica - Cinquant'anni di discussioni, critiche, giustificazioni*, a cura di L. Ornaghi, Milano, 1996, 51 ss., 56 s.

²⁰ Cfr. B. CROCE, *Intervento* nella seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970, I, 337 ss.

²¹ Ho cercato di argomentare questa affermazione in *Che cos'è la costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.

²² In questo senso per es. G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 29.

²³ «La natura innegabilmente pluralistica e intimamente contraddittoria della costituzione non è una triste realtà; può invece costituire uno dei maggiori punti di forza»: L.H. TRIBE - M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, tr. it. *Leggere la costituzione: una lezione americana*, Bologna, 2005, 36.

degli enunciati delle moderne costituzioni di compromesso e la loro scelta a favore della rigidità»²⁴. La costituzione serve *perché* è contraddittoria nelle sue affermazioni di principio; ed è *rigida* perché ogni componente politica che l'ha sottoscritta ha scelto quali interessi includervi al fine di sottrarli alla decisione della maggioranza politica, cui spetta *pro tempore* di amministrare i conflitti interni alla società. I principi vi sono espressi in termini «assoluti», non già mediati e tradotti in formule di compromesso.

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

E tuttavia *se* le costituzioni sono leggi²⁵, come leggi devono essere interpretate e applicate dai giudici e dalle corti costituzio-

²⁴ S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, 288 ss., 301.

²⁵ Questa è infatti la domanda fondamentale: se la costituzione sia essa stessa una «legge», se entri a far parte del «sistema», se le sue norme siano a tutti gli effetti norme dell'ordinamento positivo, e non semplici direttive rivolte al legislatore: se, dunque, anche da essa possa essere tratta direttamente la *regola del caso*. La risposta non è affatto scontata. In Italia, per esempio, che la costituzione e la legislazione non siano «sfere separate», per cui le disposizioni costituzionali non avrebbero modo di entrare direttamente a far parte dell'ordinamento giuridico, è una convinzione che in origine ha fatto fatica ad imporsi e forse, anzi, non era affatto corrispondente all'immagine che i costituenti avevano in mente: così almeno secondo C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 149 ss. Merita ricordare che, nelle prime cause discusse dalla Corte costituzionale, il Governo, attraverso l'Avvocatura dello Stato, aveva assunto la difesa della legislazione repressiva fascista contro le norme costituzionali che garantivano le libertà, sostenendo che quest'ultime o sono norme precettive che producono l'abroga-

nali. Giudici e interpreti seguono un codice deontologico che guida la loro funzione: sono regole stratificate nell'esperienza storica, che in larga parte risalgono alla codificazione e sono state tradotte in norme positive. Il divieto di *non liquet*, l'obbligo di non fermarsi alla ricerca del *casus legis* ma di procedere con ragionamento analogico o traendo dai principi generali la regola del caso – quella che l'interprete considera come l'*unica* regola *coerente* con un «sistema» che dev'esser comunque *completo* e quindi in grado di fornire una risposta *univoca* alla domanda di giustizia – sono norme di comportamento *professionale* del giudice e dell'organo giurisdizionale, che ne rispecchiano il ruolo *costituzionale*. I giudici – Corte costituzionale inclusa – hanno il potere-dovere di decidere il caso, anche quando manchi il *casus legis*²⁶.

Come si diceva, poche sono le disposizioni della costituzione che esprimono direttamente *regole* in cui già sia fissato il punto di equilibrio tra gli interessi in gioco. Per lo più sono le leggi e le fonti subordinate a porre le *regole*, mentre la costituzione resta sullo sfondo, come elenco di *principi*, espressione degli interessi o dei valori che la legge non può ignorare. Il «congelamento» dei valori o interessi incorporati nei principi della costituzione «rigida» è dettato proprio dall'esigenza di porli al riparo dalla decisione legittimamente assunta dagli organi cui è attribuito il potere legislativo. Ad essi è conferito il potere di decidere, ma la decisione può considerarsi legittima solo se è assunta senza violazione di quei principi.

L'interpretazione della costituzione entra quindi in gioco solo quando la linea seguita dagli organi politici appaia collidere con i principi enunciati dalle disposizioni costituzionali. Siccome sono relativamente infrequenti i casi di leggi che si scontrano con specifiche disposizioni costituzionali, per lo più la costituzione

zione delle leggi anteriori con esse incompatibili, oppure hanno carattere programmatico e non comportano perciò difetto di legittimità di nessuna delle leggi vigenti anteriori alla costituzione.

