

Rivista N°: 1/2019  
DATA PUBBLICAZIONE: 16/01/2019

AUTORE: Raffaele Guido Rodio\*

## ALCUNE RIFLESSIONI SU ANOMIE, LACUNE E LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

*Sommario: 1. La percezione e la concezione delle anomalie e delle lacune nei sistemi giuridici contemporanei. – 2. Sui possibili profili di differenziazione tra anomalie e lacune: legislazione vs. interpretazione. – 2.1. (Segue): creazione di norme ed estrazione di norme e possibili limiti all'interpretazione giurisprudenziale. – 2.2. (Segue): ipotesi particolari: l'eventualità di una legge "negativa" e le possibilità di "cristallizzazione" dell'interpretazione giurisprudenziale. – 2.3. (Segue): l'esperienza italiana degli ultimi anni: le tendenze codicistiche e le leggi interpretative. – 2.4. (Segue): gli ulteriori limiti all'interpretazione riconducibili al tentativo di costituzionalizzazione della "clausola di sola abrogazione espressa" di cui alla riformulazione dell'art. 70 Cost. contenuta nella riforma costituzionale "Renzi-Boschi". – 3. Lo spazio interpretativo lasciato alla giurisdizione dalle anomalie e dalle lacune del sistema.*

### 1. La percezione e la concezione delle anomalie e delle lacune nei sistemi giuridici contemporanei

Negli ultimi decenni si assiste in Italia (ma non solo)<sup>1</sup> ad un fenomeno sempre più accentuato di giurisdizionalizzazione della produzione delle regole normative, a discapito dell'attività di produzione "naturale" da parte del legislatore<sup>2</sup>.

«In generale (...), la giurisdizione sembra essere stata spinta ad uscire dal terreno del controllo, che è quello che le è più proprio, per addentrarsi in quello della *mediazione* e della *regolazione* del conflitto sociale»<sup>3</sup>.

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

<sup>1</sup> Cfr. sul punto le interessanti considerazioni di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss.

<sup>2</sup> Tra gli studi più recenti di tale fenomeno si rinvia ad A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015.

<sup>3</sup> Così testualmente M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit., 3823.

Le cause di siffatto fenomeno sono molteplici e complesse, ma la loro analisi esula in gran parte dalle finalità della presente indagine<sup>4</sup>, che intende invece focalizzare, molto più semplicemente, se possano individuarsi degli “argini” alla attività di co-produzione normativa da parte dei giudici, ovvero se, ed entro quali limiti, la “creazione” del diritto in via giurisprudenziale possa ritenersi consentita e coerente con il sistema<sup>5</sup>.

Da questo – più limitato – punto di vista ed in una visione formale del diritto è agevole rilevare come la forza espansiva del diritto giurisprudenziale sia particolarmente evidente in presenza di anomie<sup>6</sup> o lacune nell’ordinamento, che l’intervento pretorio tende a colmare con modalità più o meno efficaci o corrette.

Se, infatti, l’esistenza di norme (legislativamente poste) è suscettibile di irrigidire, seppur parzialmente, l’attitudine creativa del giudice – la cui attività interpretativa in tal caso risulterà comunque assoggettata ai limiti di cui all’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile<sup>7</sup> – l’assenza delle stesse lascia invece aperta la possibilità dello svolgimento di una funzione realmente “creatrice” di diritto da parte di quest’ultimo, con effetti non del tutto definibili *a priori*<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Per una analisi della evoluzione del ruolo della giurisprudenza in relazione al mutamento della forma di Stato nella materia delle lacune del sistema si rinvia a G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Relazione al Convegno “Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto” (Brescia, 24.11.2017), in *gruppodipisa.it*, 2017, 5-20 ed ora in *costituzionalismo.it*, 2018, n. 1, 59 ss.

