

Rivista N°: 2/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 15/05/2016

AUTORE: Vittorio Teotonico *

LA SCIENZA GIURIDICA TRA ESIGENZE DI INNOVAZIONE E CONTINUITÀ COSTITUZIONALE**

Sommario: 1. Le trasformazioni costituzionali, la difesa della Costituzione e le “colpe” della politica. – 2. La “coattività” dell’ordinamento e il ruolo del giurista quale interprete qualificato. – 3. La collaborazione tra il giurista e il “Principe”. – 4. La scienza giuridica di fronte alla complessità del presente. – 5. Salus rei publicae suprema lex esto!

1. Le trasformazioni costituzionali, la difesa della Carta repubblicana e le “colpe” della politica

Secondo un'accorta dottrina «l'equilibrio non è, tra noi italiani, una virtù molto diffusa; così come non ci contraddistingue quel che gli inglesi chiamano *understatement* e che designa un'espressione e, estensivamente, un comportamento espressivo per così dire sottotono»¹. L'italica carenza di moderazione di giudizio si manifesta, in tutta evidenza, non solo in momenti di crisi politica o economica ma anche in occasione di grandi riforme e, più in generale, come oggi spesso si usa dire, in fasi di “transizione”: in simili frangenti «si radicalizzano i contrasti, si operano chiusure ideologiche, si indugia, senza adeguata ponderazione delle soluzioni proposte, in facili esaltazioni o in severe critiche, contribuendo, in tale maniera, solo a rendere più ardua l'esatta percezione degli aspetti essenziali delle questioni da affrontare»².

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro – vittorio.teotonico@uniba.it.

** Il presente saggio è destinato agli Studi in onore di Francesco Gabriele.

¹ L. MAZZAROLLI, *Fonte-statuto e fonte-regolamento nella legge di riforma delle autonomie locali*, in *Dir. soc.*, 1991, 363.

² V. TEOTONICO, *Brevi riflessioni sui rapporti tra costituzionalismo e potere economico*, in *Economia e commercio*, n. unico, 2007, 69.

La stessa crescente fortuna scientifica del termine transizione (o di locuzioni di analogo tenore, quali periodo o processo transitorio e simili) non sembra affatto coincidere con una sua (o loro) chiara e univoca sistematizzazione concettuale. Per quanto usato, e forse anche abusato, il termine non è di facile definizione potendo assumere caratterizzazioni difformi a seconda della dottrina che lo adopera o dello specifico contesto (disciplinare, tematico, ecc.) in cui lo si può rinvenire. In particolare tra i giuristi, per transizione, spesso, si intende “trasformazione costituzionale”. Anche questa espressione, tuttavia, se può indurre a circoscrivere l’esame solo a quelle transizioni volte a produrre mutamenti al più alto livello normativo, continua a mantenere un certo alone di ambiguità e non pochi margini di indeterminatezza. Bisogna considerare, invero, non solo che essa nulla dice in merito a *come* e a *quando* avvengano tali mutamenti, ma anche che questi ultimi possono essere tanto nel segno della *continuità* quanto in quello della *discontinuità* ordinamentale, ossia possono lasciare intatti o, al contrario, sovvertire i principi fondamentali che dovrebbero guidare l’attività dell’apparato di governo (Stato-persona) e ispirare le varie forme di esperienza di vita associata (Stato-comunità)³.

Parlare di transizione in modo enfatico o anche solo generico appare fuorviante, poiché rischia di suscitare o rafforzare la sensazione che oggi si attraversi una sorta di periodo costituzionalmente provvisorio⁴, in cui, cioè, la Costituzione, per quanto ancora formalmente vigente, starebbe ormai esaurendo (o, addirittura, avrebbe già esaurito) la propria “riserva di legittimazione”. Trattare alla medesima stregua processi giuridici e processi politici (in particolare, desumendo un cambiamento di regime dalla fine di un dato sistema di partiti), assimilare categorie eterogenee di fatti o di atti costituzionali (ad esempio, paragonando *in toto* la prolungata inattuazione-disapplicazione di disposizioni della Carta repubblicana alla loro formale abrogazione), sottovalutare o, al contrario, drammatizzare gli effetti producibili dalle transizioni (ritenendo, tra l’altro, che emendamenti puntuali alla medesima Carta siano, per definizione, rispettosi della sua originaria identità e che, per converso, revisioni organiche o modifiche tacite ne causino l’irrimediabile violazione), rappresentano i sintomi dell’esistenza di radicalizzazioni concettuali, di torsioni metodologiche, di pregiudizi ideologici, che facilmente possono portare a sovrapporre piani distinti di conoscenza e di esperienza umane, ad intendere il fisiologico rinnovamento delle regole (o anche solo delle interpretazioni) costituzionali come alterazione della forma di Stato e di governo, l’aggiornamento come stravolgimento, l’evoluzione come eversione, e viceversa.

Tentare di porre le premesse per risolvere talune questioni terminologiche e classificatorie sui fatti, sugli atti e sui processi potenzialmente trasformativi dell’ordinamento costitu-

³ Su talune caratterizzazioni dei “mutamenti” costituzionali, riguardanti soprattutto la disciplina dell’economia, v., *ex multis*, F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell’economia tra “crisi dello Stato” e “crisi del mercato”*, Bari, 2005; ID., *Processi di decisione multilivello e governo dell’economia: alla ricerca della sovranità economica*, in F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell’economia e integrazione europea*, vol. I, *Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, 6 ss. In tema di transizioni, per ulteriori indicazioni, anche di natura bibliografica, sia consentito richiamare V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in www.rivistaaic.it (1° agosto 2014).

⁴ Cfr. U. DE SIERVO, *Della vitalità del sistema costituzionale italiano*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 108, 1995, 11.

zionale potrebbe servire, se non altro, ad evitare di cadere nella tentazione di usare parole ed espressioni secondo significati emotivi, ideologizzati e, comunque, non controllati, in grado di falsare il risultato del dibattito⁵. Parafrasando Mario Dogliani, può sostenersi che interrogarsi sui significati della parola “transizione” potrebbe aiutare a comprendere se, ed eventualmente perché, la Costituzione debba avere «ancora un futuro». Si tratta, chiaramente, di una questione che non è solo «da costituzionalisti» perché «tocca aspetti che avevamo considerato basilari della nostra civiltà e definitivamente acquisiti, e che invece sono [o possono essere] rimessi in discussione»⁶. Così, la difesa della Carta del '48 andrebbe intesa non come la semplice occupazione o passione di una circoscritta e nostalgica *élite* accademica, ovvero come la missione istituzionale esclusiva di alcuni organi costituzionali, bensì come un'ineludibile battaglia culturale collettiva, proprio in quanto tale Carta, al pari di ogni altra Legge fondamentale democratica e pluralistica nata nel secondo dopoguerra, si prefigge di fornire «un quadro morale e razionale al discorso politico, conformando l'ordine sociale e istituzionale complessivo per mezzo di principi e regole che limitino e orientino (e dunque, con ciò stesso, rendano riconoscibile) il potere in tutte le sue forme pubbliche e private»⁷.

L'idea di fondo, quindi, è che gli originari meriti dei *padri* (fondatori) non vadano disconosciuti o ridimensionati a causa dei demeriti dei *figli* (specie degli organi di indirizzo politico). Non è certo colpa dei primi se la Costituzione, subito dopo la sua approvazione, fu “congelata” dai secondi e si dovette attendere circa un decennio per l'istituzione di importanti organi di garanzia (Corte costituzionale e Csm) e, addirittura, più di un ventennio per la creazione delle Regioni (ordinarie), nonché per l'attivazione degli strumenti referendari. Non è colpa loro neppure se l'assetto che avevano ipotizzato «ha poi subito l'azione corrosiva di prassi deformi e deformanti, sostituendo alla centralità del Parlamento quella dei partiti, al decentramento regionale l'accentramento della burocrazia statale, alla certezza del diritto la certezza delle sanatorie e dei condoni»⁸. Inoltre, non è colpa loro se il *Welfare* che essi avevano concepito ha subito quella torsione burocratico-centralistica e assistenzialistico-clientelare, le cui ripercussioni, soprattutto dal punto di vista finanziario, si avvertiranno per molto tempo ancora⁹. E da ultimo – anche se l'elencazione potrebbe continuare¹⁰ – non è colpa loro se il “fantasma della grande riforma” della Costituzione, che aleggia da tempo

⁵ In tal senso, *ex aliis*, F. LANCHESTER, *La transizione politico-istituzionale italiana: alcune riflessioni*, in S. LABRIOLA (a cura di), *La transizione repubblicana*, Padova, 2000, 231.

⁶ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 8.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. AINIS, *Il lascito dei Costituenti*, in *Rass. parl.*, 2006, 675 s.

⁹ Sulla necessità di mantenere comunque intatto, a prescindere dalle attuali ristrettezze economico-finanziarie, il sistema di protezione sociale delineato dai nostri Padri costituenti, v., in part., F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella intoccabile!) della Costituzione*, in www.rivistaaic.it (13 settembre 2013).

¹⁰ Lo ricorda anche N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e riforma dello Stato*, in www.federalismi.it (8 aprile 2009), 9 s., sottolineando come il cattivo funzionamento delle nostre istituzioni nazionali, la corruzione, l'illegalità e altri diffusi fenomeni degenerativi siano da addebitare non certo alla Costituzione del '48, ma ad una classe dirigente che, per molteplici ragioni, non ha realizzato il disegno del nuovo Stato in essa delineato.

senza materializzarsi (almeno per ora) in alcuna riforma condivisa, finisce per produrre una sorta di effetto delegittimante su di essa¹¹.