²⁶ Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss.

entra in gioco attraverso il richiamo di principi generalissimi come il *principio di eguaglianza* o attraverso operazioni di *bilanciamento* tra i principi costituzionali: apparentemente quindi queste operazioni si svolgono su un terreno alquanto lontano da quelle operazioni che generalmente si denominano «interpretazione giuridica». Ma a questo aspetto merita dedicare due considerazioni.

4. *Interpretazione e applicazione*

La prima è che ‘interpretare’ può alludere ad operazioni alquanto diverse. Kelsen²⁷, come è noto, distingueva l’accertamento teorico del significato dell’oggetto che deve essere interpretato dall’applicazione del diritto da parte del giudice: la prima è opera di scienza e serve a «accertare lo schema costituito dal diritto da interpretare e quindi la conoscenza di più possibilità esistenti all’interno di questo schema»; la seconda è un atto di volontà, «in cui l’organo incaricato dell’applicazione del diritto compie una scelta fra le possibilità rilevate dall’interpretazione teorica»²⁸.

In altre parole, si può parlare di interpretazione *in abstracto* e di interpretazione *in concreto*²⁹ come di due attività connesse nel processo di «applicazione del diritto». Forse nella prima è racchiusa però anche un’operazione di respiro ben maggiore che i giudici di grado più elevato sono costretti talvolta ad affrontare per stabilire, non tanto quale sia lo schema dei possibili significati di una determinata disposizione, ma addirittura il senso istituzionale più generale che va attribuito ad un atto, ad un determinato principio o allo stesso compito loro affidato. Si pensi alle decisioni con cui la Corte di giustizia della Comunità europea ha riconosciuto che le norme del Trattato hanno «*efficacia imme-*

²⁷ *Reine Rechtslehre*, cit., 384 ss.

²⁸ *Ibidem*, 384 e 387.

²⁹ Così, per es., R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 743 ss.

diata negli ordinamenti interni degli Stati membri, attribuendo ai singoli dei diritti soggettivi che il giudice nazionale ha il dovere di tutelare»³⁰; oppure alle sentenze con cui la Corte costituzionale ha stabilito l'«efficacia diretta» delle norme costituzionali nei confronti della legislazione pre-costituzionale o il modo in cui l'ordinamento italiano si coordina con quello comunitario³¹. Anche le decisioni che hanno portato a costruire il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. come *clausola generale di ragionevolezza*³² delle leggi e «*canone di coerenza*» dell'intero ordinamento³³, nonché quelle che hanno progressivamente accreditato l'innesto della tecnica di *bilanciamento degli interessi* sull'interpretazione dei diritti costituzionali (nessuno dei quali nasce privo di limitazioni³⁴), sembrano potersi classificare in questo tipo di «interpretazione» del sistema.

In queste decisioni fondamentali la Corte costituzionale definisce lo «schema delle possibilità» relativo al significato da attribuire al testo costituzionale nel suo complesso, ben oltre dunque del riferimento a sue singole disposizioni. Queste disposizioni sono però soggette poi all'interpretazione *in concreto*, e

³⁰ Sent. *Van Gend en Loos* (C-26/62).

³¹ Rispettivamente sent. 1/1956 e 170/1984: ma certo si potrebbero citare ancora altre decisioni, come la sent. 303/2003 sulla applicazione del principio di sussidiarietà nelle relazioni tra Stato e regioni o le sent. 348 e 349/2007 sul rapporto tra ordinamento nazionale e CEDU.

³² Già nella sent. 16/1960 la Corte accenna all'ipotesi che il legislatore possa mutare «la discrezionalità in quel manifesto arbitrio, in quella patente irragionevolezza, il cui esercizio è tra i modi in cui si può concretare la violazione del principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge»; ma è alla sent. 85/1965 che sembra risalire la prima pronuncia di illegittimità causata dall'irragionevolezza della previsione legislativa.

³³ «La risposta affermativa deve essere data da chiunque ravvisi il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile nella coerenza tra le parti di cui si compone; valore nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3»: sent. 204/1982.

³⁴ Affermazione che compare peraltro già nella prima sentenza della Corte costituzionale (1/1956).

quindi all'applicazione: «la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè l'applicazione»³⁵ è un aspetto ineliminabile dell'interpretazione giuridica, perché «comprendere significa sempre, necessariamente, applicare», visto che «la conoscenza di un testo legale e la sua applicazione al caso giuridico concreto non sono due atti separati, ma un processo unico»³⁶. Di una qualsiasi disposizione (costituzionale o meno) si può dire che il suo «contenuto specifico... deve essere determinato in base al caso specifico a cui ha da essere applicata»³⁷. Ciò vale anche per il principio di eguaglianza, per la ragionevolezza delle leggi e per il bilanciamento dei diritti?

