

LUISS Guido Carli
PREMIO TESI D'ECCELLENZA

**Interpretazione
costituzionalmente orientata
e diritto vivente**

Salvatore Maria Pisacane

5
2015-2016

LUISS Guido Carli / Premio tesi d'eccellenza
Working paper n. 5/2015-2016
Publication date: December 2017
Interpretazione costituzionalmente orientata e diritto vivente
© 2017 Salvatore Maria Pisacane
ISBN 978-88-6856-127-7

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only. It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

LUISS Academy is an imprint of
LUISS University Press – Pola Srl
Viale Pola 12, 00198 Roma
Tel. 06 85225485
e-mail lup@luiss.it
www.luissuniversitypress.it

Editorial Committee:

Leonardo Morlino (chair)
Paolo Boccardelli
Matteo Caroli
Giovanni Fiori
Daniele Gallo
Nicola Lupo
Stefano Manzocchi
Giuseppe Melis
Marcello Messori
Gianfranco Pellegrino
Giovanni Piccirilli
Arlo Poletti
Andrea Prencipe
Pietro Reichlin

Interpretazione costituzionalmente orientata e diritto vivente

Salvatore Maria Pisacane

Abstract

The “inflexibility” of Italian Constitutional Charter, entered into force in 1948, opens a window onto the issue of interpretation according to Constitution; indeed there are considerable changes into the hierarchical organization of laws, the “general law theory” and the way of interpretation. However, different constitutional justice systems in the world shape *locus* and owners of constitutional interpretation. This relevant kind of legal interpretation must grant law meanings in compliance with constitutional guidelines. In the 1950s, an Italian legal expert, Tullio Ascarelli, dealt with a new question: the “living law”. Later it was analyzed by other eminent jurists and began to mean a settled case-law, which lives through judicial verdicts.

Nevertheless, even “living law” (also understood as Supreme Court settled case-law), has a subsidiary role compared to an interpretation or a solution in line with Constitution.

1. Dalla teoria della Costituzione e i sistemi di giustizia costituzionale al dibattito giuridico-filosofico sull'interpretazione conforme a Costituzione

La portata straordinaria e lo spirito dei lavori mossi in sede di Assemblea costituente e protrattisi fino alla fine del gennaio 1948, partorivano per l'Italia del secondo dopoguerra, una Costituzione connotata da una indiscutibile "rigidità": da ciò ritengo possa prendere significativamente avvio una interessante riflessione sull'interpretazione conforme a Costituzione.

In particolare il tema dell'ormai superata "flessibilità" statutaria, ci conduce in modo inequivocabile alla dimensione antitetica della "rigidità" odierna, con un impatto significativo sulla organizzazione gerarchica delle fonti, la "teoria generale del diritto"¹ e sull'approccio ermeneutico. Nell'Ottocento, in Italia, non ci troviamo innanzi allo Stato della supremazia della Costituzione, bensì dell'onnipotenza della legge, ove essa era fonte del diritto primaria e la sua sottomissione allo Statuto era solo apparente. È proprio la capacità di resistenza all'intervento di norme ordinarie contrastanti con la Carta a tracciare il *discrimen* tra modello flessibile e rigido di un documento costituzionale con le relative conseguenze sul piano della revisione costituzionale, ovvero l'assenza di regole per il proprio mutamento differentemente da quello che accade per le Costituzioni rigide². Occorre porre particolare attenzione alla questione poiché è senz'altro emblematica di una svolta storica e socio-politica del Paese, ma soprattutto, per quel che ci riguarda da vicino, apre nuove prospettive sul piano ermeneutico (rapporto tra Costituzione e legge ordinaria).

Si ritiene fermamente che la condizione di rigidità rappresenti l'*humus* fertile dal quale si sia necessariamente sviluppata l'esigenza di un'interpretazione conforme al dettato costituzionale; in età statutaria non avrebbe avuto alcun senso ricorrere a tale strumento: la necessità di dover garantire un orientamento nell'interpretazione e nell'applicazione delle fonti subordinate ad altra fonte (in questo caso la fonte costituzionale) implica, anche sulla scorta della riflessione di Modugno, che la "fonte suprema", la fonte di riferimento, presenti specifiche caratteristiche.

Il problema giuridico-filosofico dell'interpretazione adeguatrice dunque sorge inevitabilmente, all'indomani del lavoro costituente, irrobustendosi ulteriormente, come vedremo, con la scelta operata in relazione al modello di giustizia costituzionale.

La Costituzione rigida è il riflesso di una società democratica, in cui non esiste più una divisione profonda tra classi sociali e in cui viene impedita la possibilità di limitare

¹ F. Modugno (2009), *La teoria della Costituzione*, in *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli Editore, Torino.

² J. Bryce (1998), *Costituzioni flessibili e rigide* [1901], a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano.

i diritti fondamentali, “la Costituzione condiziona lo specifico moto d’essere di un determinato Stato”³.

La legge non può più comprimere le libertà, viene posto un argine alle derive autoritarie, nasce un ineludibile binomio “forza-rigidità”: la forza del compromesso delle variegate anime costituenti al servizio dello spirito fondante di una Costituzione sovraordinata e rigida. Ricollegandosi al “moto d’essere” cui fa riferimento Esposito in chiave prettamente istituzionale e alla “inviolabilità” dei contenuti, non più suscettibili di limitazioni, si potrebbe azzardare una traduzione sul piano dell’interpretazione che assuma una connotazione genetica a tutti gli effetti: un nuovo moto provocato da un nuovo assetto costituzionale, influenza l’ordinamento e gli operatori giuridici all’interno dello stesso, interpreti per eccellenza, a prendere contezza dell’obbligo gravante su di essi di elaborare conclusioni normative secondo le premesse costituzionali e senza divergerne. Siamo innanzi ad una questione ermeneutica che, credo, più di ogni altra, sia connaturata allo spirito di una coscienza ben delineata, un mutato sentire nel diritto, nella società, nella politica e che sia espressione di una “rinnovata” civiltà: interpretazione conforme a Costituzione non solo come mero strumento tecnico al servizio della giurisdizione, ma emblema di una coscienza sociale diversa che pone al centro del dibattito giuridico-filosofico un corpus di riferimento (in senso più ampio un bagaglio valoriale e giuridico), al quale la soluzione “adeguatrice” risulta essere l’unica plausibile. Particolarmente interessante per addentrarci nel pieno del tema di riferimento, potrebbe essere un’opera di ulteriore teorizzazione della nostra Costituzione: “la costituzione in senso logico-giuridico è il principio ordinatore dell’ordinamento, ossia questo stesso riguardato nel suo nucleo originario ordinato, nella sua identità e fisionomia essenziale. Dalla necessarietà di un principio ordinatore, di un momento costituente o costitutivo si passa alla determinazione, parimenti necessaria, del suo contenuto ovvero del suo prodotto, così che l’ordinamento, in quanto unità ordinata dal principio, si presenta in un certo suo modo caratteristico”⁴.

Volendo analizzare l’opera di Sergio Bartole, si evidenzia come questi ponga l’esigenza di un’interpretazione conforme a Costituzione, partendo dall’analisi del ruolo dei principi generali della Costituzione (sia impliciti che espliciti): è dalla preminenza riconosciuta a siffatti principi, compresi quelli inespressi, che scaturisce in questo caso la necessità di esplorare in termini fattuali ed ermeneutici il confronto fra norme costituzionali e disposizioni ordinarie di legge⁵.

³ C. Esposito (1934), *La validità delle leggi*, CEDAM, Padova (reprint, Giuffrè, Milano 1964), p. 210.

⁴ F. Modugno (2009), *La teoria della Costituzione*, in *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, cit., p. 77.

⁵ S. Bartole, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in “Giur. cost.”, 1983, pp. 574 ss.

Nella sua *Teoria della Costituzione* Franco Modugno, teorizzando la “forma” della nostra Carta costituzionale, giunge a cogliere due tratti fondamentali, quali la rigidità e la primazia di cui fornisce una puntuale descrizione; il primo aspetto viene configurato come un valore tipico in quanto afferisce a forma e sostanza costituzionali e viene ritenuto un valore politico preponderante: per l’appunto, “il germe della rigidità”⁶.