2. La “coattività” dell’ordinamento e il ruolo del giurista quale interprete qualificato

La forza o, come più spesso si dice, la “coattività” di un ordinamento giuridico è dovuta non solo alla capacità dell’apparato governante di imporre o impedire la tenuta o l’omissione di determinate condotte, ma anche, e in democrazia soprattutto, alla convinzione o alla convenienza della comunità governata di seguire «i comandi, i dettami, i consigli, i suggerimenti» provenienti da quell’apparato. Si tratta di una forza, al contempo, «ideale, psicologica e materiale» che «dipende dalle e si incarna nelle molteplici forze, istanze e determinazioni» che si manifestano e si esprimono nella società civile¹². All’interno di quest’ultima si crea così una “consuetudine di riconoscimento”, una sorta «di *norma normans* dell’ordinamento, costitutiva e rivelativa dello stesso», la cui effettività non viene meno per via di violazioni, specie se occasionali e circoscritte, a singole disposizioni, sebbene fondamentali: la coattività, allora, può essere un requisito (in concreto o in astratto, in via temporanea o definitiva) assente in alcune norme, senza che ne risenta necessariamente la coattività dell’ordinamento complessivamente inteso¹³. A prescindere da inattuazioni, disapplicazioni e

¹¹ Così, ancora, M. AINIS, *Il lascito dei Costituenti*, cit., 676. In quest’ottica, altresì, F. PASTORE, *Costituzione e tempo*, in www.edizioniiesi.it (gennaio 2015), par. 3, secondo cui «il mito della grande riforma [...] si deve più all’esigenza di legittimazione storica di una classe politica autoreferenziale e ormai quasi del tutto estranea al c.d. arco costituzionale [...] che ad un’effettiva esigenza politica e sociale del Paese».

¹² F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. I, *Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Milano, 1977, 197 ss. e 216 s. Secondo S. BASILE, «*Valori superiori*», *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, 2223, è inconcepibile una «costrizione organizzata» senza una «sfera di persuasione» comune, la quale potrà oscillare dalla partecipazione attiva alla passiva accettazione, ma, comunque, non potrà mancare affinché «si possa materialmente costringere». Tale sfera di persuasione – precisa l’A. – corrisponde alla sfera del valore, cioè a quel che percepisce ciascun individuo in quanto «non solo coinvolto nella cultura del proprio contesto sociale, ma preso nelle maglie di quella stretta rete di rapporti intersoggettivi che tende e, in modo più o meno imperfetto, riesce ad essere ogni organizzazione». V., da ultimo, V. TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale tra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, 2015, 482 s. e 505 s., il quale rimarca come l’impianto costituzionale di uno Stato democratico abbia bisogno, per operare in concreto, di un *surplus* etico-sociale, di un fondamento ben più profondo ed esteso di quello esclusivamente coattivo, riconducibile, in modo particolare, a quel vincolo unificante della solidarietà che non può essere imposto (solo) autoritativamente.

¹³ In questi termini A. RUGGERI, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *Dir. soc.*, 2004, 249 ss. Per approfondimenti sul tema, tra i più classici della teoria generale del diritto, della forza o coattività dell’ordinamento giuridico, si rinvia, *ex multis*, a V.E. ORLANDO, *Stato e diritto (Ordinamento giuridico - Regola di Diritto - Istituzione)* (1926), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 223 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. COTTA, G. TREVES, Milano, 1963; S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1946; P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; R. SACCO, voce *Coazione e Coercibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 219 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, spec. 3 ss. e 61 ss.; ID., voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 530 ss. e spec. 538 ss.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it. di M. CATTANEO, Torino, 1965; K. OLIVECRONA, *La struttura dell’ordinamento giuridico* (1971), trad. it. di E. PATTARO, Milano, 1972; J. RATZ, *Il concetto di sistema giuridico* (1970), trad. it. di P. COMANDUCCI, Bologna, 1977; E. SPAGNA MUSSO, *Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale quale struttura sociale* (1971), in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, 2767 ss.; G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979; L. VEN-

trasgressioni, quindi, finché la suddetta consuetudine non si converta in desuetudine, finché, cioè, quelli che sono *valori* in senso giuridico-formale (in quanto consacrati nei principi costituzionali) non si tramutino in *disvalori* in senso sociale-sostanziale (in quanto la collettività organizzata, di fatto, ne segua altri di segno contrario o, comunque, diverso), la Costituzione può considerarsi “vitale” e ancora capace di “irreggimentare” l’esperienza concreta. Norme e comportamenti «aberranti» non minacciano l’organizzazione giuridica statale purché vengano mantenuti «quei valori minimi di convivenza e collaborazione sociale, per amor dei quali la si subisce e accetta (ed eventualmente la si serve)»¹⁴. Ne discende che anche le transizioni che toccano le radici più profonde e robuste dell’ordinamento (cc.dd. crisi di regime) non dovrebbero escludere *a priori* la possibilità di giungere al pieno «recupero, ancorché graduale e doloroso, dei valori e degli istituti propri di quello stesso ordinamento»¹⁵. Anzi, quanto più grave possa essere la crisi e quanto più evidenti ed estesi possano essere gli attentati all’integrità dell’ordine costituito tanto più verrebbero sollecitati quei poteri pubblici (in particolar modo di garanzia), quelle formazioni politiche o sociali e, più estesamente, quei gruppi di cittadini maggiormente preoccupati per le sorti del medesimo ordine, i quali potrebbero validamente opporsi all’eversione in atto e ripristinare le condizioni di normalità politico-costituzionale. In altri termini, il fatto stesso di avvertire, da parte della maggioranza dei consociati, la «necessità di eliminare il torto crea nuovi mezzi, i più adatti, per la difesa dell’ordine violato»¹⁶. La capacità di tenuta di un qualsiasi regime di fronte alla “brutale effettività” della transizione, dunque, deriva – ancor prima che da un efficace sistema di controlli e di sanzioni istituzionalizzati, ad ogni modo indispensabili – dal radicamento socio-culturale dei principi costituzionali su cui esso si fonda. Il diffuso convincimento che i medesimi principi corrispondano alle reali esigenze e aspirazioni della collettività, consentendone la pacifica sopravvivenza, assicura, o perlomeno favorisce, un’adeguata reazione contro chiunque tenti di conculcarli.

In quest’ottica, si può spiegare l’esito negativo di una delle più note e drammatiche transizioni costituzionali vissute dall’Italia repubblicana, vale a dire il fallimento dei progetti sovversivi vagheggiati dai gruppi terroristici negli “anni di piombo”¹⁷. Grazie ad una ritrovata coesione tra tutte le istituzioni pubbliche, ad una fattiva collaborazione tra i diversi partiti dell’epoca e ad una vasta mobilitazione nazionale, il Paese riuscì ad opporsi con successo a quei gruppi, la cui efferata azione destabilizzante condusse, per paradossale eterogenesi dei

TURA, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, 1981; S. CASTIGNONE, *La norma giuridica*, in S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni (edizione breve)*, Genova, 1982, 37 ss.; C. DELL’ACQUA, *Il principio di effettività e analisi preventiva delle norme*, in *Il Filangeri*, 2004, 283 ss.

¹⁴ S. BASILE, «Valori superiori», *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, cit., 2223 s. In tal modo, come riteneva già V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, cit., 21, «se l’istituto politico non passa nella coscienza giuridica nazionale, esso resta parola vana e senza subietto».

¹⁵ A. RUGGERI, *Note sparse per uno studio sulle transizioni di rilievo costituzionale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *La transizione repubblicana*, cit., 111, nota 12.

¹⁶ P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, cit., 29 s. In senso adesivo L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, cit., 12 s.

¹⁷ In tal senso, in part., A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 291.

fini, al risultato di rafforzare, in particolare nella cittadinanza, il bisogno di democrazia e di legalità costituzionale. Infatti, sono stati i *governati*, più che i *governanti*, ad aver dato prova, anche dopo quegli anni terribili, di sapere reagire in difesa della Carta fondamentale: emblematica appare la severa bocciatura referendaria, avvenuta nel giugno del 2006, della vasta riforma costituzionale di maggioranza approvata nello scorcio conclusivo della XIV legislatura. Con ciò – è bene precisarlo – non si vuol certo azzardare un’assai inopportuna analogia tra i propositi rivoluzionari e cruenti del terrorismo (di qualsiasi “colore”) e un disegno di ristrutturazione ordinamentale (sia pure ampio, incisivo e fortemente osteggiato dall’opposizione) comunque perseguito nelle forme prescritte e nella consapevolezza della sua subordinazione al giudizio popolare. Con ciò, piuttosto, si intende provare a spiegare che quanto più aumenti nella collettività la percezione che una transizione costituzionale si allontani dalle effettive necessità del Paese tanto più si riducono le probabilità che il mutamento ad essa collegato si realizzi o, perlomeno, si consolidi: riesce difficile credere che oggi principi e regole fondamentali possano essere imposti *ex abrupto* solo da quei pochi che sono (o ambiscono ad arrivare) al potere, i quali, al massimo li scelgono, ma pur sempre nell’ambito di un «patrimonio di valori che – come parte di quanto, nel senso antropologico del termine, va sotto il nome di cultura – si sviluppa e via via si modifica in un continuo dibattito dagli innumerevoli interventi che nasce un po’ in tutta la vita sociale»¹⁸.

V’è da tener presente, tuttavia, che modifiche costituzionali e nuove Costituzioni, anziché con l’esercizio del potere di revisione, con l’istituzione di Assemblee costituenti e con il ricorso alla violenza insurrezionale, possono anche affermarsi in maniera mascherata, subdola e perlopiù graduale (cc.dd. transizioni tacite o informali o silenziose). Soprattutto in assenza di apprezzabili divergenze tra coscienza sociale e connotazione assiologica dell’ordinamento vigente, risultano assai più adatte a superare vincoli costituzionali testuali, le prassi *praeter* o *contra Constitutionem*, le più varie fonti formalmente non costituzionali, gli orientamenti giurisprudenziali eccessivamente “intraprendenti”, le prolungate omissioni (degli organi legislativi ed esecutivi) e finanche i silenzi (degli organi di garanzia). Con specifico riguardo all’attuale situazione italiana, poi, bisogna considerare che gli stessi ripetuti insuccessi riportati sul versante della “grande riforma” paiono non aver affatto acquietato i suoi numerosi e, talvolta, improvvisati sostenitori, né, tantomeno, aver persuaso i poteri di indirizzo a tenere condotte maggiormente ossequiose della Costituzione. Questa, se è oggetto, di tanto in tanto, di qualche attacco diretto, dettato essenzialmente da motivi di “palcoscenico politico”, subisce, più di frequente, aggiramenti sostanziali, che, tradendone più lo spirito che

¹⁸ S. BASILE, *op. cit.*, 2251. In quest’ordine di idee anche, *ex multis*, G. MARCHELLO, *La teoria politica della giustizia e il problema della sua demitizzazione* (1969), in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, cit., vol. III, 1973, 1429 ss., spec. 1451 ss.; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 253 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 258. Non mancano, peraltro, posizioni dottrinali in base alle quali sia invece il sistema politico a determinare le preferenze culturali, creando o modificando autoritativamente i medesimi valori: così, in part., D. FISICHELLA, *Sviluppo democratico e sistemi elettorali*, Firenze, 1970, 45 ss., a cui *adde*, perlomeno, D. EASTON, *Il sistema politico* (1953), trad. it. di P. MARANINI, Milano, 1963, 114 ss.; N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 14; S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2009, spec. 28 ss.

la lettera, sono, per così dire, meno appariscenti ma, appunto per questo, più faticosamente arginabili¹⁹.