<sup>5</sup> Secondo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, 397, «la natura creativa dell’interpretazione e in particolare della giurisdizione (...), nonostante resistenze che – paradossalmente – troviamo espresse in varie dichiarazioni di principio della stessa giurisdizione, comune e costituzionale, parrebbe ormai assodata».

<sup>6</sup> Il termine anomia (dal greco *ἀνομος*: privo di regola) è qui ovviamente usato nel suo senso più strettamente giuridico (“anomia sociale”), ovverosia quale “stato di mancata o insufficiente regolamentazione, giuridica e/o morale, di determinati settori e rapporti della vita collettiva”, in contrapposizione a quello, maggiormente utilizzato nella letteratura sociologica, di “anomia soggettiva”, ovverosia la “particolare condizione psicologica del soggetto individuale che, per qualunque motivo, non ha interiorizzato le regole sociali” (cfr. per tale distinzione R. MARRA, *Anomia*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, Torino, 1987, vol. I, 335 ss.). Per ulteriori riferimenti allo sviluppo delle teorie sull’anomia, in particolare quelle di E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Alcan, Paris, 1893 (trad. it., *La divisione del lavoro sociale*, Giuffrè, Milano, 1977), si rinvia agli studi di F. FERRACUTI e G. MAROTTA, *Sociologia criminale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993, *ad vocem* e di P. MARCONI, *Il.- Sociologia criminale*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1990, *ad vocem*.

<sup>7</sup> Naturalmente nei limiti in cui a tale disposizione possa essere assegnato un valore di “contenimento” dell’attività ermeneutica giurisprudenziale, come si avrà modo di osservare meglio in seguito.

<sup>8</sup> Sui rapporti tra giudici (anche costituzionali) e potere legislativo, con riferimento alle tecniche di interpretazione, J. BELL, *Interpreting Statutes over Time*, in F. OST e M. VAN HOECKE (a cura di), *Time and Law. Is it the Nature of Law to Last?*, Bruylant, Bruxelles, 1998 (ora nella trad. italiana a cura di G. NATALI, *Interpretare leggi nel tempo*, Pensa Edit., Lecce, 2004), 43, svolge alcune considerazioni finalizzate a dimostrare che «se sosteniamo che il potere giudiziario è costituzionalmente subordinato al potere legislativo, stiamo in primo luogo descrivendo una gerarchia di funzioni tra istituzioni sociali contemporanee, cioè i giudici non dovrebbero contraddire ciò che fa il parlamento». In sostanza, se si vuole veramente un potere giudiziario subordinato, allora «vorremmo che esso adegui sinchronicamente la sua posizione al potere legislativo. In tal modo, il giudiziario metterebbe in atto le politiche della superiore istanza politica. Quando muta politica, per esempio con l’adesione all’Unione Europea, il ruolo più passivo e subordinato per i giudici è di seguire l’esempio e interpretare la legge alla luce della nuova politica. Detto altrimenti, un approccio attualizzante esegue semplicemente l’operato dell’attuale legislatore e rappresenta un appropriato atteggiamento di subordinazione»

Certo, in proposito è noto che l'esistenza stessa di lacune o anomalie costituisce un dato attualmente ancora oggetto di vivace dibattito dottrinale<sup>9</sup>, nell'ambito del quale si registrano opinioni – tutte ampiamente ed acutamente argomentate – quasi diametralmente opposte, orientate, seppur sotto diversi profili, talune a negare in radice l'esistenza stessa di possibili lacune ordinamentali<sup>10</sup>, altre, invece, ad ammetterne la possibile esistenza<sup>11</sup>.

In questa sede non è ovviamente possibile approfondire più di tanto tale argomento, sul quale ci si limita a rilevare – a parere di chi scrive – una più convincente argomentazione delle tesi che ammettono la possibile “lacunosità” dell'ordinamento (tesi alle quali si ritiene di aderire), non foss'altro perché negare l'esistenza di lacune significherebbe privare di senso giuridico uno degli strumenti ermeneutici più diffusi ed antichi, qual è l'interpretazione analogica<sup>12</sup>.