È vero che la *regola di coerenza*, implicita nel principio di eguaglianza, opera senza impegnare il «testo» costituzionale. La Corte trae da una disposizione costituzionale la legittimazione del suo giudizio (l'obbligo di garantire la coerenza dell'ordinamento), ma il suo giudizio procede quasi tutto nello spazio tra la *norma di legge* e la sua *ratio*. Tuttavia alla fine la Corte deve decidere se l'oggetto del suo giudizio, la classificazione tracciata dal legislatore (la differenziazione o la parificazione denunciata nell'ordinanza del giudice), sia o meno compatibile con la costituzione, indicando la disposizione assunta a parametro. La «regola del caso» che la Corte produce per sorreggere la sua decisione finisce dunque con dirci qualcosa sul corretto significato della disposizione costituzionale applicata. In altri termini è attraverso la vastissima casistica delle sentenze pronunciate sul principio di eguaglianza, e delle sentenze additive in particolare, che noi veniamo a capire se e in quale misura sia lecito differenziare, per esempio, il ruolo dell'uomo e della donna, il diritto riconosciuto allo straniero rispetto a quello vantato dal cittadino, il contenuto di un diritto in caso di conflitto con un altro interesse, ecc. Benché il giudizio di ragionevolezza possa sembrare così lontano dal

³⁵ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, tr. it. di G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Milano, 1990⁷, 382.

³⁶ Secondo le note tesi di H.G. GADAMER, *op. cit.*, 360 s.

³⁷ *Ibidem*, 379.

cliché dell'interpretazione giuridica, intesa come attribuzione di significato ad un enunciato legislativo, è attraverso questa giurisprudenza che noi apprendiamo che cosa significa *in concreto* (ossia con riferimento al caso di specie) la disposizione costituzionale che esprime il principio di eguaglianza (o ogni altra disposizione richiamata per fondarvi tale giudizio)³⁸.

Altrettanto può dirsi ovviamente del bilanciamento degli interessi: le «regole di prevalenza» fissate dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al singolo caso (ossia al vizio di legittimità della legge denunciato dal giudice *a quo* con riferimento al caso di specie dedotto davanti a lui) vanno a definire «significati normativi» tratti dalla Corte in sede di applicazione delle norme costituzionali che entrano in gioco. Si prenda il classico caso dell'aborto. La Corte costituzionale, nella sua nota sentenza³⁹, ci dice quale sia il significato dell'art. 32 (diritto alla salute), quando si trovi in conflitto con l'art. 2 (che garantisce – afferma la Corte – la «situazione giuridica del concepito») in relazione alla protezione del diritto alla salute della madre messo in pericolo dalla tutela del diritto alla vita del concepito. Fissa un punto fermo, in termini di limiti costituzionali alla scelta discrezionale del legislatore: innanzitutto individua gli interessi rilevanti in gioco⁴⁰ e la loro rispettiva base costituzionale, e poi fissa la «regola di prevalenza» (per usare l'espressione di Alexy). Questo significa «concretizzare» la costituzione in relazione al caso particolare.

Certo queste operazioni possono apparire assai lontane dal modello classico dell'interpretazione giuridica, perché si svolgono

³⁸ Ecco perché l'interpretazione della costituzione «va sempre più prendendo la fisionomia di un'attività in cui ermeneutica ed attuazione della costituzione si sommano con l'integrazione e specificazione dei disposti di questa» (S. BARTOLE, *Costituzione*, cit., 314): considerazioni opportunamente sviluppate, in relazione al giudizio di ragionevolezza, da R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 545 ss.

³⁹ Sent. 27/1975.

⁴⁰ Sicché la Corte ha potuto in seguito negare con perentorietà la rilevanza di altri interessi nella decisione di abortire, come quello del padre (ord. 389/1988) o del giudice obiettore di coscienza (sent. 196/1987).