Proprio la scarsa sensibilità costituzionale della classe dirigente italiana (dall'opinione pubblica vista come sempre più distante dal c.d. "Paese reale" e rinserrata nei propri privilegi di "casta") e le sue conseguenti difficoltà di concepire riforme politicamente condivise e socialmente adeguate, sembrano chiamare altri, segnatamente i giuristi, a farsi carico sia di svolgere attività di "pedagogia istituzionale" a più ampio spettro (vale a dire anche al di là dei tradizionali luoghi e schemi accademici), sia di sperimentare nuovi percorsi ermeneutici (consentiti dalla struttura aperta degli enunciati della Carta del '48), sia, infine, di offrire un apporto scientifico capace di favorire scelte politico-normative più illuminate e conformi alla matrice assiologica dell'ordinamento²⁰. D'altronde, secondo un'autorevole definizione, la scienza giuridica è quell'attività razionale diretta a *costruire* (e non solo ad *individuare*) il diritto sulla base tanto delle fonti normative quanto dei contesti sociali, i quali forniscono alle prime gli elementi storicamente mutevoli, ma sempre indispensabili, per poter concretamente operare²¹. Risultando arduo, se non impossibile, intendere il vero senso di una proposizione normativa senza conoscere adeguatamente il problema che la sottende e la complessa realtà sociale da cui lo stesso problema ha origine, bisognerebbe sempre verificare se quest'ultimo «trova la sua soluzione nei dati del diritto positivo, eventualmente ricostruendola per la via indiretta dell'analogia o dei principi generali e valutandola criticamente, anche in funzione della dinamica evolutiva degli interessi e dei valori in campo»²². In quanto scienziato sociale, o comunque pratico, dunque, il giurista²³, per un verso, non si limita a descrivere

¹⁹ Si considerino i casi emblematici della decretazione d'urgenza e della questione di fiducia, il cui abuso da parte del Governo si ripercuote pesantemente sul ruolo politico-rappresentativo del Parlamento e, inevitabilmente, sulla connotazione democratica dell'ordinamento complessivo. Di qui si sottolinea, molto incisivamente, come il Governo abbia assunto le sembianze del «*Signore delle fonti*» (M. CARTABIA, *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, IX) e, per converso, il Parlamento si sia tramutato in «*Signore della rassegnazione*» (V. TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale tra teologia politica e teologia della politica*, cit., 503).

²⁰ In tal senso U. SCARPELLI, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1669 ss., spec. 1680 ss.

²¹ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 23 e 33. Sul concetto di scienza giuridica v., *amplius*, F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *www.osservatorioaic.it* (dicembre 2014), il quale sostiene che dottrina, giurisprudenza e interpretazione rappresentano i tre aspetti distinti ma intimamente collegati della "scienza giuridica", ossia della «Giurisprudenza (in senso lato, con la "g" maiuscola)» (p. 3).

²² A. FALZEA, *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)* (1996), in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 667 ss.

²³ Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 101 ss. Egli, per vero, distingue tra scienza giuridica (orientata alla conoscenza) e tecnica giuridica (capace di tradurre in precetti pratici le formulazioni scientifiche), ma precisava che le due attività, per quanto distinte, non fossero separabili, essendovi tra di esse non solo «connessione, ma addirittura reciproca coordinazione funzionale e strutturale» (pp. 107 ss.). In base all'impostazione seguita da questa dottrina, poiché tutte le risultanze delle ricerche scientifiche sono traducibili in precetti «pratici», tale aggettivo, con riferimento ad esse, suonerebbe «pleonastico» e, con particolare riguardo al sapere giuridico, diventerebbe addirittura «equivoco» (p. 108). Non sembra corretto, pertanto, costruire figure giuridiche unicamente sulla base della struttura senza una «dimensione funzionale o teleologica»: una distinzione scientifica non legata ad esigenze, immediate o mediate, di ordine concreto «non è soltanto inutile, nel senso più lato, ma porta ad un'errata conoscenza» (pp. 118 ss.). Il giurista, invece di costruire schemi vuoti, dovrebbe far sì che nel proprio sistema concettuale «circoli e si rifletta il com-

le norme giuridiche, bensì concorre a crearle (compie, come si usa dire, sia “atti di conoscenza” che “atti di volontà”), lavorando alla luce, oltre che «del *proprio* diritto positivo, della *propria* storia e della *propria* cronaca»; per altro verso, non si rivolge solo alla ristretta cerchia di colleghi, ma ad un uditorio ben più vasto (composto da studiosi di altre discipline, da uomini di governo, da operatori culturali e politici e, più latamente, dai membri della stessa società civile), cosicché le sue proposizioni scientifiche dovrebbero risultare “controllabili”, ossia utili e comprensibili ai più²⁴.

Da sempre, o perlomeno da tempi assai risalenti, lo studioso del diritto non solo *riproduce* un «mondo dato», ma *immagina* un «mondo possibile»; non solo *fotografa* la realtà, ma *propone* schemi di intervento su di essa; non solo *legge* i testi normativi, ma li *riscrive* «in funzione delle domande, degli interessi, delle esigenze caratteristici del suo presente»²⁵. Il giurista non dovrebbe mai smettere di cercare di mantenere o ristabilire un’armonia di fondo tra fatto e diritto, nonché un livello sufficiente di comunicazione e di influenza reciproca tra l’emittente e il destinatario del messaggio normativo. Specie in momenti di crisi o, comunque, durante periodi di profonde trasformazioni, dovrebbe saper leggere anche “i segni dei tempi” e andare oltre una logica meramente esegetica, declinando i principi basilari (più che le regole puntuali) del sistema, ovvero proponendo nuove soluzioni attuative degli stessi, in modo adeguato all’evolversi della vita associata e all’affacciarsi degli imprevisti della storia²⁶. Peraltro, che l’attività dell’interprete sia, in ultima analisi, assimilabile a quella di qualcuno che si frapponga tra due soggetti/oggetti allo scopo di stabilirne una relazione altrimenti difficile, se non impossibile, si evincerebbe dalla stessa (per quanto da alcuni in parte contestata) etimologia della parola interpretazione, il cui prefisso “*inter*” riporterebbe giust’appunto all’idea della mediazione, della negoziazione, cioè della creazione di una sorta di ponte o di canale di comunicazione tra realtà distinte o, persino, separate²⁷.

plesso degli elementi teleologici che rappresentano le forze vive, le direttici di movimento del processo storico in atto» (p. 125). Detto diversamente: i concetti giuridici vanno modellati sui dati reali, raccogliendo «i caratteri e i motivi tecnici, sociali, politici, economici e culturali» di una determinata epoca (p. 144).

²⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, 124 s. In tale prospettiva G. AZZARITI, *Otto assiomi per la dignità del giurista*, in *Dir. rom. attuale*, n. 3, 2000, 157, si mostra piuttosto critico nei confronti di quei giuristi che, nel rivolgersi «all’esterno» (cioè ad uditori qualificati, ma diversi dagli «specialisti del proprio settore disciplinare») o, peggio, «al pubblico», conservano «un linguaggio iniziatico, ricercando un *surplus* di legittimazione discorsiva basato sulla separatezza del sapere, anziché sulla forza e sulla persuasività delle argomentazioni proposte».

²⁵ P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per un’antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1 ss.

²⁶ Per tutti, in tal senso, P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente* (1955), in *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, 599, secondo cui il giurista, quale «vivo e vigile interprete dei tempi, [...] tanto meglio sa adempiere alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane della storia e a tradurle in formule appropriate di ordinata convivenza».

²⁷ Ricordano siffatta etimologia, ad es., M. DOGLIANI, voce *Interpretazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3185; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 171; F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, cit., 9, a cui, sulla scorta dello stesso Zagrebelsky, appare evidente come, «quale che sia il significato di “*praes*” (garanzia) o “*preastatio*” (prestazione), che compongono la parola “inter-pretazione”, la preposizione “*inter*” indichi «un’attività mediana o mediatrice». In quest’ordine di idee v. anche A. DE NITTO, «*Principio di diritto*» e «*interpretazione di legge*», in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, *Introduzione alla giurisprudenza, Diritto privato, Diritto pubblico*, Milano, 1993, 93, secondo cui la figura dell’interprete risulta accostabile a

Insomma, il giurista, quale interprete qualificato, andrebbe visto – anziché come mero *dichiaratore* di volontà normative altrui o, al contrario, come libero *creatore* di diritto oggettivo – come *mediatore*, «sia perché l'interpretazione presuppone un delicatissimo, e talvolta precario, rapporto dialogico fra gli organi dell'ordinamento, e fra questi e i cittadini, sia perché l'interpretazione, pur essendo sempre creativa, non si riduce ad un mero gioco della discrezionalità dell'arbitrio»²⁸. Una simile visione del ruolo del giurista – evitando di attribuire al linguaggio (normativo) un rigore che non ha, ma, al contempo, riconoscendogli un'effettiva, per quanto limitata, capacità comunicativa – sembra l'unica capace, per un verso, di rendere ragione del forte dinamismo della società odierna e, per l'altro, di assicurare un minimo di certezza ai rapporti giuridici che in essa si svolgono. In proposito, si parla di «*funzione legislativa diffusa*», proprio perché «*tanto gli emittenti quanto i destinatari del messaggio hanno la responsabilità di collaborare alla buona riuscita della comunicazione*» giuridica²⁹.