Sulla scorta di tali considerazioni preliminari l'obiettivo che ci si prefigge di raggiungere è anzitutto quello di tentare di individuare – ove esista – una possibile linea di demarcazione concettuale tra anomalie e lacune del sistema (e le possibili diverse implicazioni delle stesse sotto il profilo che qui interessa).

---

<sup>9</sup> Tale dibattito è puntualmente ripercorso da T.G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Cedam, Padova, 2012, 68, il quale evidenzia che «il tema delle lacune è un tema che periodicamente emerge nella discussione dottrinale nelle varie epoche, in quanto da un lato ne viene periodicamente sollecitato il dibattito da iniziative legislative e costituzionali a dir poco singolari, dall'altro è un argomento che si pone come punto di intersecazione di numerose e a volte anche, per certi versi, lontanissime riflessioni giusfilosofiche, attingendo al fondamento stesso del diritto e al suo rapporto con il fatto».

<sup>10</sup> Tali tesi poggiano – come abilmente riassume A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 4 – nelle loro diverse varianti, sulla individuabilità, in ogni ordinamento giuridico, di “*un precetto non scritto che porterebbe a qualificare ora come giuridicamente irrilevante ed ora come lecito ciò che non è giuridicamente regolato*”, il che riapre, ancora una volta, la problematica in ordine alla esistenza o meno del “quinto modo deontico”, sul quale v. più ampiamente *infra* (su tali posizioni cfr. per tutti S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, I, 371 ss. e D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1966, I, 45 ss., nonché l'ulteriore bibliografia citata da A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, cit., 4, nota 5).

<sup>11</sup> Sul punto A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli – Il Foro italiano, Roma, 2011, vol. I, 241, rileva che «il dogma della completezza» dell'ordinamento giuridico appare oggi per un verso un fatto scontato, ma per un altro un problema superato, anche se al fondo della questione rimane l'insanabile difficoltà di trovare un criterio obiettivo di scelta fra i contrastanti risultati cui possono condurre il ricorso all'*argumentum a contrario*, ovvero invece all'*argumentum a simili*».

<sup>12</sup> Sul problema della completezza dell'ordinamento giuridico F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. II, *ad vocem*, 3, correttamente rileva che «il fatto che il giudice debba “giudicare in ogni caso mediante una norma appartenente al sistema” non significa ancora che il sistema sia completo o che debba considerarsi *come se fosse* completo, ma piuttosto che *debba* completarsi». Peraltro, «il fatto stesso che la legge o, entro certi limiti, gli stessi privati (art. 114 c.p.c.) possano attribuire al giudice “il potere di decidere secondo equità” (art. 113 c.p.c.) sta a dimostrare che l'ordinamento in sé non è completo, rigorosamente chiuso, ma se mai completabile». «Ma è poi lo stesso fenomeno della costruzione o creazione delle norme, a partire dalle espressioni o proposizioni normative poste dai fatti, che induce a credere che l'ordinamento normativo non sia una realtà completa e già data, bensì un ideale punto di arrivo, raggiungibile con i mezzi indicati dall'ordinamento stesso (art. 12 disp. Prel.)». Più in generale sul rapporto tra analogia e lacune cfr., tra i tanti, almeno N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Artigianelli, Torino, 1938, M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 516-549 e L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civile, Utet, Torino, 1987, I, *ad vocem*. In proposito A. PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 984, ritiene che «accertata la lacuna e insieme la direzione fondamentale dell'integrazione dell'ordinamento, lo svolgimento del compito è affidato al legislatore e, finché questi rimane inerte, al giudice».

I due termini, infatti, risultano quasi sempre utilizzati quali sinonimi, indicanti in ogni caso una carenza di disciplina normativa in un determinato settore ma, in effetti, potrebbero anche essere considerati come qualificanti fattispecie distinte – con differenti conseguenze giuridiche – ove fosse possibile individuare dei profili di differenziazione concettuale tali da consentire all'interprete di utilizzarli in modo diversificato.