«attraverso procedimenti logici non propriamente conformi alla tecnica naturale e tradizionale dell'interpretazione giuridica»⁴¹, se non addirittura sovversivi rispetto ad essa⁴². Ma ciò forse solo perché la visione dell'interpretazione giuridica che abbiamo ereditato è un po' troppo angusta. Angusta in fondo per la stessa realtà dell'interpretazione della legge ordinaria: determinare che cosa sia «danno ingiusto» ai sensi dell'art. 2043 c.c. è un processo di attribuzione di significato non diverso da quello di delimitare l'oggetto del «diritto alla salute» ex art. 32 Cost. Che cosa componga il processo ermeneutico che svolge l'interprete nel collegare due «cose» (la *disposizione* scritta dal legislatore e l'*evento* materiale sottopostogli), attraverso la loro trasformazione nelle due premesse del suo sillogismo (la *regola del caso* e il *caso da regolare*) è indeterminabile a priori: è un processo intellettuale che consente di trasformare gli oggetti che stanno fuori di noi in idee che stanno dentro di noi e sulla cui base ci è possibile qualificare i fatti, gli eventi, i comportamenti. Nessuno degli strumenti tipici dell'interpretazione giuridica, e neppure la loro combinazione, racchiude l'intero processo, e forse neppure rappresenta la parte più significativa di esso. L'interpretazione è un processo intellettuale troppo complicato per essere ridotto a procedure interamente descrivibili e standardizzabili.

5. *Che cos'è la disposizione?*

Ecco la seconda considerazione: che cos'è esattamente che si «interpreta» e si «applica»? Le convenzioni linguistiche dei costituzionalisti, guidate dall'insegnamento di Crisafulli, giocano sulla contrapposizione tra *disposizione* e *norma*: la prima, rappresentata dalle proposizioni dell'atto legislativo, è l'*oggetto* su

⁴¹ E. CHELI, *In tema di «libertà negativa» di associazione*, in *Foro it.*, 1962, 19. Che il giudizio di bilanciamento non appartenga all'interpretazione giuridica è quanto ho sostenuto in *Diritti e argomenti*, cit., 134 ss.

⁴² «Balancing is undermining our usual understanding of constitutional law as an interpretative enterprise»: T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in 96 *Yale L. J.* (1987), 987.

cui si esercita l'interpretazione, che a sua volta genera la *norma*, ossia il *significato* normativo. Apparentemente riproduciamo in questo modo il dualismo, potremmo dire *ontologico*, tra *segno* e *significato*. Ma forse non è esattamente così. Già Crisafulli presenta qualche esitazione nel configurare la *disposizione* come semplice *oggetto* dell'interpretazione: mi riferisco agli accenni ai «frammenti di norma», enunciati «formalmente autonomi» ma «insuscettibili, in sé e per sé, di esprimere un significato normativo (relativamente) compiuto»; d'altra parte, avverte Crisafulli, se si insistesse sulla necessaria compiutezza di significato della disposizione, si finirebbe con concludere che, per aversi disposizione, sia richiesto «il ricorrere di tutti gli elementi che, alla stregua delle diverse concezioni possibili, si ritengono elementi costitutivi della norma giuridica»⁴³. Disposizione e norma si confonderebbero.

La *disposizione* non è un «dato», dunque, ma il frutto di una selezione: una selezione guidata in larga parte dalla *teoria delle fonti*. I *criteri di soluzione delle antinomie*, in particolare, consentono all'interprete di selezionare le disposizioni operando su piani diversi: il *criterio di gerarchia* opera essenzialmente sul piano degli *atti* (e dei fatti); il *criterio cronologico* seleziona sia gli *atti* e le loro disposizioni (così opera la *abrogazione espressa* ma anche, in principio, la *cd. abrogazione implicita*⁴⁴), sia le *norme* (nel caso di *abrogazione tacita*)⁴⁵; il *criterio di specialità* (*lex specialis derogat legi generali*) opera essenzialmente sul piano delle *norme*; il *criterio della competenza*, elaborato per spiegare il concorso tra *atti* di rango primario, è oggi impiegato soprattutto per regolare i rapporti tra *ordinamenti* (ordinamento generale e quello particolare delle Camere; ordinamento italiano e ordinamento comunitario; forse anche tra ordinamento statale, regionale e degli enti locali).

⁴³ *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII, 195.

⁴⁴ «...perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore», come prescrive l'art. 12 delle «Preleggi».

⁴⁵ Secondo l'opinione comune: cfr. F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, I, 4; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 294.