3. La collaborazione tra il giurista e il “Principe”

I rilievi sommariamente esposti inducono, quindi, a ritenere non pienamente condivisibile quella pur accreditata dottrina che osserva come il giurista, ogni qual volta proponga nuove regole, dismetta le proprie vesti per indossarne altre³⁰, dimodoché tutto quanto atten-

quella del mediatore o del mezzano o del sensale, in virtù, oltre che del suddetto prefisso “*inter*”, anche della radice “*pretium*”, che richiamerebbe il compenso dovuto per le prestazioni offerte da tali soggetti. Considerazioni non dissimili possono svolgersi con riferimento al sinonimo (di interpretazione) “ermeneutica” che, derivato da Ermes, il messaggero degli dei, richiamerebbe la necessità di uno «spirito discorsivo e mediatore», capace di rendere non più estraneo, bensì appropriabile, comprensibile, familiare un testo letterario o qualunque altro prodotto proveniente da un'esperienza di vita passata (con riferimento non solo al diritto, ma anche all'arte, alla religione, alla filosofia, ecc.): così, in part., H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. VATTIMO, Milano, 1983, 203.

²⁸ C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 87 ss. e 523 ss. Per F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 19, «*l'attitudine creativa*» della scienza giuridica, che, comunque, «*è fuori discussione, non è creazione pura, ex nihilo*, bensì condizionata dagli enunciati linguistici emessi dal legislatore».

²⁹ Così, ancora, C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, cit., 527 ss., dopo aver precisato che legislazione e interpretazione costituiscono attività «*giuridiche a carattere diffuso*» in un triplice senso: «1) nel senso che non vengono esercitate una volta per tutte mediante atti isolati, ma vengono esercitate mediante attività che continuano nel tempo; 2) nel senso che vengono svolte non da un unico soggetto, ma da una pluralità di soggetti e di organi in concorso tra loro; 3) nel senso [...] che la legislazione e l'interpretazione non sono mai nettamente separabili, ma costituiscono sempre un intreccio assai saldo; per quest'ultima ragione ci troviamo normalmente di fronte tanto a casi di interpreti-legislatori quanto a casi di legislatori-interpreti». Ad ogni modo – come perspicuamente rileva M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaaic.it* (10 ottobre 2014), 39 s. – al fine di evitare che sia proprio l'interprete, e in modo particolare il giudice, a contribuire «alla rottura della certezza» del diritto, si dovrebbe: a) «rifuggire dalla svalutazione del criterio dell'interpretazione letterale, che, pure, è diffusa e ha avuto modo di manifestarsi nella stessa giurisprudenza costituzionale»; b) «applicare con parsimonia il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, decidendosi a rimettere alla Corte costituzionale tutti i dubbi di legittimità costituzionale non risolvibili senza forzature del testo legislativo»; c) «rivalutare, nei limiti in cui è logico e possibile farlo, il canone dell'intenzione del legislatore, perché la legge (ma, prima ancora e soprattutto, la Costituzione) è fatta per durare e la durata è un elemento costitutivo della certezza».

³⁰ Per G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 860, il momento scientifico si consumerebbe con l'acquisizione delle specifiche conoscenze del giurista, mentre le sue proposte, per quanto siano basate su tali conoscenze e per quanto appaiano le migliori possibili, fanno «parte della politica, e non più della ricerca scientifica». Allo stesso modo G. CASSANDRO, *Il «fare» del giurista*, in *Dir. soc.*, 1973, 131, reputava che i

ga al “cambiamento” rientrerebbe non già nella scienza giuridica, bensì «nell’arte della politica, nelle disquisizioni *de iure condendo*, nell’impegno civile o nella consulenza ai legislatori»³¹. In realtà, la collaborazione tra il giurista e il “Principe” è una costante della storia del diritto. A parte la rilevanza avuta dai giureconsulti nel diritto romano, da considerarsi alla stregua di veri e propri *iuris conditores*, sia al tempo della Repubblica che sotto l’Impero³², v’è da dire che «dalla redazione degli Statuti nella società comunale, al processo di creazione e consolidamento delle istituzioni delle monarchie assolute, al codice Napoleone, alle Costituzioni e alle codificazioni del [... precedente] secolo, sino alle più recenti riforme legislative, il giurista interviene come un ‘consigliere del Principe’ difficilmente sostituibile»³³. Non sembra si tratti solo di casi eccezionali, giustificati dall’esigenza che la volontà del secondo riceva dal primo la forma e il lessico appropriati per tramutarsi in norma, ma, piuttosto, di fasi specifiche del lavoro dello *iuris peritus*, in cui il suo contributo a fronteggiare e incanalare il mutamento sociale diviene, per così dire, diretto e dichiarato: «è, almeno da questo punto di vista, la continuazione dello stesso gioco su un altro tavolo, con gli adattamenti dovuti alla diversità dei giocatori e della posta in gioco»³⁴. In definitiva, il «successo pratico» riportato e

giuristi, laddove avessero criticato le leggi e ne avessero auspicato l’abrogazione o la riforma, avrebbero corso il rischio di tradire la loro missione, «usurpando la funzione del legislatore e della classe politica». Anche secondo l’impostazione di V. FROSINI, *La Costituzione italiana dalla prima alla seconda Repubblica (e dopo)*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 109-110, 1995, 5, lo studioso del diritto non dovrebbe varcare i limiti della propria competenza per indirizzarsi verso percorsi non ancora tracciati, bensì lasciare tale compito ai «politici di mestiere».

³¹ Così, sia pur in tono non assertivo ma problematico, P.G. GRASSO, *Il concetto di riforma e i giuristi*, in AA.VV., *Scritti (su le fonti normative e altri temi di vario diritto) in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, 313 s.

³² Lo sosteneva, tra gli altri, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, 362, per rimarcare il ruolo centrale che la dottrina ha sempre rivestito nel «promuovere il movimento nell’evoluzione della vita giuridica, alimentando di sé le correnti giurisprudenziali, aprendo la via agli interventi del legislatore». Si pensi, più nello specifico, ad Ulpiano e Paolo, a cui – lo ricordava già R. VON JHERING, *Il nostro compito* (1857), in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. RACINARO, Milano, 1989, 35 – si deve l’originaria formulazione di numerosi «principi giuridici, che non sarebbero rintracciabili in alcuna legge e non sarebbero giustificabili con alcun brano del *corpus iuris*».

³³ P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione*, cit., 29. L’A. rimarca l’importanza che in tal senso hanno avuto studiosi della levatura di Portalis, Windscheid e, con specifico riguardo all’Italia, di Rocco, Redenti e Calamandrei. A. FALZEA, *Giuristi e legislatori (Considerazioni metodologiche)*, cit., 669 ss., dopo aver premesso che il progresso degli ordinamenti giuridici è sempre stato «condizionato dall’evoluzione del pensiero sistematico dei giuristi», riporta i casi del codice civile francese (frutto di un’elaborazione teorica plurisecolare), di quello tedesco (ritenuto non solo «il più dogmatico, ma soprattutto il più sistematico codice civile di tutti i tempi»), di quello italiano (realizzato mediante l’apporto sistematico della scienza giuridica italiana, come sviluppatasi sin dagli anni Ottanta del secolo diciannovesimo), nonché del codice di procedura civile italiano del 1942 (considerato una sorta di prodotto di sintesi del pensiero dei maggiori processualisti del tempo). F. MODUGNO, *Il diritto tra vecchie e nuove concezioni*, cit., 294 s., limitandosi al contesto nazionale, ricorda, a titolo esemplificativo, l’influenza esercitata dalle diverse concezioni del regionalismo sugli ordinamenti delle Regioni ordinarie e, soprattutto, l’opera anticipatrice della dottrina giuslavoristica sulla legislazione sociale (come nel caso dello Statuto dei lavoratori). A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, Parte V, 1983, 86, parla di una storia del diritto, almeno in Europa, ricca di «episodi di giuristi insigniti del *ius respondendi ex auctoritate principis*, di opere di giuristi inserite in blocco nella legislazione vigente attraverso le cc.dd. leggi delle citazioni, di giuristi che hanno speso tutta la loro vita e la loro opera in qualità di consiglieri del Principe, con tutta la legittimazione derivante dal loro grado».

³⁴ P. COSTA, *op. cit.*, 30. Invero, il discorso giuridico è sempre intriso di progettualità: se lo è in modo «programmatico e scoperto» nel giurista-consigliere, «lo è in modo per lo più dissimulato e trasposto quando il giurista produce un discorso di sapere, lo è in modo diretto, ma implicito, quando il giurista interviene come giudice di un conflitto» (*ibidem*, pp. 32 s.). *Contra* G. CASSANDRO, *loc. ult. cit.*, secondo cui una cosa è il diritto, un’altra la politica legislativa: anche se le due attività possono essere svolte dalla stessa persona, vanno nondimeno te-

il «prestigio culturale» acquisito (e mantenuto) nel corso del tempo dai giuristi hanno creato, se non altro in Occidente, un diffuso consenso sociale intorno all'importanza, anzi all'insostituibilità, della loro opera: perlomeno in questa parte del globo è talmente radicato il modo di ragionare tecnico-giuridico che, senza il contributo teorico e pratico degli specialisti di questo settore di conoscenza e di esperienza umane, «non solo è impossibile giudicare, assistere, consigliare, ma non si può nemmeno legiferare, almeno se si intende procedere in modo organico e duraturo»³⁵.

Ora, così come non può negarsi la frequente (e proficua) cooperazione tra scienza e politica, allo stesso modo non può negarsi l'altrettanto frequente formazione giudiziale o dottrinale di molti istituti nodali del vivere civile al di «fuori delle secche di un legislatore troppo lento e anche troppo distratto»³⁶ e, in qualche caso, finanche avulso dallo stesso contesto sociale in cui opera (significative, in tal senso, sono le problematiche relative ai «nuovi diritti» o all'accresciuta autonomia degli enti territoriali sulle quali la produzione normativa parlamentare e governativa continua ad accusare un certo ritardo rispetto sia agli esiti raggiunti dalla riflessione scientifico-accademica sia, e soprattutto, agli orientamenti seguiti dalla Corte costituzionale, nonché dalla magistratura ordinaria e speciale).