In siffatta prospettiva una prima possibile linea di demarcazione in tal senso potrebbe essere individuata, seguendo un criterio “quantitativo”, facendo riferimento all'area lasciata “scoperta” dal diritto<sup>13</sup>, nel senso che potrebbe qualificarsi quale anomia la mancata regolamentazione di uno o più interi settori delle fattispecie umane, mentre potrebbe identificarsi come lacuna (di tipo volontario, accidentale, o casuale, come si dirà più oltre) l'assenza di una regola relativamente ad un singolo istituto o ad un particolare specifico comportamento.

In sostanza, ad una anomia “in senso lato” (quale omessa – volontaria o involontaria – disciplina di una sfera più o meno ampia di fattispecie) potrebbe ritenersi contrapposta una anomia “in senso stretto” (e, quindi, una “lacuna”), qualificabile in termini più restrittivi, quale omessa previsione di una regolamentazione di un caso specifico.

A voler fornire degli elementi di esemplificazione potrebbe pensarsi all'ipotesi della mancanza di una disciplina in tema di “fine vita” (qualificabile in termini di vera e propria anomia “in senso lato”), rispetto alla omessa regolamentazione del calcolo della indennità di esproprio di suoli privati, magari a seguito di una pronuncia dichiarativa della illegittimità costituzionale di una disciplina previgente da parte della Corte costituzionale (che concreterebbe, in effetti, gli estremi di una anomia “in senso stretto”, ovvero sia di una lacuna).

Questa differenziazione meramente “quantitativa” (nel senso di aree più o meno vaste di copertura o scoperta da parte del sistema giuridico) tra anomalie e lacune potrebbe apparire a prima vista abbastanza semplicistica ma, a ben vedere, costituisce uno dei pochi (seppur esili) elementi di distinzione ad oggi individuabile.

E' pur vero, come è stato esattamente rilevato a suo tempo da Pizzorusso<sup>14</sup>, che negli attuali sistemi le impostazioni tradizionali del problema delle lacune e delle anomalie (particolarmente rilevanti negli «ordinamenti nei quali la legge era la fonte assolutamente predominante») «appaiono oggi largamente superate per effetto della modificazione del sistema delle fonti che hanno portato all'introduzione di tutto un complesso di forme di creazione del diritto diverse dalla legge le quali hanno rotto il monolitico predominio di questa fonte»<sup>15</sup>. Ma appare altrettanto vero che l'attuale, diverso assetto del sistema delle fonti, nelle sue interrelazioni con le problematiche dei limiti dell'interpretazione (in particolare di quella giurispru-

---

<sup>13</sup> Si allude, nella specie, alla nota teoria del *Rechtsleerer Raum* di K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892 sulla quale cfr. M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. XXIII, 257 ss.

<sup>14</sup> A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 241 ss.

<sup>15</sup> Il che ridisegna in modo nuovo sia il problema della “completezza” dell'ordinamento giuridico, sia quello – correlato – della esistenza o meno di una “norma generale esclusiva” (o “inclusiva” secondo altre ricostruzioni) implicitamente contenuta nell'ordinamento stesso. Cfr. sul punto anche le considerazioni di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisprudizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit., 3832.

denziale), lungi dal semplificare la posizione dell'interprete, la rende invece ancor più complessa ed impone pertanto un doveroso particolare approfondimento.