Questa importante parte della teoria delle fonti serve all'interpretazione perché aiuta a scegliere il suo «oggetto», ossia la «disposizione» da interpretare. Ma su questa scelta incidono anche altre «componenti interpretative»: la selezione delle disposizioni «rilevanti» rispetto al «caso» e l'accreditamento del «valore precettivo» dell'enunciato legislativo. La prima dipende da una prognosi basata sull'interpretazione in astratto della disposizione non meno che dalla caratterizzazione giuridica del caso da decidere; la seconda, non disgiunta dalla prima, valuta se le disposizioni «rilevanti» abbiano davvero *di per sé* forza prescrittiva nei confronti del caso in questione. Operano argomenti come quello della *sedes materiae*, dell'ambito soggettivo o oggettivo dell'applicazione della norma, del contenuto solo programmatico oppure precettivo di essa, della natura innovativa o «meramente ricognitiva» della legge, della immediata applicabilità dell'atto o del possibile effetto diretto della norma, ed altre considerazioni ancora. Un esempio paradigmatico può essere offerto dai modi con cui la Corte costituzionale «sceglie» la «materia» a cui imputare la legge (statale o regionale) che è stata impugnata nel giudizio di via principale: attraverso un complesso ragionamento si individuano gli interessi coinvolti dal provvedimento legislativo impugnato, si valuta quale di esso prevalga (se prevalenza c'è), si individua infine la *materia* a cui riferirlo e, con ciò, la disposizione costituzionale rilevante (con la conseguenza che quella disposizione acquisterà da quella sentenza un *significato* in relazione all'oggetto della legge in contestazione⁴⁶).

Difficile dire quali di queste valutazioni riguardino l'individuazione della disposizione e quali attengano già alla sua interpretazione, all'estrazione della norma. Il «principio di indeterminazione» di Heisenberg sembra sorriderci: se l'osservatore concentra la sua attenzione sulla disposizione-testo perde di vista le operazioni interpretative che sta in quel momento sviluppando

⁴⁶ Così, per limitarmi ad un unico esempio, la materia «governo del territorio» ha assunto il significato di includere l'«urbanistica» (sent. 303/2003) e l'«edilizia» (sent. 362/2003).

(e non può essere certo che il suo considerare le disposizioni in quanto vigenti e rilevanti inavvertitamente non le trasformi). Quando il giudice (o la Corte) elabora la «regola del caso» attraverso un'interpretazione «adeguatrice» della legge alla costituzione, quale disposizione sta applicando? Da quale atto ha tratto la regola del caso? E quando la Corte di giustizia stabilisce che «il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro»⁴⁷, quale via indica al giudice al fine di collegare la teoria delle fonti con la teoria dell'interpretazione, gli atti alla regola del caso? Forse ancora più evidente è il fenomeno quando accade il contrario, ossia nei casi in cui è il *testo costituzionale* ad essere interpretato in modo *conforme alla legislazione ordinaria*⁴⁸: anche qui la giurisprudenza costituzionale sulle «materie» dell'art. 117 è particolarmente eloquente.

Considerazioni non dissimili possono valere per la questione del «diritto vivente». È stato attentamente esaminato il dibattito teorico che ha accompagnato l'affermarsi di questa strategia argomentativa nella giurisprudenza costituzionale, e come essa si ricollegghi alla interpretazione conforme⁴⁹: riletto oggi, quel dibattito appare davvero lontanissimo; non c'è dubbio che la prospettiva «realista» di Ascarelli abbia ormai prevalso sulla convinzione formalista per cui da ogni disposizione si potrebbe ricavare una e

⁴⁷ È la conclusione della ben nota sent. *Pupino* (C-105/03).

⁴⁸ Cfr. W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964 e O. MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin, 1971. Del resto l'influenza delle definizioni contenute nelle leggi ordinarie al fine dell'interpretazione della costituzione è fenomeno ben noto: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 904 ss., 913 s. Giustamente osserva O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazioni: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 420 ss., 425, che nell'interpretazione conforme si verifica una "saldatura" tra le due disposizioni che si combinano senza "unidirezionalità e gerarchia".

⁴⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994, 21 ss.

una sola interpretazione «giusta». Oggi, semmai, la tesi che mantiene un rapporto necessario tra disposizione e norma appare conservatrice rispetto alle tendenze che esaltano la prevalenza del «caso» e la sua funzione di guida «privilegiata» dell'interprete, oppure alle vaghe aspirazioni alla «interpretazione per valori»⁵⁰: quasi che la disposizione di legge possa retrocedere a mero appiglio giustificativo di una ricerca della regola del caso che si sviluppa fuori dello stesso terreno dell'interpretazione, quale procedura di attribuzione di significati al segno testuale. Non c'è dubbio che questa prospettiva assume forza, in relazione alla giurisprudenza costituzionale, soprattutto con riferimento alle sentenze additive: in esse infatti, è il «caso» che il giudice remittente deve affrontare a fornire la fattispecie di cui si chiede alla Corte l'addizione – l'addizione ai possibili significati che la disposizione è considerata in grado di esprimere. Facile dunque perdere di vista la prospettiva del legame interpretativo con la legge per rivolgere l'attenzione ad esigenze di generica giustizia, che non si pongono neppure l'obiettivo di interpretare la legge, di ricavare un significato dalle disposizioni, perché è l'interprete ad imporre ad esse il contenuto (o almeno così può sembrare).