Essa viene intesa, a parer di Modugno, come stabilità o resistenza al mutamento, la quale può essere ulteriormente garantita mediante specifici procedimenti di modifica delle sue parti e dalla previsione esplicita di un controllo di conformità di tutte le altre norme alle norme costituzionali, implicando inevitabilmente l’attivazione del meccanismo ermeneutico di interesse. Vi è una riflessione oscillante da un’idea di “rigidità in senso lato” ad una “rigidità in senso stretto”, ma in ogni caso va assunta la stessa come espressione indipendente dalla primazia; la primazia riflette infatti una condizione di preminenza della fonte costituzionale, flessibile o rigida che sia, la quale pone, anch’essa, inevitabilmente, la conseguenza dell’obbligo di conformità a Costituzione, ad esempio nel controllo di costituzionalità accentrato, diffuso o eminentemente formale⁷.

Osserviamo dunque come variegati e significativi possano essere gli stimoli che, in relazione allo strumento ermeneutico dell’interpretazione adeguatrice, ci giungano dall’opera dei teorici della Costituzione, come “passepartout” per innescare un proficuo dibattito a riguardo.

Nell’inquadrare le coordinate entro le quali collocare la questione dell’interpretazione conforme a Costituzione, non può e non deve essere altresì tralasciata la dimensione che probabilmente primamente tradusse un’elaborazione puramente teorica in una esigenza concreta; si parte dalla ferma convinzione infatti che questo mezzo ermeneutico si sia consolidato per la natura indiscutibilmente funzionale alla fisiologia dell’agire della giustizia costituzionale. È evidente come l’attività giurisdizionale costituzionale ponga in evidenza, nel vaglio di legittimità costituzionale, due termini di paragone, ossia disposizioni costituzionali e norme prodotte dagli organi statali, ove lo strumento interpretativo in analisi rappresenta il vero elemento in grado di agire da “trait d’union” fra i due piani con un soddisfacente e necessario risultato.

Un breve excursus storico sulla genesi e l’evoluzione dei modelli di giustizia costituzionale può rivelarsi estremamente utile per delineare simultaneamente la storia dell’interpretazione conforme a Costituzione (si registreranno, col mutare dei modelli, variazioni delle sedi specifiche e della titolarità qualificata dell’interpretazione). Un’idea ben precisa relativa all’esigenza di garantire un controllo di costituzionalità

⁶ F. Modugno (2009), *La teoria della Costituzione*, in *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, cit., p. 88.

⁷ Ivi, p. 93.

delle leggi (da qui si avvia buona parte della speculazione interpretativa in esame) affonda le sue radici nella tradizioni nordamericana e francese della seconda metà del XVIII secolo, ove il costituzionalismo, inteso come movimento culturale, ha recepito quei valori ispiratori le grandi rivoluzioni liberali, traducendoli in norme dotate di funzione prescrittiva⁸. Nonostante l'unitarietà di fondo nel perseguire le medesime finalità, si assiste a percorsi distinti che vedono in Francia il riconoscimento della supremazia giuridica della legge, sulle altre fonti del diritto, con un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali⁹ mentre negli Stati Uniti emerge la preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi, posta a fondamento di un controllo giudiziario di legittimità costituzionale; si ritiene dunque che l'*argumentum* dell'interpretazione conforme a Costituzione veda una sua pallida origine nella tradizione americana, seppur in una veste primordiale, ma al contempo ben definita.

La naturale associazione tra strumenti interpretativi costituzionalmente orientati e l'assetto di giustizia costituzionale di un ordinamento trae ispirazione da una importante analisi di Modugno, il quale paragonando l'argomento letterale e quello logico-sistematico all'argomento di conformità a Costituzione, evidenzia come quest'ultimo concorra alla determinazione di un significato della disposizione legislativa che ne escluda l'illegittimità costituzionale¹⁰; è dunque assiomatico rinvenire le prime tracce dell'*argumentum* in questione laddove primamente si sia affrontato il tema della legittimità costituzionale e del suo controllo; non bisogna tralasciare che si sta ponendo attenzione ad ordinamenti ove, di fianco alla primazia della Costituzione, viene riconosciuto comunque un rango di fonte primaria alla legge, ragion per cui, lo scopo precipuo dell'interprete, è sempre stato, nel rispetto e nell'osservanza del dettato costituzionale, tentare di non inficiare la portata normativa ordinaria.

Lo spunto di Modugno è quindi una, quanto mai adeguata, chiave di volta per muoversi, a ragion veduta, nei vari scenari passati ed odierni e per acclarare la tesi che la giustizia costituzionale sia la culla dell'interpretazione adeguatrice.

Proseguendo questo sintetico, ma denso percorso è possibile rinvenire una svolta istituzionale nel segno lasciato dalla Corte Suprema statunitense presieduta dal giudice John Marshall, nel 1803, il quale, nel celebre caso *Marbury v. Madison*, emise una sentenza che costituirà una pietra miliare della giustizia costituzionale, prevedendo che

⁸ G. Floridia (1991), *La costituzione dei moderni*, Giappichelli, Torino; M. Fioravanti (2009), *Costituzionalismo: percorsi di storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari.

⁹ Art. 16 "Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino", 1789.

¹⁰ F. Modugno (2006), *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale* (Relazione presentata al 2° Convegno nazionale della Società italiana degli Studiosi del Diritto Civile "I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale", Capri 18-19-20 aprile 2006), ora in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 65 ss.

la superiorità delle norme costituzionali rispetto ad ogni altra fonte normativa sub-costituzionale, venisse affermata e garantita non solo sul piano politico, ma anche su quello giuridico (*judicial review*), dichiarando “nulli tutti gli atti contrari all’evidente intendimento della Costituzione”¹¹; fu affermato l’obbligo per il giudice di disapplicare la legge che egli ritenesse contraria, non conforme, alla Costituzione. Veniva innescato naturalmente un nuovo *modus operandi* nell’esercizio della funzione interpretativa, l’unico sotteso all’esigenza ravvisata da Marshall: si ponevano le fondamenta di edificazione del locus ideale dell’interpretazione conforme a Costituzione attraverso un modello di giustizia costituzionale chiamato “sistema diffuso”.

In contrapposizione a tutto ciò, un nuovo scenario si apre prima nell’ordinamento cecoslovacco e poi nella Costituzione austriaca del 1920 in cui sicuramente fu determinante l’apporto teorico di due autorevoli giuristi quali Jellinek e Kelsen, i quali non aderirono alle soluzioni precedenti, sebbene fu tratta parziale ispirazione dalle peculiarità dei medesimi. In particolare Kelsen prospettò l’istituzione di un organo giurisdizionale ad hoc, il Tribunale costituzionale, cui affidare l’interpretazione delle norme costituzionali relative al riparto di competenze tra organi federali e locali; in seguito gli furono attribuiti ulteriori compiti di garanzia del rispetto della Costituzione da parte della legge ordinaria, in materie diverse da quella dei rapporti tra Federazione e Lander: nasceva il modello “accentrato” di giustizia costituzionale, ove esisteva un organo giudiziario specifico centrale tenuto ad esercitare le funzioni in questione ed ai giudici comuni era altresì vietato controllare le leggi dopo la loro promulgazione¹². Emerge quindi per la prima volta, alla luce della determinazione di un soggetto unico qualificato, detentore altresì del potere di interpretazione conforme (“interprete privilegiato” della Costituzione)¹³, il concetto sì caro a Modugno della “duplex interpretatio”¹⁴ esercitata appunto dall’organo supremo del Giudice costituzionale, secondo la quale l’interpretazione giuridica deve focalizzarsi sia sulle disposizioni costituzionali che su quelle di rango inferiore sottoposte al vaglio, per poi giungere ad un significato normativo, ad un prodotto coerente, auspicabilmente conforme a Costituzione. Questa soluzione registrò una significativa espansione nell’Europa centro-settentrionale prima, in Spagna e Portogallo negli anni ’70, per poi approdare in Europa orientale e perfino in America Latina.

¹¹ Sent. Marbury Madison 1804.