Alla distinzione "quantitativa" sopra individuata tra lacune ed anomalie potrebbe invero, eventualmente, contrapporsene un'altra, definibile quale "temporale", nel senso di qualificare come anomalie quelle aree mai normate in precedenza dal legislatore e quali lacune, invece, quelle derivanti dal successivo venir meno – in tutto o in parte – di un intervento legislativo (come nel caso di una abrogazione espressa, o dell'intervento di una pronuncia di illegittimità costituzionale). Un siffatto criterio potrebbe avere il vantaggio, rispetto al precedente, di una maggiore precisione, essendo agevole individuare se un determinato istituto sia mai stato disciplinato o meno in precedenza. Ma si presenterebbe particolarmente problematico nella definizione di talune ipotesi che, seppur "di confine", si presentano con frequenza nel nostro sistema, quali quelle delle norme transitorie (le quali, una volta esaurita la loro vigenza, dovrebbero considerarsi quali generatrici di una lacuna – perché la situazione era in precedenza regolamentata – oppure di una anomia?), ovvero quelle delle norme contenute in un decreto legge decaduto perché non convertito o, ancora, delle norme entrate in vigore ma insuscettibili di applicazione, ad esempio per mancanza delle norme di attuazione alle quali rinviano.

In sostanza, in tale diversa accezione dei termini anomia e lacuna, l'accento si sposterebbe sul comportamento più o meno omissivo del legislatore, generando, nel caso di una omissione "originaria", una anomia ed in quello di una omissione "sopravvenuta", una lacuna<sup>16</sup>.

Com'è agevole rilevare, il problema in esame è strettamente correlato a quello del cosiddetto "quinto modo deontico", ossia quella categoria di comportamenti che risultano "indifferenti" per il diritto, nel senso che «ne è autorizzata sia la commissione che l'omissione»<sup>17</sup>, nonché a quello della finitezza o completezza dell'ordinamento giuridico e, ancora, al divieto di *non liquet* (nella misura in cui l'eventuale lacuna debba essere colmata nell'esercizio della funzione giurisdizionale)<sup>18</sup>.

L'analisi si rivela particolarmente complessa e delicata anche perché involge profili di teoria generale del diritto che a tutt'oggi non hanno ancora trovato una soluzione univoca –

---

<sup>16</sup> Anche A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 242, distingue, seppure in una diversa prospettiva, le «ipotesi nelle quali la disciplina giuridica di una certa materia manca nonostante che essa sia prevista dall'ordinamento» dalle «ipotesi in cui una disciplina esistente venga improvvisamente a mancare senza essere tempestivamente sostituita».

<sup>17</sup> Sulla tipologia dei diversi modi deontici si rinvia alla chiara trattazione di M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, cit., 257 ss.

<sup>18</sup> Sul divieto di *non liquet* e sui suoi rapporti con la funzione di co-produzione giurisprudenziale del diritto si sofferma abbastanza diffusamente la Camera dei Deputati nel ricorso per conflitto di attribuzioni proposto contro la Corte di Cassazione nel c.d. caso Englaro (dichiarato, però, inammissibile dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 334/2008), sostenendo che la *ratio* di tale istituto "non è certamente quella di consentire la trasformazione del giudice in legislatore, ma anzi è volta, come si sa, a rendere ancor più ineludibile il vincolo al rispetto del sistema legislativo vigente". Secondo G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 6, «la circostanza per cui i due principi – divieto del *non liquet* e soggezione della *iurisdictio* alla *legislatio* – accolti contestualmente negli ordinamenti liberali e funzionali l'uno all'altro ora entrano in tensione non si deve a ragioni di logica giuridica, bensì alle profonde trasformazioni che hanno interessato lo Stato costituzionale».

anzi vedono spesso contrapporsi teorizzazioni diametralmente opposte, ai limiti dell'aporia – e diviene ancora più difficile ove si passi da una prospettiva statica dell'ordinamento ad una dinamica (o diacronica).

L'unico dato certo è che «il presupposto logico perché possa sorgere un problema di lacune dell'ordinamento è l'esistenza di una concezione dell'ordinamento come (almeno potenzialmente) completo»<sup>19</sup>.

A ciò si aggiunga, inoltre, che le distinzioni di cui si discute possono divenire ancor più complesse in relazione alla diversità del livello della fonte nella quale l'anomia o la lacuna si verificano.