La pretesa «normatività del fattuale» penetra così nella teoria delle fonti esprimendo una serie di figure più o meno consolidate. Le consuetudini costituzionali, la costituzione materiale, il *soft-law* e le regole derivanti da fenomeni di produzione non statale di norme come la *lex mercatoria*, i codici di autoregolamentazione, le *best practices* ecc. Sono «fatti» o «documenti» che entrano talvolta nell'argomentazione dei giudici e, attraverso queste, sembrano accreditate di un certo valore normativo e spingono perciò all'inserimento nel sistema delle fonti. Si verifica un feno-

⁵⁰ Cfr., per esempio, A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001, 205 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in *La giustizia costituzionale ad una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 170 ss. In fondo per questa prospettiva il giudice ideale sarebbe l'Hercules teorizzato da Dworkin e la Corte dovrebbe porsi come il «*forum of principle*» (o, come direbbe Luciani, la «levatrice dell'unità» dei valori: p. 176).

meno che rievoca ancora il *principio di indeterminazione* di Heisenberg. Non solo perché misurando con grande accuratezza il processo di interpretazione-applicazione del diritto si perde di vista il rapporto tra la regola prodotta da tal processo con la teoria delle fonti, ma anche perché è evidente che (come avviene nella fisica delle microparticelle) il fatto stesso di osservare quel processo lo modifica, cambia il dato osservato: tutta una serie di fenomeni «fattuali» (cioè formalmente estranei al dato legislativo) di cui l'interprete tiene conto nella sua attività finisce con essere ascritta alle fonti, ossia ai dati di cui *deve* tener conto.

L'interprete non opera in un ambiente asettico: applica sistemi culturali complessi (la grammatica, la sintassi, le convenzioni linguistiche, i modelli culturali ecc.) che non appartengono all'*oggetto* dell'interpretazione, ma al contesto. Il «diritto vivente» segna il contesto interpretativo e applicativo di una determinata proposizione legislativa; così pure la «consuetudine costituzionale» o la «costituzione materiale» segnano il contesto in cui gli organi costituzionali agiscono e ridefiniscono il quadro fattuale dei loro equilibri reciproci⁵¹; le regole deontologiche, gli usi commerciali e le pratiche accreditate dai produttori di settore segnano il contesto in cui sono soliti agire gli operatori di questo o quel settore. È inevitabile che l'interprete ne tenga conto, ma non ha molto senso riconoscere a tali fenomeni la natura di «fonte del diritto». Non si tratta di difendere una concezione formalista del diritto, ma un principio fondamentale dello stato liberale e costituzionale, che nella netta distinzione tra ciò che è regola giuridica e ciò che non lo è impernia la tutela dell'individuo e della sua autonomia dal potere altrui, pubblico o privato che sia.

6. *Principio di sovrapposizione*

Difficile dunque separare l'individuazione della disposizione e la sua interpretazione, ricostruire analiticamente il processo di

⁵¹ Mi sia consentito rinviare alle considerazioni critiche sviluppate in *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, 38 ss.

accreditamento della norma. Forse anche impossibile. L'interpretazione della legge si congiunge (e confonde) con la sua applicazione: ma 'applicazione della legge' è una metafora alquanto fuorviante.

‘Applicare» significa «accostare o apporre un oggetto ad un altro, per modo che si tocchino (come avviene dei lati di una cosa che si pieghi)»⁵²: che senso ha la frase ‘si applica la legge al caso concreto’? Nella metafora si cela un doppio *transfer* dal fuori al dentro, ossia dal mondo reale (in cui esistono i documenti normativi e le loro proposizioni, ma anche l'evento «dedotto» davanti al giudice) al mondo intellettuale: l'applicazione è un processo intellettuale che pone in relazione due «costruzioni»⁵³, quella della *norma* e quella del *caso* («che pertanto viene anch'esso concettualizzato o astrattizzato»⁵⁴); non fa meraviglia perciò che questo processo sia riassunto nella forma logica del sillogismo, quintessenza del ragionamento.