¹² Art. 89 Costituzione austriaca 1920.

¹³ F. Modugno (2008), *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 66.

¹⁴ F. Modugno (2008), *Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 256.

Una influenza tangibile senz'altro viene esercitata anche sulla scelta italiana cui si pone particolare attenzione poiché anche da essa si snoda concretamente e con maggiore puntualità il tema dell'interpretazione conforme a Costituzione, anche nelle rielaborazioni offerteci dagli autori nel corso del tempo. Quando nei lavori della nostra Assemblea Costituente (1946-1948), come è stato già analizzato, maturò il favore per una Costituzione rigida, si affrontò il problema di assicurare il rispetto di questo principio attraverso l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale idoneo. Ad ogni modo si giungerà dopo un lungo dibattito e la produzione di differenti proposte ad una esperienza di ibridazione, di fusione fra i modelli principe: in particolare di quello accentrato, fu accolto il principio di affidare ad un apposito organo costituzionale, con tutte le garanzie di autonomia ed indipendenza, il compito del rispetto della rigidità della Costituzione, mentre dal modello diffuso, si è attinto che la Corte costituzionale sindacasse anche sui profili di legittimità sostanziale della legge e i giudici comuni fossero coinvolti nel giudizio di legittimità costituzionale attraverso il processo in via incidentale. L'attività preliminare posta in essere dai giudici comuni deve evitare che giungano alla Consulta questioni prive di base giuridica o risolvibili dal giudice stesso nell'esercizio della sua attività interpretativa, quando cioè sia possibile attribuire alle norme un significato conforme alla Costituzione.

Ecco come si giunge all'odierna impalcatura, alla previsione di un'interpretazione conforme a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni¹⁵ (esclusivamente nei modelli ibridi i soggetti qualificati e stimolati ad un'interpretazione adeguatrice proficua sono diversificati); è chiaro adesso il perimetro entro il quale può essere approfondita la questione metodologica oggetto di studio, potendo apprezzarne anche le tangibili manifestazioni e i punti di contatto con il secondo aspetto cruciale che si intende sviluppare, ossia il "diritto vivente"¹⁶.

Dopo aver affrontato i punti salienti del catenaccio istituzionale nel quale si ancora l'esigenza di un'interpretazione adeguatrice, si ritiene opportuno avviare il dibattito relativo a questo peculiare strumento ermeneutico, ponendo due premesse rilevanti: la differenza intercorrente tra disposizione e norma ed il ruolo delle preleggi nella dimensione della legalità costituzionale¹⁷.

Per quanto attiene al primo punto e alla sua funzionalità rispetto all'argomento conforme a Costituzione, un contributo autorevole è stato prestato da uno dei maggiori

¹⁵ L. Iannuccilli, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni – Brevi note sul tema*, Seminario "Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate", Roma, Palazzo Consulta, 6 novembre 2009.

(https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/Interpretazione_quaderno_stu.pdf).

¹⁶ V. Marinelli (2007), *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli.

¹⁷ A. Ciervo (2011), *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne editrice, Roma.

esponenti della cultura costituzionalistica, ossia Vezio Crisafulli il quale ha approfondito il tema, ponendosi in rottura anche con il dibattito dottrinario in corso ai suoi tempi. Questi attribuì al termine “norma” il significato di “possibilità interpretativa”, mentre considerava la disposizione come una proposizione avente carattere imperativo prodotta dal legislatore, ma concretamente utilizzabile sia dai giudici comuni che dalla Corte costituzionale per conferire ad essa un significato orientato ai valori fissati nel testo della Costituzione¹⁸.

La disposizione è la formula istituzionalmente volta a porre e rivelare la norma, quest’ultima troverà il punto massimo di emersione nel momento in cui verrà elaborata dall’interprete attraverso il procedimento ermeneutico¹⁹; la possibilità che da medesime disposizioni legislative siano desumibili più norme giuridiche, non rappresenta una patologia²⁰, ma “le più norme, egualmente ed insieme deducibili dall’unica formula, sono da ritenersi in pari grado norme “vere”, che una interpretazione corretta conduce a identificare come realmente appartenenti al sistema”²¹.

Proprio sulla base di queste premesse e rielaborazioni, si inaugura una stagione di profondo fermento che sfocia con forza in una autentica rivolta al formalismo, incarnata a pieno, negli anni Settanta, in Italia, da un nuovo movimento giuridico sorto tra alcuni esponenti di Magistratura democratica²², ovvero il cosiddetto “movimento dell’uso alternativo del diritto”, il quale in un epocale convegno tenutosi a Catania il 15 maggio 1972, inaugurò senz’altro una nuova concezione della norma giuridica e della sua interpretazione: “insomma, bisogna mettere in discussione, proprio attraverso il procedimento ermeneutico-normativo, quel modello che vede nella completezza e nella coerenza dell’ordinamento giuridico i suoi principi teorici ed ideologici, principi su cui si fonda il sistema giuspositivistico della neutrale ed a-politica applicazione della legge”²³.

A tal proposito giova ricordare come l’illustre Alessandro Giuliani ribadisse la necessità del ricorso a quell’interpretazione del testo legislativo che non contrastasse con le norme ed i principi di rango costituzionale (in armonia con i comuni canoni ermeneutici) e soprattutto a quell’interpretazione conforme al dettato costituzionale, quando una soluzione diversa avrebbe potuto invalidare il precetto per violazione della

¹⁸ V. Crisafulli (1964), *Disposizione (e norma)*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano.

¹⁹ A.A. Cervati (2006), voce *Disposizione e norma*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano, p. 2014.

²⁰ A. Ciervo, *Saggio sull’interpretazione adeguatrice*, cit., p. 162.

²¹ V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, cit., p. 208.

²² A. Giuliani, N. Picardi (1995), *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, p. 165.

²³ L. Ferrajoli (1973), *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, p. 107.

Costituzione ovvero quando una tra più interpretazioni, tra loro in conflitto, avrebbe potuto minare posizioni costituzionalmente garantite²⁴.

Per l'interprete o meglio, per il giudice – interprete, iniziava dunque a perdere rilievo il significato assunto dalla legge in relazione ai criteri desumibili dall'articolo 12 delle Preleggi, privilegiando nettamente un significato scaturito da un'interpretazione conforme ai principi costituzionali, i quali hanno la caratteristica "...di essere in massima parte delle norme aperte, delle clausole generali o concetti-valvola, in esse sono indicati i valori fondamentali etico-politici che hanno presieduto l'organizzazione costituzionale dello Stato e che debbono costituire i criteri ispiratori della legislazione ordinaria nel suo concreto porsi"²⁵.

Pertinente e funzionale al dibattito in corso, risulta essere altresì, la riflessione avviata dalla dottrina civilistica italiana intorno agli anni Sessanta nel senso di una riforma del Codice civile e di una cesura con il formalismo ottocentesco: protagonista indiscusso del dibattito fu senz'altro Stefano Rodotà. Questi giunse a riconoscere un vero e proprio processo di pubblicizzazione del Diritto Privato, ossia una rilettura del sistema privatistico italiano alla luce dei principi costituzionali inducendo a legare l'ordinamento giuridico ad una sovraordinata legalità costituzionale e a reinterpretare gli istituti del nostro Codice in chiave conforme alla Costituzione²⁶. Si è in presenza di un tema, cui risultano essere di forte ausilio, l'analisi e l'approfondimento svolti negli anni Ottanta dal Perlingieri, con la sua nota teoria del "Diritto civile costituzionale", mediante la quale provocò una riflessione sul ruolo assunto dalla Costituzione nell'ambito della dogmatica civilistica²⁷. Nella visione perlingieriana viene a delinarsi, con l'entrata in vigore della Costituzione, una "legalità di tipo costituzionale" la quale induce ad "...un'interpretazione della norma ordinaria e comunque di grado inferiore alla luce degli interessi e dei valori costituzionalmente rilevanti"²⁸. In relazione a ciò, il Paladin ravvisò come, assodato che la Costituzione abbia sempre investito sia il Codice civile che la legislazione ordinaria, anche questi ultimi interagiscano con i principi costituzionali²⁹ in una "dialettica continua tra i due livelli di legalità che non si risolve

²⁴ A. Giuliani (1999), *Le preleggi*, UTET Università, Torino, pp. 58-60.