Appare evidente, infatti, come la mancanza di una disciplina normativa di una determinata materia o di un singolo istituto sia suscettibile di essere riguardata in modo diverso e possa quindi condurre a conclusioni differenti in relazione alla collocazione gerarchica, ovverosia se essa si verifichi a livello costituzionale<sup>20</sup>, ovvero di normazione ordinaria o regolamentare/attuativa.

Invero, così come oggi appare pacifico che gli strumenti ermeneutici si diversificano (per metodo e per limiti) in relazione alla fonte oggetto di indagine – per cui, ad esempio, l'interpretazione della Costituzione utilizza strumenti e metodologie in gran parte differenti rispetto a quelli utilizzati per le norme ordinarie<sup>21</sup> – allo stesso modo può ipotizzarsi che lacu-

---

<sup>19</sup> M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, cit., 259, il quale ricorda «che nei sistemi di *case law*, come quello anglosassone o quello romano classico, la questione di cui ci stiamo occupando non si sia affatto posta».

<sup>20</sup> Sulla sussistenza di lacune anche a livello costituzionale si sofferma Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 267 ss.

<sup>21</sup> In proposito, «che l'interpretazione costituzionale richieda il ricorso a canoni ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'interpretazione delle leggi, si può considerare una premessa sufficientemente consolidata fra i costituzionalisti» (C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, III, 1680). Che, tuttavia, tale "premesse sufficientemente consolidata" sia il risultato, in effetti, di impostazioni ed opinioni a volte anche assai divergenti tra loro non inficia la conclusione, sulla quale i diversi autori, anche se partendo da premesse diverse, alla fine concordano, ovverosia che l'interpretazione costituzionale non è riconducibile all'interpretazione delle leggi, quantomeno in conseguenza della «prevalenza dei principi costituzionali sull'intero ordinamento [e del] ruolo preponderante della giurisprudenza della Corte sull'interpretazione» (C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., 1682).

Per avere un'idea dei diversi tipi di approccio alla tematica in questione si rinvia agli studi di G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 147 ss. (secondo il quale un elemento importante da tenere presente nell'individuare la particolarità dell'interpretazione costituzionale è costituito dal fatto che «le norme legislative sono prevalentemente regole, mentre le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia sono prevalentemente principi»), di F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1998, 42 ss. (il quale precisa che «la pluralità e complessità dei valori nelle società contemporanee, fissati oggi nelle costituzioni, non si fa più infatti utilmente cristallizzare in un sistema logico deduttivo di concetti, rispetto ai quali l'interprete ed il giudice svolgono un ruolo differenziato di semplice riproduzione passiva»), di M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura oggi*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa. Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997*, Cedam, Padova, 1998, 66 ss. (che sostiene che «non è convincente» l'idea che l'interpretazione della Costituzione finisce per configurarsi molto più come un atto di «prudenza» politica (inteso nel senso più alto del termine), determinato dalle ragioni del problema da risolvere, che non come un atto di interpretazione di una «legge» preposta e scritta), di A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2007, 4 ss. (secondo il quale «non v'è dubbio che applicare alla Costituzione – ossia a un atto normativo le cui disposizioni fondamentali contengono valori o principi – metodiche interpretative di tipo logico-formale, il cui modello principale è dato dal sillogismo deduttivo di sussunzione, non ha alcun senso»), di R. BIN, *La Costituzione tra testo e applicazione*, in [www.robortobin.it/articoli/testoCost.pdf](http://www.robortobin.it/articoli/testoCost.pdf), 2009, 1 ss., ma ancor più Id., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli*

ne ed anomalie possano atteggiarsi in modo diverso in relazione al livello nel quale si verificano<sup>22</sup>.