La costruzione della norma, della «regola del caso», della *ratio decidendi*, della «premessa maggiore» del sillogismo o della «giustificazione esterna in diritto» – le espressioni si equivalgono – è frutto dunque di un processo di cui né la teoria delle fonti né la teoria dell'interpretazione riesce a rappresentare lo svolgimento. La *regola del caso* – scelgo questa espressione perché meglio esprime la congiunzione tra ciò che proviene dal diritto e ciò che deriva invece dagli eventi – sembra comportarsi proprio come un «quanto» giuridico, dalle proprietà davvero singolari. È una «particella normativa» che non può essere compiutamente analizzata né attraverso la teoria delle fonti né attraverso la teoria dell'interpretazione (e dell'argomentazione): la sua formazione si può spiegare con la «sovrapposizione» (uso il termine

⁵² *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana* di Ottorino Pianigiani.

⁵³ Sottolinea il «carattere bilaterale» dell'interpretazione G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 170 ss., il quale giustamente insiste sulla differenza tra il «fatto» (o l'evento, nella terminologia qui adottata) e il «caso» (179), definendo il caso come «fatto interpretato» (197).

⁵⁴ G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 15.

per sottolineare una qualche analogia con il *principio di sovrapposizione* della teoria quantistica) delle due prospettive?

Da un lato essa trae origine da un novero teoricamente limitato di «disposizioni», che costituiscono il «dato positivo» (sempre sottoposto, come si è detto, a procedure di selezione che dipendono dall'attività dell'interprete); dall'altro, quel «dato positivo» è capace di esprimere potenzialmente tante norme quanti sono i «casi» a cui i giudici devono «applicarlo». Ma i «casi», come si è detto, non sono gli «eventi» che si producono nel mondo reale, ma le ricostruzioni che l'interprete ne fa attraverso la qualificazione (la «concettualizzazione» e l'«astrattizzazione» di cui parla Gorla): sullo scarto tra «evento» reale e rappresentazione giuridica del «caso» si insinua il *distinguishing* e quindi la possibilità di produrre una nuova regola del caso (senza sconfermare il precedente). Il che significa che la regola del caso fissa il «punto di diritto»; ma non si tratta di un punto geometrico, per definizione indivisibile («ciò che non ha parti», secondo la definizione di Euclide⁵⁵), bensì di un «punto materiale», che ha una propria massa e può ulteriormente suddividersi assumendo un maggior grado di definizione, ossia «distinguendo». È quel processo di incorporazione del lemma nel teorema, così efficacemente descritto da Tribe e Dorf⁵⁶, dove il teorema è la *ratio decidendi* con cui la sentenza risponde alla domanda «come s'interpretano i testi e le loro disposizioni in relazione al “caso” in questione?»), il lemma l'eccezione al precedente provocata in seguito dal *distinguishing*. Man mano che si divide, la regola giuridica perde estensione, e quindi «energia normativa» (perché si riferisce a fattispecie sempre più ristrette e specifiche): però diviene anche parte di una sequenza normativa, di un sistema di precedenti che si rafforza anche attraverso l'incorporazione dei lemmi. Forzando la metafora quantistica, potremmo dire che da una certa prospettiva nel comportamento di queste «particelle normative» sbiadisce l'immagine corpuscolare e diventa prevalente la prospettiva ondulatoria.

⁵⁵ F. ENRIQUES, *Punto*, in *Enc. it. Treccani*, XXVIII, 548 s.

⁵⁶ *On Reading the Constitution*, cit., 119 ss.

7. «*Shut up and calculate*»? *Per una conclusione non scettica*

La massima citata nel titolo di questo paragrafo conclusivo è solitamente attribuita a Feynman e ben sintetizza l'opzione per un'«interpretazione di ordine zero» assai diffusa tra i fisici: la meccanica quantistica è impossibile da spiegare teoricamente, però funziona benissimo, per cui usiamola senza troppe domande. Ma non è a questa conclusione rinunciataria e scettica che vorrei approdare.

La fisica dei quanti è caratterizzata dal dualismo onda/particella: la coesistenza di due modelli alternativi di rappresentazione non trova una spiegazione teorica. Una entità può comportarsi a volte come un'onda a volte come una particella, per cui «abbiamo a che fare con visioni del fenomeno contraddittorie ma complementari, che solo assieme offrono una generalizzazione naturale del modo di descrizione classico». Le due visioni sono mutualmente esclusive (l'osservazione di una proprietà preclude l'osservazione dell'altra⁵⁷), e sono complementari⁵⁸.