²⁵ C. Varrone (1970), *La responsabilità del giudice*, in "Quale Giustizia", n. 4, 1970, p. 90; G. Lazzaro (1970), *Il giudice oggi*, in "Quale Giustizia", n. 5-6, pp. 205-206.

²⁶ S. Rodotà (2013), *Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna; S. Rodotà (2007), *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Editoriale Scientifica, Napoli.

²⁷ P. Perlingieri (1980), *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in "Rassegna di diritto civile".

²⁸ P. Perlingieri (1985), *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in "Rassegna di diritto civile", p. 1008.

²⁹ L. Paladin (1993), *Costituzione, preleggi e codice civile*, in "Rivista di diritto civile", 39, pp. 19 ss.; cfr anche R. Guastini (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, p. 38.

in una concretizzazione dei principi costituzionali nella normativa ordinaria, ma in una moltiplicazione dei significati dei principi costituzionali che provengono, in senso ascendente, da un livello normativo, quello ordinario, per l'appunto che, nel corso dei decenni passati, non veniva minimamente tenuto in considerazione da parte della dottrina³⁰.

In definitiva, alla luce di questo denso dibattito giuridico-filosofico, il risultato cui si perviene, in antitesi alla dottrina classica, è proprio quello dell'interpretazione conforme ai principi costituzionali: “una metodologia aperta a tutti i mezzi ed argomenti di interpretazione che, in quanto tale, si sottrae alla ipostatizzazione come schema predeterminato ovvero atipico”³¹.

La definizione di interpretazione adeguatrice o conforme a Costituzione non si riscontra, senza dubbio, nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile, il cui primo comma prescrive che nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore: vengono introdotti solo i canoni dell'interpretazione letterale o testuale e dell'interpretazione funzionale, attenta alle finalità perseguite dal legislatore; altro aspetto è la previsione dell'interpretazione analogica (suppletiva ed esclusa per leggi penali o eccezionali, art. 14 Preleggi) e dell'interpretazione secondo i principi generali. L'interpretazione *secundum constitutionem* elabora la disposizione in modo da attribuirle un significato normativo, tra i potenzialmente possibili, che non sia in contrasto con il dettato costituzionale, esonerando il giudice a quo dal sollevare incidente di costituzionalità; è a tutti gli effetti un canone ermeneutico ulteriore, il quale non è desumibile dall'articolo 12, né poteva esserlo poiché implica la rigidità della Costituzione, con un bagaglio di valori di rango superiore, tali da condizionare la legittimità della fonti primarie (possibilità da escludersi, come precedentemente sottolineato, ai tempi dello Statuto Albertino, essendo essa una Carta flessibile) ed un controllo accentratore di costituzionalità. Affinché l'interpretazione adeguatrice riveli un risvolto concreto è necessario che la disposizione da interpretare, tra più soluzioni normative derivanti da essa, presupponga l'esistenza di almeno un significato normativo conforme a Costituzione: “là dove ad una disposizione corrispondano plurimi significati normativi, connotati da diverso grado di plausibilità, allora opera il canone dell'interpretazione adeguatrice nel senso che il giudice deve privilegiare quello che non si pone in contrasto con parametri

³⁰ A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 187.

³¹ R. Nania, P. Saitta (2006), voce *Interpretazione costituzionale*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Giuffrè, Milano.

costituzionali, piuttosto che per un'interpretazione che, ancorché maggiormente plausibile, sia in contrasto con la Costituzione”³².

L'aspetto interessante dell'utilizzo dello strumento interpretativo in esame è legato alla possibilità per l'interprete di provvedere ad una duplice e simultanea attività: applicare la legge ordinaria al caso concreto e interpretare i principi costituzionali diffusamente, assicurando una continua ed efficace evoluzione della lettera della Costituzione, valicando, con piena cognizione, le sfide innanzi alle quali la il diritto viene posto dalla modernità. In virtù di una chiara responsabilità nel dover evitare la cristallizzazione dei precetti costituzionali e, dunque, l'incrostarsi di una nuova dogmatica, parte della dottrina “parla di un'interpretazione che tenda ad adeguarsi, piuttosto che a conformarsi, ai principi costituzionali: tali principi, infatti, mutano e si evolvono continuamente nel corso del tempo, proprio come a mutare ed evolversi, in ragione dei cambiamenti politici, economici, sociali e culturali della società, sono i significati delle singole leggi ordinarie”³³; questa stessa dottrina ritiene che la Costituzione non vada considerata assolutamente come un limite invalicabile in cui l'azione dell'interprete sia soffocata, ma come una vera e propria linea di orizzonte che si allontana man mano che l'interprete si avvicina: solo così, anche nel processo ermeneutico di adeguamento ai principi costituzionali, sarà preservato un elemento di dinamicità che veda l'interprete porsi ogni volta diversamente, di fronte al testo legislativo, al fine di rivedere continuamente l'impalcatura del suo compito ermeneutico.

È particolarmente interessante, altresì il quadro prospettato dal Modugno, secondo il quale l'interpretazione adeguatrice o conforme a Costituzione, inteso come nuovo criterio ermeneutico che si aggiunge o si iscrive tra quelli dell'art. 12 delle Preleggi, è una chiara espressione della peculiarità o specificità della interpretazione costituzionale: si tratta di un “canone ermeneutico preminente” elaborato dal Giudice delle Leggi valorizzando il “principio di supremazia costituzionale”, il quale viene indiscutibilmente riconosciuto in relazione a qualsiasi altro atto normativo e viene a manifestarsi e a realizzarsi in molteplici modi: influenzando la validità degli atti o, possibilmente, evitando l'invalidità con la conformazione degli atti stessi ai parametri costituzionali³⁴.

Come Giusi Sorrenti ribadisce nella sua celebre opera *L'interpretazione conforme a Costituzione*, il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione implica che le norme costituzionali si pongano in una dimensione di estraneità rispetto alla

³² G. Amoroso (1998), *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in “Foro Italiano”, V, p. 91.

³³ A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., 192.

³⁴ F. Modugno (2008), *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli.

Costituzione, con l'attribuzione ad esse non solo della funzione di parametro del controllo di legittimità costituzionale ma anche di determinazione del loro contenuto quando risulti essere dubbio³⁵.

La necessità della norma rispetto ad una disposizione legislativa costituisce molto probabilmente già di per sé il fondamento del canone di interpretazione conforme a Costituzione, prima ancora che la norma, frutto dell'interpretazione della disposizione, sia confrontata con la norma costituzionale: non vi è possibilità di riscontrare e valutare un eventuale contrasto, laddove il significato normativo estrapolato dalla disposizione sia conforme a Costituzione. Dunque l'interpretazione adeguatrice presuppone che il primato delle norme costituzionali guidi l'interpretazione delle leggi e inneschi la funzione di controllo nell'eventualità di contrasti. «È però certo che il criterio dell'interpretazione adeguatrice, se non si vuole o non si riesce, a ritenerlo un criterio deducibile, da quello dell'interpretazione sistematica (e, sia pure, di un'interpretazione sistematica non solo endo-testuale, ma anche extratestuale, riferibile cioè a tutte le possibili disposizioni di altre leggi o atti normativi, ma sempre pari ordinati, che possano concorrere nella determinazione del significato di una singola disposizione o di un complesso di disposizioni), è certamente un criterio che si aggiunge o si sovrappone agli altri prefigurati dall'art. 12 preleggi: un canone che la giurisprudenza costituzionale ha dedotto da un modo di intendere (da un'interpretazione) dell'indubitabile principio di supremazia costituzionale.»³⁶

Nell'interpretazione adeguatrice ci si attende che il testo o enunciato costituzionale abbia un significato all'interno dei principi costituzionali e che il testo o enunciato legislativo abbia significato nella cornice dei principi costituzionali “ponderati o bilanciati” ovvero che un testo legislativo presenti un significato conforme a Costituzione; vi sono tre punti di riferimento ben precisi in questo processo interpretativo: testi costituzionali che esprimono principi, testi legislativi i quali, a loro volta, esprimono principi e l'agglomerato dei principi costituzionali “ponderati o bilanciati”³⁷.