Se, perciò, come qualcuno rileva, gli enunciati dei giuristi (accademici) fungono spesso da «direttive *de sententia ferenda*» (rivolte ai giudici per suggerire loro come interpretare una disposizione e/o decidere una controversia o una classe di controversie)³⁷, è da ritenersi, più in generale, che le pronunce giurisprudenziali e, direttamente o indirettamente, le produzioni dottrinali rappresentino, altresì, delle direttive *de lege ferenda* (rivolte al potere politico per spronarlo ad innovare formalmente l'ordinamento giuridico nelle sue varie partizioni e ai suoi vari livelli, compreso quello costituzionale). Si può allora reputare che la dottrina svolga «un ruolo attivo e propositivo, sia rispetto ai giudici – con i quali opera in stretta vicinanza e talvolta in naturale simbiosi – ma anche, e specialmente, rispetto ai legislatori dei quali con la coltivazione del sistema scientifico, prepara e rende possibile la produzione normativa *a parte ante* e ne corregge e razionalizza i contenuti, oltre a semplificarne e chiarirne il dettato, *a parte post*»³⁸.

nute distinte, posto che la loro «mescolanza» o «contaminazione» comporta per i giuristi il rischio «di scambiare per legge le loro personali propensioni, o le ideologie, che accarezzano, o, addirittura, le «direttive» dei partiti nei quali militano».

³⁵ A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, cit., 89 ss.

³⁶ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 270.

³⁷ R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, 56.

³⁸ A. FALZEA, *op. cit.*, 669. Similmente G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, 87 ss. Con specifico riguardo al ruolo giocato dalla cultura giuridica nella conformazione degli istituti costituzionali, v. A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino, 1999, spec. 104, il quale sostiene che nei vari progetti di riforma della Carta repubblicana avanzati nell'ultimo scorcio del secolo passato, sono state recepite, sebbene con non pochi rimaneggiamenti, alcune «regole materialmente costituzionali», che dottrina e giurisprudenza avevano già elaborato, desumendole, da un lato, da principi e regole già esistenti e, dall'altro, dall'esperienza concreta, sempre capace di permeare e trasformare gli enunciati normativi e di attribuirvi, di volta in volta, nuovi significati.

Del resto, già Vittorio Emanuele Orlando – sebbene non di rado il suo metodo venga tacciato di eccessivo formalismo e reputato nei fatti largamente superato – mostrò la sua decisa contrarietà all’idea, semplicistica e fuorviante, di ridurre tutto il fenomeno giuridico ai soli comandi del legislatore, sostenendo, per converso, che la vera essenza di tale fenomeno fosse da rinvenirsi in quei principi radicati nell’immaginario collettivo, ma coordinati in sistema e custoditi (anche contro l’arbitrarietà del medesimo legislatore) prevalentemente dalla *scientia iuris*. Questa, sulla scorta dell’impostazione orlandiana, sarebbe in grado, prima e meglio di altre componenti sociali o istituzionali, di salvaguardare l’integrità del diritto, di assicurarne l’organicità e di favorirne la corrispondenza all’evoluzione dei tempi: a prescindere dal modo, più o meno adeguato, con cui il Parlamento o altre autorità politiche possano svolgere il proprio ufficio, spetta pur sempre al giurista scorgere nella dichiarazione legislativa, o di qualsiasi altra natura normativa, «la riproduzione di un principio giuridico di cui egli deve avere già notizia e coscienza»³⁹. Di talché qualunque potere politico-normativo non farebbe altro che rivestire, di volta in volta, di «*autorità esterna e permanente*» una determinata «regola di diritto già formatasi nella coscienza popolare, avvertita dalla pubblica opinione, espressa in forma positiva dalla scienza»⁴⁰. L’interprete dovrebbe sempre avere sufficienti margini di autonomia per comprendere, oltre la formulazione letterale, l’effettiva *ratio* delle previsioni positive, ricostruendone un senso compiuto alla luce dei nessi sistematici che intercorrono tra di esse, dei principi generali che le accomunano e le integrano, dei dati consuetudinari e analogici che le specificano e le completano e, in definitiva, del concreto operare di tutte quelle forze, non solo visibili e precostituite, ma anche «latenti e spontanee» che, in un’accezione più ampia, producono diritto⁴¹. In definitiva, il pensiero del Padre della giuspubblicistica italiana non appare affatto ispirato da quei pregiudizi di stampo “legalistico” e da quei canoni metodologici esasperatamente rigidi che, talvolta assai sbrigativamente, gli sono stati ascritti; anzi, pur essendo stato elaborato molti anni addietro, risulta nondimeno ancora capace di (contribuire a) rendere spiegazione della complessità e dell’instabilità del presente, nonché di indicare agli operatori giuridici una possibile direzione di marcia al riparo da sterili concettualismi formali o filosofici, ma anche, all’opposto, da interpretazioni appiattite sull’acquisizione di elementi pratici ed extratestuali⁴².

³⁹ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., 16 ss.

⁴⁰ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, cit., 378.

⁴¹ V.E. ORLANDO, *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di Santi Romano* (1939), ivi, 39 ss., spec. 40 e 53 ss.

⁴² In ordine a siffatte questioni di metodo si rinvia, in part., oltre che alle opere orlandiane ricordate alle note precedenti, al saggio *Nota dell’autore del 1925 all’autore del 1885* (1925), ivi, 23, nonché alla *Prefazione* (1897), a V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900, spec. XV ss.

4. La scienza giuridica di fronte alla complessità del presente

Attualmente i giuristi hanno di fronte a sé un quadro oltremodo intricato e mutevole: innanzitutto, un sistema di organizzazione sociale in cui le decisioni degli *esperti di tecnologia* e degli *uomini d'affari* risultano di frequente non meno efficaci e condizionanti di quelle dei *leader politici* o degli *uomini di legge*; in secondo luogo, una realtà ordinamentale multilivello, policentrica e frammentata, che riserva ampi margini alla normazione dei governi periferici, all'autoregolamentazione dei privati e, comunque, alla discrezionalità di poteri pubblici diversi da quelli tradizionali (si pensi, in particolare, al proliferare di *Authority* di settore); in terzo luogo, uno scenario, sia internazionale che nazionale, dove i legislativi segnano il passo a favore degli esecutivi e, in particolare, dei loro vertici monocratici (rafforzati dalla diffusione di modelli di democrazia "di investitura", piuttosto che "di indirizzo"); infine, un mondo sempre più piccolo e globalizzato, che permette, tra l'altro, di optare per il diritto statale in grado di massimizzare gli interessi economici⁴³ o di altra natura⁴⁴ e che determina frequenti richiami a decisioni di Corti internazionali o straniere da parte di ciascuno Stato (portando alla formazione e al consolidamento di una sorta di *common law*, altrettanto globale, risultante dalla «circolazione reticolare» dei precedenti giudiziari⁴⁵).

In una fase storica e in una temperie culturale del genere, in cui aumentano le possibilità di discipline «eterodosse» e diviene ingiustificabile l'esclusione preventiva di regole «altre»⁴⁶, un atteggiamento meno deferente e più critico rispetto al diritto positivo anche da parte degli stessi studiosi (*secondo*, e non *contro*, gli insegnamenti di Orlando!), più che una questione di metodo scientifico o di identità disciplinare, pare essere diventato un percorso obbligato⁴⁷. Non sono tanto i giuristi a teorizzare sui fatti o contro i fatti, imponendovi i loro schemi concettuali, quanto «i fatti che ribollono nell'attuale clima storico a pretendere il superamento dei vecchi semplicismi»⁴⁸. Le teorizzazioni, le nozioni, le categorie, i tecnicismi e

⁴³ Al riguardo, molto incisivamente, N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., 80, parla di «mercato degli ordini giuridici», i quali si offrirebbero, in competizione tra loro, alla scelta delle imprese.

⁴⁴ Si pensi ai fenomeni, sempre più diffusi e per molti versi preoccupanti, del "dumping sociale" o "ambientale" e del "turismo sanitario" o "assistenziale".

⁴⁵ A. REPOSO, *Il diritto costituzionale come scienza debole*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004, 1873. Di qui emerge l'esigenza sempre più pressante, per la scienza giuridica, di oltrepassare i confini nazionali: la comparazione con normative e prassi attuative di altri ordinamenti, infatti, può essere d'ausilio non solo alla comprensione degli istituti già esistenti o all'introduzione di nuovi nell'ordinamento di riferimento, ma – in una comunità internazionale e soprattutto in aree continentali sempre più interconnesse – anche alla progressiva unificazione, o quantomeno armonizzazione, di sistemi giuridici sia pure molto diversi tra loro. Sulle funzioni, oggi quanto mai rilevanti, svolte dalla comparazione, *ex aliis*, v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007, 5 ss., e, con particolare riferimento ai diversi sistemi di giustizia, ID., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

⁴⁶ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 35.

⁴⁷ In quest'ottica S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 585 ss., il quale, in conclusione del suo scritto, rimarca come non serva ricostruire steccati tra cultori delle diverse partizioni del sapere, in quanto non è, o comunque non è più, la singola disciplina a dettare il metodo da seguire, ma è la natura dei problemi e delle domande a guidare le varie categorie di scienziati (del diritto, della politica, dell'economia, ecc.) e i loro metodi.

⁴⁸ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, cit., 266 ss.

ogni altro elemento riveniente dagli indirizzi giurisprudenziali e dalle speculazioni dottrinali (c.d. “dogmatica giuridica”), se, da un lato, risultano indispensabili per consentire la «precomprensione» dell’interprete ed evitare che essa diventi mera articolazione di pregiudizi soggettivi e di fantasie personali⁴⁹, dall’altro lato, sono sempre soggetti a confutazione e, quindi, a correzione o a sostituzione con altri elementi più convincenti e adeguati ai tempi. I “dogmi” del giurista non sono verità assolute e immutabili, ma, soprattutto in un sistema come quello attuale, caratterizzato da elevati livelli di dinamismo e di conflittualità sociale, rappresentano «principi euristici, formule saggiatorie»⁵⁰ da seguire fin tanto che si mostrino utili e convincenti, altrimenti regrediscono a mere astrazioni, punti di vista privi di contatto con la realtà circostante⁵¹.