Come si è visto, anche ai problemi dell'interpretazione giuridica si può applicare una visione «corpuscolare» e una «ondulatoria»: la prima descrivere come si generano le «norme del caso» e come esse si moltiplichino, la seconda ci indica la strada di un andamento «sistemico» del complesso delle norme prodotte dagli interpreti, secondo una struttura complessiva che, come l'onda in fisica, ha un andamento «misurabile». Del perché ciò accada vi sono spiegazioni diverse, ognuna delle quali coglie un profilo del fenomeno. Può valere l'analogia del *chain novel* di Dworkin⁵⁹, che vorrebbe rappresentare il modo con cui le deci-

⁵⁷ N. GUICCIARDINI, G. INTROZZI, *Fisica quantistica. Una introduzione*, Roma, 2007, 175 ss.; la citazione riportata nel testo è tratta da D. MURDOCH, *Niels Bohr's philosophy of physics*, Cambridge, 1987.

⁵⁸ Secondo la nota definizione di 'complementarietà' fornita da Bohr «*the quantum postulate forces us to adopt a new mode of description designated as complementary in the sense that any given application of classical concepts precludes the simultaneous use of other classical concepts which in a different connection are equally necessary for the elucidation of phenomena*».

⁵⁹ *Law as Interpretation*, in 60 *Tex. L. Rev.* (1981-1982), 542 ss.; *Law's Empire*, tr. it. *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 215 ss.

sioni dei giudici si collegano (e si *devono* collegare) ai precedenti dando luogo ad una giurisprudenza sequenziale: ipotesi per altro molto criticata, anche nel suo riferimento letterario⁶⁰, e (nella sua componente descrittiva) solo in parte sostenibile alla luce delle verifiche empiriche⁶¹. Può valere la spiegazione di MacCormick⁶² in termini di «congruenza normativa» quale regola deontologica che guida i comportamenti dei giudici. Può valere infine l'ormai diffusa ipotesi della «comunità degli interpreti», la cui autorità seleziona le interpretazioni e le tecniche argomentative accreditabili e a cui i giudici partecipano «*by virtue of their office*»⁶³. Oppure potremmo spiegare il fenomeno ricorrendo alle metafore della «forza gravitazionale» che i precedenti – e i principi su cui si appoggiano – esercitano sulle decisioni successive⁶⁴ o della «curvatura dello spazio» che essi genererebbero⁶⁵.

Insomma, la giurisprudenza mostra un andamento statistico che molto spesso polarizza le risposte dei giudici a un determinato problema lungo percorsi sufficientemente coerenti, offrendo una probabilità più o meno elevata di prevederne l'esito. Ma la spiegazione di ciò si può ritrovare in considerazioni di tipo sociologico, psicologico, istituzionale, non all'interno della teoria delle fonti né all'interno della (sola) teoria dell'interpretazione o dell'argomentazione (poiché sarebbe comunque rinviato a soggetti «altri» il compito di sorvegliare e avvalorare le tecniche interpretative o argomentative impiegate dal singolo giudice). Se la fisica ha rinunciato ad una spiegazione deterministica della natura, forse anche noi giuristi potremmo far senza una spiegazione deterministica della «applicazione delle leggi». E soprattutto po-

⁶⁰ Cfr. S. FISH, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, in 60 *Tex. L. Rev.* (1981-1982), 562 ss.

⁶¹ Cfr. S.A. LINDQUIST, F.B. CROSS, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, in 80 *N.Y.U. L. Rev.* (2005), 1156 ss.

⁶² La congruenza nella giustificazione giuridica, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990, 335 ss.

⁶³ O.M. FISS, *Objectivity and Interpretation*, in 34 *Stan. L. Rev.* (1981-1982), 739 ss., 746.

⁶⁴ Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 211 ss.

⁶⁵ Cfr. L.M. TRIBE, *The curvature of constitutional space*, cit.

tremmo evitare di cedere alla tentazione di convertire tutto ciò che influisce su quest'ultima in una «teoria delle fonti» che, quanto più cerca di includere in sé i fattori che incidono sul processo di interpretazione/applicazione del diritto, tanto meno risulta utile alla sua spiegazione, venendo anzi meno al suo fondamentale compito di guidarci nella selezione di ciò che è diritto e ciò che non lo è.