Modugno ritiene che, nel caso in cui nessun canone ermeneutico da valutare si accordi con uno di questi tre concetti, ovvero laddove nessun canone consenta di delineare un significato da un testo legislativo conciliabile con i suddetti principi costituzionali ponderati o bilanciati, non viene ceduto il passo direttamente ed esclusivamente alla Corte costituzionale e ad un suo intervento decisivo e liminare, ma l'interpretazione costituzionalmente orientata “appartiene a tutti gli operatori giuridici:

³⁵ G. Sorrenti (2006), *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano.

³⁶ F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 100.

³⁷ Ivi, p. 272.

come meta interpretazione, in quanto rivolta a guidare la selezione e la scelta dei comuni mezzi (canoni o argomenti o criteri) di interpretazione giuridica; come interpretazione “riduttiva” degli enunciati costituzionali e legislativi a significati espressivi principi (che positivizzano o giuridicizzano retrostanti valori) per i quali si rendano necessari, oltre alla stessa individuazione, la ponderazione, il bilanciamento, il confronto e la (non incondizionata e ragionevole) preferenza dell’uno o dell’altro, nelle varie evenienze concrete. Spetta poi, in ultima istanza, alla Corte costituzionale, allorché l’interpretazione costituzionale, così intesa, si sia rivelata insufficiente ad eliminare le incompatibilità tra disciplina legislativa di una fattispecie e i principi costituzionali, l’interpretazione decisoria: la c.d. ultima parola”³⁸.

II. La questione del “diritto vivente”

È risaputo che il concetto di “diritto vivente” affondi le sue radici in epoche remote e sia stato impiegato dai giuristi nel tempo per indicare la capacità del magistrato, il cosiddetto *lex loquens sive lex animata*, “di rimuovere e vivificare, ma anche di integrare o correggere se necessario, il testo di legge, al fine di adattare la volontà normativa, fissata e cristallizzata una volta per tutte nell’enunciato scritto, ai fluidi e mutevoli rapporti sociali sottostanti”³⁹. Basta pensare semplicemente alla definizione aristotelica riguardo il ruolo del giudice, nella sua *Etica nicomachea*: in presenza di una controversia giuridica le parti che vogliono giustizia si devono rivolgere necessariamente ad un soggetto terzo, il giudice per l’appunto, poiché questi è una sorta di “giustizia vivente” (*empsychon dikaion*)⁴⁰.

Eligio Resta ritiene che il termine vivente così come adottato da Aristotele, sia “...da ricollegare al senso dell’archè presente nel Detto di Anassimandro, o all’idea di contesa che la filosofia di Eraclito ha attribuito alla vita, e, non ultima, alla vita della giustizia. In tanta, gli enti che vengono ad esistenza, dice Anassimandro, dove hanno origine li trovano però anche la loro fine, secondo la necessità del tempo. Pertanto rendere giustizia all’ingiustizia è l’ordine con cui il tempo definisce l’esistenza del diritto”⁴¹. Anche Cicerone, nella sua opera *De legibus*, parla del giudice come di una *lex loquens*, contrapponendolo alle legge in senso stretto, la quale viene definita invece come un

³⁸ Ivi, p. 273.

³⁹ G. Sorrenti (2006), voce *Diritto vivente*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano, p. 1966.

⁴⁰ L. Mengoni (1996), *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, p. 141

⁴¹ E. Resta (2007), *Diritto vivente*, in A. Mariano Marini e D. Cerri (a cura di), *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Edizioni Plus, Pisa, p. 75

mutus magistratus; anche il pretore romano fu definito *lex loquens*, anche se in questo caso la metafora acquisisce un valore diverso dato che lo stesso giurista di Arpino chiarisce che “la sua attività di interprete vivifica e rinnova continuamente il *ius scriptum*, rompe l’immobilità della lettera della legge adattandone lo spirito (il significato) ai mutamenti dei rapporti sociali”⁴².

Si ricorda altresì la definizione del pretore da parte del giurista Marciano, come “viva vox iuris civilis” sia in riferimento alle sole “verba”, che alla “significatio propria dello *ius*”⁴³. Nota ai più è, inoltre, la famosa espressione adottata dal Montesquieu circa il giudice quale un “être inanimé” attraverso cui la legge parla, come se si trattasse di una sorta di “bouche qui le prononce les paroles de la loi”⁴⁴.

Il giudice raffigurato dal Montesquieu rappresentava, in quello specifico contesto storico, l’incarnazione vivente del “postulato fondamentale del positivismo legislativo, riassumibile nel principio del monopolio legislativo della produzione del diritto. Il suo corollario sul piano metodologico è: la legge è univoca e completa, include in se stessa tutti i casi possibili e quindi ha in sé la forza di produrre la regola di decisione per ogni caso concreto mediante sillogismi automatici, la cui formulazione è il solo compito del giudice”⁴⁵.

Tuttavia Eugen Ehrlich, giurista austriaco figlio delle teorie del movimento del “diritto libero”, nella sua *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, risalente al 1913, parlava del “diritto vivente” come di quel “diritto che regola la vita sociale sebbene non sia formulato in proposizioni giuridiche”⁴⁶. Il filosofo Resta ricorda al tal proposito: “nella Prefazione scritta nella notte di Natale del 1912 a Parigi, Ehrlich consegna ad ‘una sola frase’ l’intera idea del diritto vivente: ‘Anche nel tempo presente, come in ogni altra epoca, il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, né nella scienza del diritto, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa’”⁴⁷.

Affrontare la questione del diritto vivente, ponendo l’accento sulla natura metaforica piuttosto che sui tratti tecnico-giuridici è legata alla specifica peculiarità che nel concetto di diritto vivente si rinvenga un significato capace di andare oltre i limiti tecnici, in grado di eccedere.; la vita si manifesta in forme sempre variegate che risultano totalmente imprevedibili per lo stesso giurista, per cui bisogna raggiungere la

⁴² L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., p. 142.

⁴³ Digesto, 1, 18 – 1, 3, 19.

⁴⁴ C.-L. Montesquieu (1789), *Esprit des lois*, Amsterdam, capitolo VI, libro XI.

⁴⁵ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., p. 146.

⁴⁶ E. Ehrlich (1976), *I fondamenti della sociologia del diritto*, tr. it. a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano, p. 592.

⁴⁷ E. Resta, *Diritto vivente*, cit., p. 78.

consapevolezza del fatto che le la vita non possa essere ingabbiata nella maglie delle sole proposizioni normative poiché quello “che avviene nella vita è un mondo di possibilità, nel bene e nel male, che le forme giuridiche non potranno mai ricomprendere”⁴⁸.

Ad ogni modo non si deve e non si può pretendere che la questione del diritto vivente coincida totalmente con il concetto di diritto giurisprudenziale. Una simile corrispondenza si potrebbe considerare corretta nel caso in cui si sovrapponesse, tralasciando l’inevitabile ed intrinseca diversità storico-culturale, l’esperienza giurisprudenziale romana con quella a noi contemporanea⁴⁹: si ricorda la nota definizione di Ulpiano secondo cui “Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti vel iniusti scientia”⁵⁰.

Come è stato ribadito in dottrina infatti, il diritto giurisprudenziale è una concretizzazione della legge nella misura in cui il giudice risulti capace di riempire di un contenuto sostanziale concetti giuridici di per sé indeterminati: “questa concretizzazione inoltre deve essere intesa sia come momento di specificazione di soluzioni individuali di casi concreti da parte del giudice, sia come una tipizzazione delle soluzioni giuridiche, nel senso che il magistrato tende a formulare regole che, avvalendosi dell’elaborazione della Scienza giuridica, siano in grado di svolgere una funzione paradigmatica, valida per una classe indefinita di casi raccolti in gruppi tipici”⁵¹.