Se già nel vecchio ordinamento liberale risultava assai artificiosa e forzata la separazione netta tra dimensione istituzionale e dimensione sociale, nonché insoddisfacente e illusoria una dogmatica meramente “classificatoria-sussuntiva” (vale a dire sostanzialmente indifferente a valutazioni extrapostive), *a fortiori* lo Stato del benessere contemporaneo, che rimanda ad una molteplicità di valori “metalegislativi” e tutela una eterogeneità di interessi potenzialmente in contrasto, sembra richiedere un metodo molto più flessibile e molto meno chiuso nella propria razionalità-purezza interna⁵². La superiore legalità costituzionale del

⁴⁹ Per approfondimenti sulla nozione di precomprensione si rinvia, oltre che, ovviamente, a M. HEIDEGGER, *Essere e tempo* (1927), trad. it. di P. CHIODI, Torino, 1969, spec. 250 ss., a H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., spec. 312 ss.; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), trad. it. di S. PATTI, G. ZACCARIA, Napoli, 1983; L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 22 ss.; G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, 1977, 370 ss.; G. ZACCARIA, *Precomprensione e controlli di razionalità nella prassi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 313 ss.; L. DE RUGGIERO, *Sul concetto di precomprensione*, in *Pol. dir.*, 1984, 577 ss.; G. PITRUZZELLA, *Considerazioni sull’“idea” di Costituzione e il mutamento costituzionale*, in *Arch. dir. cost.*, n. 2, 1993, 75 ss.; P.G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. X, Torino, 1993, 45 ss. Più di recente, *ex aliis*, R.G. RODIO, *L’interpretazione costituzionalmente adeguata nel sistema spagnolo*, Bari, 2004, 122 ss. (secondo cui l’insieme delle condizioni economiche, storiche, sociali e culturali dell’operatore giuridico si concretizzano in un presupposto di precomprensione dell’oggetto della sua indagine, contribuendo così a fornire una lettura non astratta ma contestualizzata delle disposizioni normative) e N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 190 ss., spec. 205 (per il quale la precomprensione non può ridursi ad un atto di segno meramente individuale o emotivo-pisocologico, né ad un’interpretazione frutto di comprensione arbitrariamente anticipata, ma deve essere «il risultato della presenza dell’interprete all’interno di una collettività valutante», di cui egli filtra il senso comune, «che è a sua volta il risultato di una tradizione culturale, di una tavola di valori condivisa, di una giurisprudenza più o meno consolidata, in una parola di un’esperienza soggettivamente complessa e storicamente verificata»).

⁵⁰ L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 52.

⁵¹ Per questo G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 15 ss., ha parlato di «dogmatica fluida», l’unica capace, nella nostra epoca, di abbracciare le varie componenti del diritto costituzionale e di soddisfare le irrinunciabili esigenze di «molteplicità» della convivenza umana. Del resto, lo stesso V.E. ORLANDO, *Nota dell’autore del 1925 all’autore del 1885*, cit., 27, in proposito affermava: «gli indirizzi metodici e i mezzi tecnici che essi raccomandano, non sono che impalcature le quali servono senza dubbio, e sono anzi necessarie per la costruzione degli edifici scientifici, ma e l’utilità e la necessità dipendono sempre dallo stato della costruzione stessa, di guisa che, quando una determinata fase costruttiva è sorpassata, quell’impalcatura non serve più e viene quindi abbattuta per essere sostituita da un’altra cui è serbata, fra qualche tempo, la stessa sorte».

⁵² In tal senso L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., 56 ss., a cui *adde*, tra gli altri, A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *www.costituzionalismo.it* (11 luglio 2006), 14, secondo cui, ogni qual volta la Costituzione richiama esplicitamente un valore, «la stessa avalutatività del metodo giuridico deve, per definizione, essere abbandonata, perché è proprio il rispetto dei

Welfare State, la complessità dei bisogni e la mutevolezza dei rapporti nella sottostante *Welfare Society* sollecitano gli operatori giuridici ad assumere un ruolo ben più attivo di quanto non fosse in precedenza, a non limitarsi ad essere solo *bouche de la loi* o, al massimo, a fare i consulenti legislativi, ma a svolgere anche una funzione critica e di controllo nei confronti dei detentori del potere. La «legolatria», di ottocentesca memoria, riconducibile all'incondizionata e passiva adesione dei comandi legislativamente espressi e, più in generale, alla cieca e illimitata fiducia nei formalismi giuridici, risulterebbe attualmente improduttiva o, meglio, controproducente, appunto perché porterebbe non a ridurre, bensì ad accrescere il divario tra comunità politica e comunità civile⁵³; non a risolvere, bensì ad aggravare il problema della separazione tra forme del diritto e fatti della vita; in ultima analisi – per quel che qui più interessa – non a rafforzare, bensì ad indebolire la capacità di tenuta dell'ordinamento complessivamente inteso⁵⁴. Nell'attuale *Stato costituzionale*, a differenza del vecchio *Stato di diritto*, la tradizione formalistica del costituzionalismo delle origini diventa mera accademia, incapace di spiegare la realtà, mentre la ragionevolezza – cioè la razionalità propria dell'universo dei valori, di cui è intrisa la coscienza sociale – rappresenta l'effettiva metodologia di risoluzione delle possibili antinomie all'interno di un sistema poggiante su di una «doppia legalità» (in cui la «legalità legale» deve comunque cedere al cospetto della superiore «legalità costituzionale»)⁵⁵. Si è opportunamente osservato come la «Carta rigida» sia

valori costituzionali ad imporlo». Per R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 1382, invece, «sarebbe opportuno che gli scienziati del diritto adottassero – come vuole il positivismo metodologico – concetti politicamente asettici, anziché assiologicamente connotati».

⁵³ V., in part., P. GROSSI, *op. cit.*, 253 ss., e S. CASSESE, *Il sorriso del gatto*, cit., 602. Entrambi parlano di «pigrizia intellettuale» con riferimento allo studioso che trovi comodo rifugio nel vecchio formalismo giuridico, così da negarsi al presente e consegnare tutto il diritto nelle mani della politica e delle autorità di governo.

⁵⁴ Di opinione avversa appare essere, nuovamente, R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, cit., 1381 ss., secondo cui il rifiuto dell'armamentario tramandato dal positivismo giuridico ottocentesco (definito «atteggiamento molto *à la page*» tra i giuristi contemporanei) ingenererebbe il sospetto che ci si voglia liberare da ogni vincolo testuale e da ogni riferimento alla volontà «originaria» dei Costituenti, per impostare, così, «discorsi assai poco scientifici». Cfr., inoltre, N. IRTI, *op. cit.*, 19, il quale ritiene che il diritto contemporaneo, ormai strappato ad un presunto ordine cosmico e non più illuminato da sapienza o volontà divina, sia solo quello posto dalla decisione umana. Insomma, per Irti, «la norma di natura», per esplicitare i suoi effetti pratici tra i consociati, «deve scendere a norma positiva. La *positività* acquista così una funzione centrale: anche ciò che sta di sopra o di contro all'uomo, e ciò che l'uomo desidera nel domani, è chiamato e vincolato alla positività».

⁵⁵ Così A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 656, e, similmente, L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, vol. III, 1996, 1142 s., per il quale «la doppia legittimazione, formale e materiale, dell'ordinamento giuridico – fondata sia sul principio di statuizione sia sul principio di giustificazione – distingue lo Stato costituzionale dallo Stato di diritto classico». *Funditus*, sulla doppia legalità e sulle connesse problematiche, v. M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, 501 ss. Quanto alla necessità di un atteggiamento non eccessivamente formalistico nell'ambito dei giudizi di costituzionalità, si rinvia, per tutti, a G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. I, Milano, 1970, 221 ss., spec. 224, laddove si afferma che «non soltanto alla forma, alla struttura dell'istituto, rivelata semanticamente dalla sua qualificazione dogmatica, deve guardare il giudice di costituzionalità; ma deve spingere lo sguardo più in là per gettarlo sulla funzione dell'istituto, sulle sue particolarità, sugli scopi e sugli effetti secondari della norma, sul suo valore socio-economico, ecc.». In merito, poi, all'esigenza che anche i giudici comuni operino con una maggiore sensibilità costituzionale e producano un poderoso e continuo sforzo di mediazione tra le disposizioni normative e la realtà fattuale che le stesse ambiscono ad ordinare (senza, peraltro, bisogno di passare necessariamente attraverso l'*interpositio legislatoris*), si segnalano, tra i primi, P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., spec. 612, 614 e 616, nonché, da ultimo, A. GUSMAI, *Giurisprudenza, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015, spec. 47 ss. Differentemente appare,

riuscita a sconvolgere «la quiete di un quadro estremamente semplificato nei materiali positivi riscontrabili in seno agli ordinamenti ottocenteschi e, di conseguenza, nei criteri previsti per la loro composizione a sistema», imponendo, bensì, un ri-orientamento dei vecchi canoni ermeneutici riguardanti le leggi (e i restanti atti normativi), ma anche sollecitando nuove e specifiche forme di interpretazione della Costituzione stessa (la quale, peraltro, richiede di attingere a quelle fonti sottostanti, ovvero ad altre esterne, «al fine della sua incessante rigenerazione semantica»)⁵⁶.

5. *Salus rei publicae suprema lex esto!*

Se, dunque, appare indubbio che i giuristi debbano *mantenersi* «entro la Costituzione»⁵⁷ e *servirla quale unica padrona*⁵⁸, non sembra, tuttavia, che essi, per così dire, *sconfinino* o *servano qualcun altro* né, com'è più ovvio, quando emettano, nella particolare veste istituzionale di giudici, «sentenze-fonti» (quali, ad esempio, quelle di accoglimento della Corte costituzionale e quelle di annullamento di regolamenti della Magistratura amministrativa)⁵⁹; né quando adottino, più in generale, interpretazioni sistematiche, evolutive, estensive, analogiche, conformi e simili, per recuperare, in modo più o meno creativo, la coerenza, la completezza e l'attualità dell'ordinamento formalmente vigente⁶⁰; e neppure quando – ostando a

ancora una volta, la posizione di N. IRTI, *op. cit.*, 23 ss., che, in considerazione degli aspri conflitti politici ed economici e degli incolmabili divari ideologici e culturali che contrassegnano la realtà odierna, riconduce alla sola «oggettiva funzionalità delle procedure» la possibilità di purificare e risolvere le rudi passioni umane. Ad avviso di quest'A., la salvezza del diritto risiederebbe nella «geometria di forme» e non residuerebbe spazio alcuno per l'utilizzo di criteri di giudizio meta-procedurali o per l'invocazione del rispetto di contenuti normativi intangibili. Nessuna previsione (costituzionale o legislativa, generale o speciale che sia) sarebbe garantita contro la possibilità di modificazione o abrogazione: seguendo le dovute procedure, tutto sarebbe riformabile, nessun contenuto sostanziale resterebbe immutabile. Ad un'accresciuta indifferenza contenutistica corrisponderebbe un più stringente formalismo procedurale, il quale riuscirebbe così a convertire, legittimamente, «tutto ciò che tocca».