Indubbiamente il tema del “diritto vivente” nel giudizio di costituzionalità è stato affrontato per la prima volta in Italia da Tullio Ascarelli il quale, in due importanti scritti degli anni Cinquanta, comparsi sulla “Rivista di diritto processuale” diretta da Francesco Carnelutti, formulò una teoria ermeneutica molto innovativa, la quale avrebbe influenzato, per tutto il ventennio successivo, il dibattito dottrinario del nostro paese su temi relativi all’interpretazione giuridica⁵².

Nelle sue celebri opere, ponendo attenzione sui procedimenti ermeneutici adottati dalla Corte costituzionale nelle sue prime decisioni, Ascarelli formulò talune rivoluzionarie conclusioni in tema di interpretazione giuridica: infatti secondo lo

⁴⁸ Ivi, p. 80.

⁴⁹ F. Procchi (2007), *Brevi considerazioni semantiche: il “diritto vivente” ed il “diritto giurisprudenziale”*. *Dalla iurisprudenzia romana alla moderna giurisprudenza*, in A. Mariano Marini e D. Cerri (a cura di), *Diritto vivente*, Edizioni Plus, Pisa p. 121-123

⁵⁰ Ulp. Reg., D. 1. 1. 10. 2.

⁵¹ G. Orrù (1983), *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, Giuffrè, p. 51.

⁵² T. Ascarelli (1957), *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione giuridica*, in “Riv. Dir. Proc.”, pp. 351-364 e Id. (1958), *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (con risposta di F. Carnelutti)*, in “Riv. Dir. Proc.”, pp. 14-26.

studioso “è in forza dell’interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi ‘passato’, ‘storico’, che si formula la ‘norma’. Questa una volta espressa torna ad essere testo”⁵³; dunque per Ascarelli la norma vive nell’esperienza giuridica solo quando viene applicata da un giudice.

Ad avviso di Ascarelli, inoltre, le pronunce di incostituzionalità della Corte costituzionale si devono intendere come riferite al solo testo legislativo e non alla norma desumibile da essa in via interpretativa: “si coordinano con una normativa speciale che mi sembra trovi la sua premessa non solo nell’efficacia erga omnes della pronuncia, ma nel diretto riferimento di questa a un determinato testo”⁵⁴. Le pronunce della Corte costituzionale hanno come unico oggetto del loro giudizio il testo legislativo in sé e per sé, ossia un testo dal quale il giudice a quo può sempre formulare una questione di legittimità costituzionale. Ascarelli a questo proposito afferma: “mi sembra non solo che la Corte costituzionale debba interpretare (ché su ciò non può vertere dubbio) la Costituzione, ma che debba a sua volta interpretare facendo capo ai criteri tradizionalmente svolti nell’interpretazione della legge, il testo legale la cui costituzionalità è oggetto della sua pronuncia”⁵⁵.

Per queste ragioni, l’Ascarelli continua: “il richiamo all’interpretazione dominante che si legge nella sentenza n. 3 del 1956 costituisce non già uno tra i possibili elementi ai quali far capo nella formulazione di una norma da osservare nel caso ma ai fini della pronuncia della sua incostituzionalità”⁵⁶. Carnelutti critica il pensiero ascarelliano, sostenendo che la previsione di una trasformazione del testo legislativo in norma, ignora che è proprio il testo legislativo a doversi considerare come un semplice adattamento “o meglio uno sviluppo della norma al fine di renderla idonea alle nozze col fatto”⁵⁷.

Questo “diritto vivente”, dunque, nella visione ascarelliana, coincide con la norma applicabile dal giudice ad uno specifico caso concreto e pone il giurista innanzi ad una esigenza di osmosi tra il momento conoscitivo, di “eviscerazione” di una norma e il momento applicativo della norma stessa. Secondo Ascarelli infatti “il momento pratico si ritrova già nella stessa posizione della norma, opera dell’interprete; non applicazione di una preconstituita dottrina e non scoprimento di un attuale e preconstituito comando, ma posizione di una (se così si vuol chiamarla) massima di decisione, sempre e necessariamente astratta, sempre buona e sempre rivendicante un criterio di continuità col testo dato”⁵⁸.

⁵³ Ivi, p. 352.

⁵⁴ Ivi, p. 359.

⁵⁵ Ivi, p. 361.

⁵⁶ Ivi, p. 362.

⁵⁷ F. Carnelutti (1957), *Postilla a Giurisprudenza costituzionale*, in “Riv. Dir. Proc.”, p. 364.

⁵⁸ Ivi, p. 19.

Nella dimensione ascarelliana emerge come il contributo dell'interprete sia sempre stato implicitamente impresso mediante un giudizio di valore in grado di forgiare e determinare che il caso concreto possa essere prequalificato o vi sia una ricostruzione tipologica a tutti gli effetti⁵⁹.

Nel 1957 emerge veementemente l'idea ascarelliana di interpretazione ai fini del giudizio di costituzionalità della legge e ci si trova innanzi ad un'analisi dei caratteri essenziali della dottrina del diritto vivente nella sua elaborazione originaria: "il sillogismo della Corte costituzionale, il perché del carattere vincolante della norma vivente, l'identificazione dell'oggetto del sindacato di costituzionalità".

Si ritiene la riflessione debba partire dall'interpretazione della legge impugnata da parte della Consulta, tenuta a valutarne la costituzionalità; ci si va inevitabilmente a collocare nell'ambito del sillogismo tipico del giudice ordinario, ritratto da Ascarelli in questi termini: "il testo la cui costituzionalità è oggetto di esame corrisponde [...] alla fattispecie esaminata dal giudice ordinario e la norma costituzionale a sua volta assume nel ragionamento del giudice costituzionale la posizione che è assunta nel ragionamento del giudice ordinario della norma ordinaria"⁶⁰.

Ascarelli supera, mediante la propria teoria sull'interpretazione, l'ostacolo concettuale della argomentazione della trasformazione della norma in un fatto, dato che la norma sussiste come tale solo nel momento dell'applicazione giudiziaria, e per questo "l'equivocità del testo trova innanzi tutto il criterio di soluzione nelle applicazioni che esso ha effettivamente ricevuto"⁶¹.

Secondo Ascarelli: "la Corte, in altre parole, ha un'attività interpretativa non in due sensi – e cioè in relazione alla legge ordinaria e alla Costituzione – ma solo in un senso e cioè in ordine alla Costituzione, funzionando il fatto-norma come elemento di giudizio già assoggettato al potere di interpretazione e quindi già pronto a subire il confronto costituzionale, perché già ben circostanziato e definito nella sua esatta configurazione"⁶².

La distinzione ascarelliana tra interpretazione finalizzata all'applicazione e interpretazione ai fini della valutazione di costituzionalità⁶³ ci mostra come la Corte costituzionale sia vincolata al diritto vivente, in quanto presupposto del fatto storico della norma applicata, mentre i giudici comuni preservino comunque una libertà

⁵⁹ A. Pugiotto (1994), *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, p. 57.

⁶⁰ T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 357.

⁶¹ *Ivi*, p. 362

⁶² N. Assini (1973), *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "guerra delle due Corti"*, Giuffrè, Milano, p. 30.

⁶³ T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 361.

interpretativa piena, anche innanzi ad una interpretazione dominante della giurisprudenza. Data la coerenza e l'organicità che la contraddistinguono, la teoria ascarelliana che vuole, come più volte ribadito, la sussistenza di un obbligo per il giudice costituzionale di attenersi all'interpretazione giurisprudenziale dominante in sede di sindacato della Corte sulla norma applicata, costituisce senza alcun dubbio, un caposaldo dottrinario ineludibile sul tema del diritto vivente.

Un percorso alternativo a quello della dottrina maggioritaria, in relazione alla formulazione della concezione di diritto vivente in termini non necessariamente gerarchici e accentrati, può essere l'inquadramento, in un'ottica più ampia, come matrice prettamente giurisprudenziale⁶⁴.

È opportuno, a tal proposito sostenere che il diritto “non è il prodotto di una catena di montaggio e la ricerca della soluzione più adeguata alle controversie, costituisce un impegno personale, una forma di conoscenza legata ai fatti, ai percorsi di riconoscimento delle regole, riferibili di volta in volta alle fattispecie concrete sulle quali il giurista è chiamato a pronunciarsi”⁶⁵. Pertanto, al fine di continuare a pensare il diritto vivente in una dimensione dinamica, rimanendo fedeli all'idea del “diritto che vive nella prassi”⁶⁶, è utile considerarlo una metafora giuridica a tutti gli effetti, come esperienza giuridica concreta del diritto che i giudici, specialmente quelli di prima istanza, sono tenuti a compiere, al fine di rendere vivente l'idea stessa di Costituzione, “non più limitata alla considerazione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, né di quella costituzionale, per riferirsi agli orientamenti dell'intera società, alla costituzione che vive e tiene in vita l'intero ordine giuridico”⁶⁷.

La questione cruciale è costituita, tuttavia, dalla necessità di dover stabilire quando si possa ritenere concretamente consolidata una soluzione interpretativa di una specifica disposizione di legge, nell'ambito della giurisprudenza ordinaria, ovvero quando si venga a formare il diritto vivente: “ad avviso di chi scrive, piuttosto che far coincidere concettualmente l'idea del “diritto vivente” con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in particolare con quella delle Sezioni Unite, mi sembra più corretto parlare di un “diritto vivente” che si sviluppa come una “matrice” che ingloba tutta la giurisprudenza ordinaria, non solo quella di legittimità della Corte di Cassazione, ma anche quella di merito”⁶⁸.

Immaginare, pertanto, il diritto vivente come matrice giurisprudenziale apre inevitabilmente ad affrontare il tema della non centralizzazione, il quale non deve

⁶⁴A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 250.

⁶⁵A.A. Cervati (2009), *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 58.

⁶⁶Ivi, p. 59.

⁶⁷Ivi, p. 62.

⁶⁸A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 62.

indurre a pensare nell'immediato al concetto di decentramento, il quale "implica l'esistenza di un'autorità centrale, un governo centrale che può decentralizzarsi o ricentralizzarsi a proprio piacere. Nei sistemi decentralizzati la diffusione del potere è in realtà una concessione, non un diritto; e alla lunga viene solitamente considerata come tale. In un sistema politico non centralizzato il potere è tanto diffuso che non può essere legittimamente centralizzato o concentrato senza violare la struttura e lo spirito della Costituzione"⁶⁹.

È stato sottolineato come "la matrice dei centri decisionali è collegata per mezzo di linee di autorità formali, ed è attraversata da linee di comunicazione sia formali che informali. La Costituzione fornisce l'ossatura della struttura, la cui carne viva è rappresentata dagli accordi istituzionali formali e informali, spesso sovrapposti tra di loro. In questo senso le linee di comunicazione fungono da "nervi" dell'intero sistema"⁷⁰.

Del resto "la pluralità di soluzioni normative e giurisprudenziali non può essere ordinata né secondo il criterio gerarchico della prevalenza né secondo quello funzionalistico della ripartizione di competenze; la ridondanza cibernetica, l'eccedenza di contenuto deontologico sono il riflesso giuridico della natura policentrica e sperimentale di una comunità che organizza le sue relazioni secondo una rete di comunicazioni"⁷¹. È condivisibile pertanto un'idea di diritto vivente come matrice di interpretazioni, senza un centro nevralgico e un'impalcatura gerarchica, in un sistema determinato esclusivamente da una circolazione giurisprudenziale che, spesso, ma non sempre, può rinvenire un legame nella Corte di Cassazione la quale potrà avvalorare o meno un orientamento ermeneutico.⁷² Dato che questa concezione di diritto vivente non considera necessariamente prevalente l'interpretazione accolta dalla Cassazione, "è evidente che il giudizio di legittimità costituzionale tende ad assumere, in questo modo, un significato concreto soltanto rispetto al giudizio principale"⁷³: in un sistema a matrice non è possibile identificare un centro e una eventuale gerarchia da osservare.

In effetti la funzione nomofilattica si è inevitabilmente indebolita quando è entrata in vigore la Carta costituzionale dato che i valori da essa previsti potevano trovare attuazione concreta in ogni giudizio di merito, dal giudice di primo grado, alle Corti

⁶⁹ J.D. Elazar (1998), *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, p. 29

⁷⁰ Ivi, p. 31

⁷¹ A. Vespaziani (2013) voce *Federalismo* (dir. cost.), in *Diritto on line*, Treccani, Roma, [http://www.treccani.it/enciclopedia/federalismo-dir-cost_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/federalismo-dir-cost_(Diritto-on-line)/)

⁷² V. Marinelli (2010), *La metodologia ermeneutica di Emilio Betti e il problema del diritto vivente*, in Aa. Vv., *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, III, Aracne editrice, Roma, pp. 270 ss.

⁷³ A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, cit., p. 508.

d'Appello. Pertanto si assiste ad una sorta di “convergenza nomofilattica”⁷⁴ la quale predilige specifici orientamenti ermeneutici rispetto ad altri, senza alcuna presunzione che si tratti dei più corretti o più validi e quindi necessariamente vincolanti per i giudici di merito. Acclarando, in un’ottica del diritto vivente come matrice giurisprudenziale, la sussistenza di un inevitabile dinamismo dei numerosi filoni ermeneutici elaborati dai vari organi giurisdizionali di qualsiasi livello, è possibile asserire che la Cassazione eserciti una funzione nomofilattica “tendenziale”⁷⁵, poiché la condivide con altri numerosi soggetti.

Tuttavia, data la posizione della dottrina prevalente riguardo il diritto vivente⁷⁶, emerge un’incompatibilità di fondo tra un ricorso doveroso ad un’interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice a quo e il diritto vivente stesso. Nel caso in cui difatti, sussista un diritto vivente ben determinato, non può esservi una norma dal significato dubbio e quindi, non è ammessa incertezza nell’applicazione da parte del giudice, dato che la norma viene applicata continuamente, in una sua specifica estrinsecazione ermeneutica, da parte di tutto l’ordinamento giudiziario⁷⁷.

Dunque l’interpretazione conforme a Costituzione, il cui utilizzo sembrerebbe, secondo la Consulta, doveroso per le rimessione della questione di legittimità, svolgerebbe un ruolo sussidiario in presenza del diritto vivente, ritornando ad essere impiegato solo laddove quest’ultimo sia totalmente assente⁷⁸. Ad ogni modo il giudice a quo non deve ritenersi vincolato al diritto vivente imprescindibilmente, ma solo in ragione di una sua reale scelta ermeneutica: proprio per questo la dottrina riconosce che “la pluralità di soluzioni normative non viene meno pur in presenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale sul testo da interpretare”⁷⁹.

Il buon senso del giudice dovrebbe indurlo a limitare l’impiego dell’interpretazione conforme a Costituzione “ogni qual volta esista sul testo legislativo un orientamento giurisprudenziale consolidato nei confronti del quale il giudice abbia un dubbio di costituzionalità”⁸⁰, onde evitare di incorrere nella possibilità che la Corte costituzionale pronunci l’inammissibilità della questione di legittimità da lui sollevata.

È importante evidenziare come, secondo parte della dottrina, il diritto vivente sia consolidato solo quando anche la Corte di Cassazione contribuisca alla sua formazione

⁷⁴ A. Ciervo, *Saggio sull’interpretazione adeguatrice*, cit., p. 255.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, cit., p. 168.

⁷⁷ *Ivi*, p. 175.

⁷⁸ C. Lavagna (1984), *Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sull’interpretazione adeguatrice* (1959), ora in *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, pp. 601 ss.

⁷⁹ A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, cit., p. 178.

⁸⁰ *Ivi*, p. 182.

nel senso che “la sua interpretazione si affermerà come diritto vivente nel momento in cui coincide con l’esegesi della maggioranza degli altri giudici non essendo di per sé sufficiente perché un orientamento giurisprudenziale possa dirsi consolidato”⁸¹. Secondo questa dottrina differente: “la soluzione, sul piano del giudizio a quo, nel senso del carattere sussidiario del canone dell’interpretazione conforme rispetto a quello del diritto vivente [...] è la soluzione che appare pragmaticamente la più ragionevole, perché è quella che con minore difficoltà si inserisce in un sistema complessivo in cui, se esiste un orientamento giurisprudenziale stabile, la prevalenza di quest’ultimo nell’individuazione dell’oggetto del giudizio di costituzionalità è in realtà lo strumento più efficace per realizzare un normale adeguamento spontaneo dei giudici alle sentenze interpretative di rigetto, ma a volte anche di accoglimento”⁸².