⁵⁶ A. RUGGERI, *A margine di M. Nisticò, L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2015, in www.diritticomparati.it (28 ottobre 2015), par. 2.

⁵⁷ G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, cit., 853.

⁵⁸ A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie contemporanee*, in www.forumcostituzionale.it (9 maggio 2013), 2 s., prendendo spunto da quei brani evangelici che ricordano come l'uomo non possa essere servo contemporaneamente di due padroni, evidenzia che il giurista o serve la Costituzione, aderendo *in toto* al sistema di valori in essa delineato, o, al contrario, aderisce ad un diverso sistema di valori, propugnato dal «regime di turno», al cui servizio, più o meno ipocritamente, pone la propria competenza scientifico-professionale.

⁵⁹ Si rinvia sul punto, per più compiute considerazioni, da ultimo, a M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 195 ss. e spec. 216 ss., il quale propone una classificazione per gradi della creatività «giudiziale del diritto». Si tratta di una quadripartizione che parte da una forma di attività nomopoietica in senso «debolissimo» (allorché il giudice si limiti semplicemente a sussumere la fattispecie concreta in quella astratta); ne considera una in senso «debole» (allorché lo stesso sia chiamato a «scegliere» il significato di una disposizione per definire una controversia); ne comprende anche una in senso «forte» (allorché egli debba colmare una lacuna normativa per rendere giustizia); e termina, dunque, con una in senso «fortissimo» (come nelle ipotesi, ricordate nel testo, dichiarati l'invalidità di fonti normative con pronunce ad «efficacia *pro futuro* ed *erga omnes*»).

⁶⁰ In proposito E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 801 ss., spec. 806, sosteneva che la sottoposizione del dato positivo a continue operazioni ermeneutiche «di adattamento e di adeguamento, d'integrazione e di sviluppo complementari [...] fanno sì che la norma non resti lettera morta, ma si mantenga

siffatta adozione un dato letterale stringente e ineludibile – propongano in veste di commentatori critici del diritto positivo, di modificare, correggere o eliminare ciò che dell'ordinamento medesimo è secondario, storicamente superabile o non più vitale per assicurare meglio la stabilità di ciò che di esso è, invece, essenziale, immodificabile e tendenzialmente eterno⁶¹. *Salus rei publicae suprema lex esto!* La salvezza della “forma repubblicana” (intesa, in senso largo, come essenza irriducibile dell'ordinamento) può considerarsi una legge sovraordinata alla stessa Costituzione (intesa, invece, in senso stretto, come documento normativo formalmente superiore agli altri), che pare abilitare, anzi obbligare, gli stessi giuristi a prefigurare tutti gli eventuali argini al fine validi. Esisterebbe, così, una sorta di regola fondamentale non scritta che non solo consentirebbe ma, addirittura, imporrebbe al giurista, in caso di inadeguatezza di quelle già previste, di “sperimentarne” in prima persona, o di «suggerirne» ad altri, nuove forme di salvaguardia dell'ordine costituito⁶². Si tratta – si è detto – «di un problema troppo serio per lasciarlo solamente nelle mani dei politici di professione»⁶³. Così – vale a dire collocando *in apicibus*, più che la Carta del '48 in quanto tale, i principi fondativi dell'ordine repubblicano in essa delineato e considerandoli i soli a possedere un nucleo intangibile (e, quindi, meritevoli di difesa ad oltranza da parte di chiunque e con ogni mezzo a

viva e vigente nell'orbita dell'ordine giuridico a cui appartiene: operazioni, la cui mancanza importa, viceversa, l'insterilirsi della norma e ne fa venire meno, alla fine, la capacità di attuarsi e farsi valere». Secondo un'efficace metafora di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), in *Id.*, *Opere*, vol. II, Milano, 1959, 579, la scienza giuridica consiste in un'«opera di sutura», ossia in un'attività di interpretazione, di spiegazione e di sistematizzazione del diritto tesa a «riportare il nuovo nell'antico e il particolare nel sistema», nonché – si potrebbe aggiungere – il non previsto nel previsto. Per P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 610, «l'interpretazione evolutiva, l'analogia, i principi generali [sono] finestre aperte sul mondo, dalle quali, se il giudice sa affacciarsi a tempo, può entrare l'aria ossigenata della società che si rinnova». Più di recente, v. R. ALEXY, voce *Interpretazione giuridica*, in *Enc. sc. soc.*, vol. V, Roma, 1996, 64 ss., spec. 70, laddove si precisa che, al di là di casi più evidenti di creazione del diritto in via ermeneutica (come quando vengono risolte le antinomie mediante declaratoria di invalidità o di non applicabilità di una delle disposizioni confliggenti, oppure quando viene estesa o ridotta la portata normativa di una previsione, aggiungendo o sottraendo alcune fattispecie rispetto a quelle espressamente contemplate nella medesima previsione), in realtà, «ogni interpretazione modifica il diritto ed è quindi un'integrazione del diritto in senso ampio». A ben considerare, pertanto, il giurista, quale che sia la sua specifica attività (tenga una lezione in aula o una relazione ad una conferenza, svolga una ricerca, rediga un atto, dirima una controversia, formuli un parere legale, critichi o collabori con il potere politico, ecc.), immagina, ipotizza, auspica un ordine che effettivamente non esiste, sostituendo ad una realtà storica spesso confusa, magmatica e conflittuale, una situazione ideale, «composta e 'bloccata' in un gioco di incastri dove i soggetti, le azioni, le norme, le trasgressioni sono previste, sistemate, collocate ciascuna al suo posto» (P. COSTA, *op. cit.*, 33). Infine, per una convincente confutazione della tesi che contrappone la «dichiaratività» dell'interpretazione (di qualsiasi tipo) alla «creatività» dell'integrazione del diritto, effettuata specie mediante l'analogia (*legis o iuris*), v. L. CAIANI, voce *Analogia*. b) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 349 ss., spec. 354 ss.

⁶¹ D'altronde, lo stesso V. FROSINI, *La Costituzione italiana*, cit., 12, nonostante la sua dichiarata contrarietà verso un'attività scientifica volta a proporre o preconizzare soluzioni riformistiche, criticava quei giuristi che si mostravano restii a distinguere quanto appartenente alla Costituzione come lettera morta e quanto appartenente al suo spirito ancora vivo. A suo parere si trattava di considerare l'esistenza non di una, ma «di due Costituzioni, legate l'una all'altra, come un cadavere ad un corpo vivente nella stessa bara». L'A., dunque, riteneva perfettamente legittimo sostituire la «parte strumentale» del testo repubblicano – «come si fa con gli apparecchi logorati o posti fuori uso» – per assicurare meglio il rispetto della sua «parte essenziale» (con ciò sollecitando indirettamente il potere di revisione ad attivarsi in tal senso).

⁶² V. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 449 ss., e, in modo non dissimile, L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, in *Giur. cost.*, 2009, 2149.

⁶³ G. PITRUZZELLA, *Considerazioni sull'“idea” di Costituzione*, cit., 68.

sua disposizione)⁶⁴ – appare possibile superare quell'aporia rappresentata da una scienza giuridica che dovrebbe scrupolosamente rispettare tale ordine e, però, non potrebbe disporre di strumenti adeguati per (contribuire a) farlo rispettare! Allora, per tenere testa al “nuovo che avanza”, senza disperdere il lascito dei Costituenti, i beni-valori che lo compongono, andrebbero reputati contestualmente disponibili e indisponibili: disponibili, in quanto, in virtù della spiccata duttilità degli enunciati normativi che li contengono, dovrebbero facilmente prestarsi ad ulteriori forme di interpretazione e di invero, registrando continuamente nuovi bisogni e nuove istanze e contenendo, così, esperienze storico-politiche anche assai differenti tra loro⁶⁵; indisponibili, in quanto, al di là di oscillazioni ermeneutiche o attuative, di revisioni testuali o di modifiche tacite della Costituzione, dovrebbero pur sempre segnare il limite invalicabile per le manifestazioni del divenire sociale e istituzionale⁶⁶, spingendo, all'occorrenza, i giuristi, *in primis* quelli che pongono la stessa Costituzione ad oggetto privilegiato dei propri

⁶⁴ In definitiva, la Costituzione «è, bensì, una «tavola di valori», ma lo è nel senso che è l'espressione di un universo culturale che si sovrappone alla Costituzione e, in qualche modo, esprime qualcosa di metacostituzionale, di più solido e radicato nella comunità di quanto non lo siano le norme della Costituzione scritta in sé considerate» (A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 657). Pertanto, l'aspirazione *ad aeternitatem* – o comunque a permanere il più a lungo possibile – «non sorregge certo le distinte *disposizioni* o *norme* costituzionali, bensì il loro *contenuto di valore*» (come sostiene M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 24). Sul punto, invece, scettici appaiono sia F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3713 ss., che F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss. Rimoli ritiene che collocare i principi-valori su un «piano di superiorità qualitativa e di inaccessibilità nomodinamica» solo apparentemente rappresenta un efficace strumento di difesa dell'ordinamento vigente, in quanto così si rischia non solo di attenuare la rigidità delle altre norme costituzionali, nonché della Costituzione complessivamente intesa, ma anche di «scardinare ogni precedente configurazione delle forme di concreto esercizio della sovranità», sovraccaricando di responsabilità gli interpreti della Costituzione e trasformando la Consulta da giudice in arbitro della legittimità (pp. 3773 ss.). Bilancia sostiene che l'opzione pregiudiziale di far prevalere i valori sulla forza precettiva delle formule normative «porterebbe a risultati inaccettabili in quanto senz'altro arbitrari»; e aggiunge che, in realtà, «la Costituzione non contiene espressioni magiche che possano imporsi autonomamente nelle decisioni, ma un sistema di regole e principi che, come tale, va interpretato perché *in esso e non altrove* sono contenute le scelte di sintesi dell'ordinamento democratico» (pp. 3027 s., corsivo aggiunto).