È opportuno, oltre a questa autorevole elaborazione dottrinale di A. Anzon, affiancare una diversa idea sia del diritto vivente che del rapporto di questo con l’interpretazione conforme a Costituzione. È già stato sottolineato come il diritto vivente non si debba reputare un sistema gerarchico in cui specifici orientamenti giurisprudenziali si consolidino partendo dai giudici di primo grado per giungere alle Sezioni Unite della Cassazione; al contrario, come ribadito in precedenza, si deve intendere come una matrice di interpretazioni, un sistema senza centro e gerarchie, determinato esclusivamente da una circolazione giurisprudenziale la quale può polarizzarsi, riscontrando un proprio connettore nella Suprema Corte di Cassazione che potrà, eventualmente, avvalorare un orientamento interpretativo rispetto ad un altro⁸³.

Ci si trova innanzi ad una nozione di diritto vivente, in cui emerga “il carattere necessariamente evolutivo dell’interpretazione, con la precisazione che è l’interprete a dover cogliere i mutamenti della norma, poiché l’evoluzione è vicenda propria dell’ordinamento e non del procedimento interpretativo. Pertanto l’attività ermeneutica del giudice, proprio in quanto costantemente retta dal canone sistematico-assiologico, può legittimamente approdare ad esiti evolutivi sul piano del significante delle disposizioni”⁸⁴.

Risulta essere considerevolmente complessa la relazione intercorrente tra diritto vivente e interpretazione conforme a Costituzione dato che mentre un particolare diritto vivente potrebbe evitare un giudizio di costituzionalità su una norma che è

⁸¹ Ivi, p. 192.

⁸² A. Anzon (1998), *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in “Giur. Cost.”, p. 1087.

⁸³ A. Ciervo, *Saggio sull’interpretazione adeguatrice*, cit.

⁸⁴ G. Santarelli (2006), *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 518.

semplicemente frutto di precedenti operazioni interpretative prodotte dalla giurisprudenza, ad avviso dell'Amoroso, il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata mirerebbe ad evitare il giudizio di costituzionalità su una disposizione la quale deve essere ritenuta idonea ad esprimere una norma conforme ai parametri costituzionali⁸⁵.

Ad ogni modo la priorità dell'interpretazione conforme a Costituzione rispetto al diritto vivente sembra desumersi “dal suo asserito carattere di valore sostanziale, relativo alla supremazia gerarchica ed assiologica della Costituzione, che lo differenzerebbe dal diritto vivente, cui si riconosce viceversa una mera valenza processuale”⁸⁶.

In definitiva la fragilità degli equilibri intercorrenti fra le due “questioni” in esame è sempre tangibile: l'interpretazione conforme a Costituzione assume un ruolo sussidiario rispetto al diritto vivente che si viene a formare, ma quest'ultimo canone potrebbe essere considerato uno strumento risolutivo da parte del giudice a quo, innanzi a dubbi interpretativi. “Ritengo, inoltre, che di fronte a questo particolare criterio ermeneutico, che possiamo considerare a tutti gli effetti di tipo assiologico e che deve essere concepito come una sorta di fulcro intorno al quale dovrebbe ruotare l'intero sistema di giustizia costituzionale, anche la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, considerata pacificamente come “diritto vivente” da parte della dottrina maggioritaria, diventi a sua volta sussidiaria, se non addirittura recessiva rispetto al suo impiego”⁸⁷.

⁸⁵ G. Amoroso (1998), *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in “Foro Italiano”, V, p. 95.

⁸⁶ G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 246.

⁸⁷ A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 264.

Bibliografia

- AMOROSO G. (1998), *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in "Foro Italiano", V.
- ANZON A. (1998), *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in "Giur. Cost."
- ASCARELLI T. (1957), *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in "Riv. Dir. Proc."
- ASCARELLI T. (1958), *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (con risposta di F. Carnelutti)*, in "Riv. Dir. Proc."
- ASSINI N. (1973), *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "guerra delle due Corti"*, Giuffrè, Milano.
- CARNELUTTI F. (1957), *Postilla a Giurisprudenza costituzionale*, in "Riv. Dir. Proc."
- CERVATI A.A. (2006), voce *Disposizione e norma*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano.
- CERVATI A.A. (2009), *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino.
- CIERVO A. (2011), *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne editrice, Roma.
- CRISAFULLI V. (1964), voce *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano.
- EHRlich E. (1976), *I fondamenti della sociologia del diritto*, tr. it. a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano.
- ELAZAR J.D.(1998), *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano.
- ESPOSITO C. (1934), *La validità delle leggi*, CEDAM, Padova (reprint, Giuffrè, Milano 1964).
- FERRAJOLI L. (1973), *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari.
- FIORAVANTI M. (2009), *Costituzionalismo: percorsi di storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari.
- FLORIDIA G. (1991), *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, vol. I, Giappichelli, Torino.
- GIULIANI A. (1999), *Le preleggi*, UTET Università.
- GIULIANI A., PICARDI N. (1995), *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano.
- GUASTINI R. (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano.

- IANNUCCILLI L., *L'interpretazione secundum consitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni – Brevi note sul tema*, Seminario “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate”, Roma, Palazzo Consulta, 6 novembre 2009.
- LAVAGNA C. (1984), *Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sull'interpretazione adeguatrice* (1959), ora in *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano.
- LAZZARO G. (1970), *Il giudice oggi*, in “Quale Giustizia”, n. 5-6.
- MARINELLI V. (2007), *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli.
- MARINELLI V. (2010), *La metodologia ermeneutica di Emilio Betti e il problema del diritto vivente*, in Aa. Vv., *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, III, Aracne editrice, Roma.
- MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano.
- MODUGNO F. (2006), *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale* (Relazione presentata al 2° Convegno nazionale della Società italiana degli Studiosi del Diritto Civile “I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale”, Capri 18-19-20 aprile 2006), ora in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica Napoli, 2008.
- MODUGNO F. (2008), *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica Napoli.
- MODUGNO F. (2009), *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli Editore, Torino.
- MONTESQUIEU C. L. (1789), *Esprit des lois*, Amsterdam, capitolo VI, libro XI.
- NANIA R., SAITTA P. (2006), voce *Interpretazione costituzionale*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Giuffrè, Milano.
- ORRÙ G. (1983), *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano.
- PALADIN L. (1993), *Costituzione, preleggi e codice civile*, in “Rivista di diritto civile”, 39.
- PERLINGIERI P. (1980), *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in “Rassegna di Diritto civile”.
- PERLINGIERI P. (1985), *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo “in claris non fit interpretatio”, il ruolo dell'art 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in “Rassegna di diritto civile”.
- SANTARELLI G. (2006), *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- PROCCHI F. (2007), *Brevi considerazioni semantiche: il “diritto vivente” ed il “diritto giurisprudenziale”. Dalla iurisprudenzia romana alla moderna giurisprudenza*, in A. Mariano Marini e D. Cerri (a cura di), *Diritto vivente*, Edizioni Plus, Pisa.

- PUGIOTTO A. (1994), *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano.
- RESTA E. (2007), *Diritto vivente*, in A. Mariano Marini e D. Cerri (a cura di), *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Laterza, Bari-Roma.
- RODOTÀ S. (2007), *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- RODOTÀ S. (2013), *Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna.
- SORRENTI G. (2006), *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- SORRENTI G. (2006), voce *Diritto vivente*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano.
- VARRONE C. (1970), *La responsabilità del giudice*, in “Quale Giustizia”, n. 4, 1970.
- VESPAZIANI A. (2013), voce *Federalismo* (dir. cost.), in *Diritto on line*, Treccani, Roma, [http://www.treccani.it/enciclopedia/federalismo-dir-cost_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/federalismo-dir-cost_(Diritto-on-line)/).