⁶⁵ Ad esemplificazione dell'evoltersi del significato dei valori in corrispondenza del modificarsi della situazione reale nella quale gli stessi valori devono essere attuati, A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3288 ss., rileva come l'inviolabilità della libertà individuale aveva un senso quando veniva messa in pericolo solo dall'arbitrario esercizio di poteri pubblici (di polizia, amministrativo, ecc.), mentre ha assunto ben altro senso, nell'era moderna, in cui la minaccia può provenire, altresì, dall'azione di privati (specie a causa dello sviluppo della comunicazione di massa o della diffusione di nuovi strumenti di intercettazione e invasione della sfera di riservatezza di ciascuno). Un altro caso potrebbe essere quello del valore dell'autonomia territoriale, la quale, se in passato subiva pesanti “costrizioni” a causa delle scelte non solo legislative ma finanche esecutive degli organi statali (si pensi alla c.d. funzione di indirizzo e coordinamento, su cui, per tutti, F. GABRIELE, *Il principio unitario nella autonomia regionale. Studio critico sui modi e sull'incidenza della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, Milano, 1980, e ID., *La funzione statale di indirizzo e coordinamento alla luce della giurisprudenza costituzionale e la sua incidenza sull'autonomia delle Regioni e delle Province autonome*, Bari, 1992), oggi risulta in sofferenza anche per i vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale e dall'Unione europea (di qui nasce l'esigenza di rafforzare il c.d. potere estero regionale, tema sul quale si rinvia, *ex aliis*, a M. BUQUICCHIO (a cura di), *Studi sui rapporti internazionali e comunitari delle Regioni*, Bari, 2004).

⁶⁶ L. D'ANDREA, *Intervento*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Torino, 2000, 181 ss. Per approfondimenti, v., in part., A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002, 75 ss., il quale sostiene che «il cosmo assiologico della Costituzione da un lato è il portato dell'evoluzione sociale ma dall'altro è anche il prodotto di un preciso, e istantaneo, atto di allocazione assiologica che tenderà a indirizzare questa evoluzione in un senso determinato» (p. 92).

studi, anche ad ipotizzare soluzioni inedite per preservarli e perpetuarli. Lo spazio in cui il giurista-costituzionalista si muove, invero, sarebbe un terreno «di frontiera», che gli farebbe percepire prima e meglio la pressione esercitata dai fenomeni reali sul significato delle disposizioni normative, facilitandogli la ricerca dei rimedi consoni a contenere tali fenomeni in conformità ai caratteri fondamentali dell'ordinamento⁶⁷. In tal modo, per lui, quello di essere studioso «militante per la Costituzione» e ricercatore animato dal suo spirito (vale a dire lo spirito del costituzionalismo) diverrebbe un obbligo, rispetto agli altri *doctores legum*, non solo più immediato, ma anche più ampio, che comporterebbe, da un lato, «controllo, verifica, critica permanente al potere» e, dall'altro, «possibilità, impegno a trasformare assetti, procedure, effetti»⁶⁸. Egli, di conseguenza, pare mostrare la sua natura, in un certo senso doppia o, se si preferisce, virtuosa, ponendosi a mezza via tra gli eccessi del *rivoluzionario*, intento a introdurre, nel nome dei soli propri ideali, un nuovo assetto ordinamentale al di fuori di ogni legame con il passato, e gli eccessi opposti del *reazionario*, pervicacemente convinto della necessità di totale invariabilità dello *status quo*, quale che esso sia. In virtù di tale sua posizione intermedia, anziché propugnarne la “palingenesi” o, viceversa, la “pietrificazione”, dovrebbe riporre (e infondere) fiducia nella capacità dell'ordinamento costituito di rinnovare e di rinnovarsi, anche senza scosse violente⁶⁹, svolgendo, in definitiva, una sorta di “funzione cuscinetto” tra le esigenze di cambiamento della società e quelle di stabilità del diritto⁷⁰.

In effetti, contestualizzando quest'ultima osservazione, si può rilevare come, anche grazie all'opera, allo stesso tempo, “innovatrice” e “stabilizzatrice” di giuristi e giudici (costituzionali in particolar modo)⁷¹, oggi, in Italia, le trasformazioni del sistema politico-istituzionale siano andate troppo avanti perché si possa realisticamente pensare ad una sorta di “Restaurazione” delle condizioni precedenti⁷²; d'altro canto, non si assiste ad una vera, diffusa «contestazione delle basi assiologiche della comunità statale» che possa far credere che sia av-

⁶⁷ Su tale suggestiva immagine del diritto costituzionale e dello studioso versato in tale disciplina giuridica, si possono rammentare, *ex aliis*, E. SPAGNA MUSSO, *Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale quale struttura sociale*, cit., 2767; P.G. GRASSO, *Il concetto di riforma e i giuristi*, cit., 315; P. CIARLO, *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza costituzionale*, cit., 118; G. SILVESTRI, *Intervento*, *ivi*, 129; P. GROSSI, *op. cit.*, 272.

⁶⁸ G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in www.costituzionalismo.it (20 ottobre 2010).

⁶⁹ Così P.G. GRASSO, *op. cit.*, 316 e 323 ss.

⁷⁰ Né si può pensare di stabilire in via preventiva e generale criteri e limiti puntuali ed immutabili alla creatività del giurista e, più specificamente, del giudice. Secondo un'acuta riflessione di A. RUGGERI, *A margine di M. Nisticò*, cit., infatti, esclusi gli estremi di un giudice come «meccanico esecutore della legge» e come «unico vero decisore del diritto vigente» (par. 5), il parametro, che residua e che non dovrebbe mai essere disatteso, è quello della «massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali», in quanto capace di garantire il valore della certezza del diritto, «nella sua più elevata espressione, quale certezza del diritto costituzionale» (par. 3).

⁷¹ Si pensi, ad es., alla letteratura e alla giurisprudenza in “materia” elettorale e, in modo particolare, alla nota, ampiamente discussa, talvolta anche aspramente criticata, pronuncia della Consulta n. 1 del 2014. Su di essa, v., per tutti, F. GABRIELE, *Molto rumore per nulla? La “zona franca” elettorale colpisce ma non affondata (anzi ...). Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in www.giurcost.org, 2014, il quale, in proposito, parla di decisione «storica» e «fortemente voluta» (riferendosi soprattutto alla censura dalla stessa Consulta mossa alla legge n. 270 del 2005 (c.d. *porcellum*) e riguardante la previsione di un premio di maggioranza in assenza di contestuale indicazione di una «soglia minima ragionevole» per ottenerlo).

⁷² Così F. PIZZETTI, *Sistema dei partiti e sistemi elettorali nella “lunga transizione”*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 108, 1995, 71.

venuto o sia imminente un rovesciamento costituzionale⁷³. La stessa capacità di tenuta mostrata dalla Carta fondamentale (perlomeno nella sua prima parte), in occasione dei ripetuti tentativi di sua revisione organica, nonostante da qualcuno venga riduttivamente vista come una sorta di condanna all'immobilismo (o, al massimo, ad un indirizzo riformistico estremamente cauto, circoscritto e graduale), e da qualcun altro, all'opposto, venga "contrabbandata" come dimostrazione della necessità di convocazione di un'Assemblea costituente, potrebbe meno drasticamente considerarsi come (ulteriore) argomento a sostegno della perdurante attualità-intangibilità dei valori extragiuridici a cui il suo testo – che resta pur sempre e in larga misura emendabile – rinvia.

La Costituzione, in buona sostanza, come tutte le cose frutto dell'opera dell'uomo, risulta ampiamente rivedibile e perfezionabile, «ma – a conti fatti, di fronte alla crisi del capitalismo mondiale – si rivela tuttora davvero molto più avanzata della stessa società italiana del XXI secolo»⁷⁴.

⁷³ In tal senso A. RUGGERI, *Introduzione*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali*, cit., 6, il quale, peraltro, nega l'esistenza di un «rapporto di *consequenzialità necessaria* tra ordine politico e ordine costituzionale», nonché, quindi, di automatismi tra mutamenti del primo e mutamenti del secondo. V., altresì, A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 283, secondo cui la (parte più qualificante della) Carta repubblicana ha superato numerose prove non solo perché nessuna delle riforme costituzionali tentate o messe in atto ha toccato o preteso di incidere sui principi supremi in essa consacrati, ma anche perché questi ultimi sono passati sostanzialmente indenni, tra l'altro, dalle tensioni della guerra fredda, dalla stagione del terrorismo, dal crollo dell'"arco costituzionale"; anzi – precisa Barbera – nonostante l'esplosione di "antipolitica" e di demagogia antiparlamentare negli anni dal Duemila in poi, sembra proprio che i valori costituzionali siano ben radicati, forse ancor più di quanto non lo fossero in passato, nella coscienza degli italiani. Difformemente, tra gli altri, G.U. RESCIGNO, *Una transizione verso una Costituzione non scritta?* in S. LABRIOLA (a cura di), *op. cit.*, 15 ss., il quale reputa che, da tempo e per molteplici motivi, la Costituzione repubblicana sia «morta».

⁷⁴ A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo*, cit., 6. In modo sostanzialmente conforme, *ex multis*, N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e riforma dello Stato*, cit., 8, e M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *www.rivistaaic.it* (1° marzo 2013), in part. 16 ss. Anche F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in *www.rivistaaic.it* (22 marzo 2011), 14, afferma che la Carta repubblicana, come, del resto, «tutto il diritto, è un prodotto umano, soggetto, in quanto tale, alle limitazioni inerenti la condizione umana». Tuttavia, il suo giudizio sull'impianto della medesima Carta appare, in alcuni punti, eccessivamente critico, sia laddove rileva alcune carenze e inadeguatezze, riconducibili prevalentemente alla mancanza in essa di ogni riferimento a forme di «produzione extrautoritativa» o consuetudinaria del diritto (p. 14), sia laddove imputa al compromesso costituzionale di non essere sempre in linea con «i criteri del *bonum et aequum*» e quindi di tendere più «a rendere accettabile alle forze in contrasto la soluzione adottata», che ad assicurarne la ragionevolezza, la democraticità e l'aderenza alla realtà (spec. pp. 9 e 17 ss.).