Poiché la distinzione tra anomalie e lacune può generare importanti conseguenze – come si avrà modo di approfondire più oltre – in ordine ai limiti dell'attività interpretativa, in particolare giurisprudenziale, appare opportuno individuare un criterio distintivo univoco, magari intermedio tra le due tipologie di distinzioni (“quantitativa” e “temporale”) sopra proposte, in grado di temperarne il carattere di assolutezza che le caratterizza.

Tale ulteriore criterio sembra individuabile – seppur generando qualche situazione “ibrida” – nei termini che seguono, frutto di una integrazione tra i due precedentemente indicati.

In siffatta diversa prospettiva potrebbero dunque individuarsi quali anomalie quelle mancate regolamentazioni “*ab origine*” di interi settori normativi, mentre quali lacune le assenze di disciplina di singoli istituti sopravvenute per un qualsiasi motivo (dalla abrogazione della norma regolatrice, alla sua dichiarazione di illegittimità costituzionale, etc.).

Tra queste due ipotesi estreme possono poi individuarsene almeno altre tre, intermedie rispetto a queste, che riguardano casi particolari e che si presentano, peraltro, peculiarmente interessanti.

Si allude, da un lato, alla mancata disciplina, sin dall'origine, di una specifica fattispecie che, non investendo un intero settore (anomia) potrebbe qualificarsi quale “lacuna originaria” (l'ipotesi si verifica abbastanza di frequente, come è avvenuto di recente nel settore degli enti locali, nel quale, pur in presenza di una dettagliata disciplina complessiva dell'intera materia, risultano assenti norme specifiche relative a singoli istituti, spesso di particolare rilevanza)<sup>23</sup>.

---

*interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 133 ss. (secondo il quale gli «argomenti» costituzionali, a differenza di quelli legislativi, si nutrono di «massime di giustizia sostanziale», essendo espressione di enunciati normativi che positivizzano valori da bilanciare nei singoli casi di specie), di A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 36 ss. e, più di recente, di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione, Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Giappichelli, Torino, 2011, 140 ss. (il quale, sostanzialmente, nega la possibilità di una interpretazione costituzionale autonoma e diversa rispetto a quella della legislazione ordinaria, auspicando l'applicazione alla interpretazione della Costituzione dei criteri interpretativi dell'art. 12 disp. prel. Cod. civ., così associandosi alla negazione della specificità dell'interpretazione costituzionale formulata da R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, 169-185. Su entrambi tali ultimi studi cfr. tuttavia l'opinione critica di M. BARBERIS, *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2012, 1 ss.)

<sup>22</sup> Sulla possibilità o meno di individuare lacune a livello costituzionale si sofferma ampiamente ed acutamente A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, cit., 4 ss.

<sup>23</sup> Uno di tali casi è stato affrontato e risolto, seppur con argomentazioni non sempre del tutto condivisibili, dal Consiglio di Stato (Sez. V, 6.10.2009 n. 6045) che, in presenza di una lacuna in materia di elezione di organi di una Comunità montana, ha chiarito che nei procedimenti elettorali di qualunque tipo, *ove non esista una norma specifica* che regolamenti il caso della parità di voti conseguiti, il principio generale da applicare è quello della maggiore anzianità anagrafica, in applicazione analogica della “normativa in materia elettorale, la quale, nel corso del tempo, avrebbe sempre individuato nell'anzianità anagrafica il parametro (residuale) della preferenza a parità di suffragi: così l'art. 62 del R.D. 12.2.1911 n. 297, l'art. 65 del T.U. 16 maggio 1960 n. 570, l'art. 71, comma 6, del D.L.vo n. 267/2000, e l'art. 3 della L. 4 agosto 1993 n. 276”. Il medesimo problema si è posto recentemente nell'ambito della Città Metropolitana di Bari in sede di elezione del Comitato per l'Ambito territoriale di caccia, attesa la mancanza, nel Regolamento della Regione Puglia 5.8.1999 n. 3 di una norma che disciplinasse

Dall'altro lato, alla possibilità che un singolo istituto, in precedenza normato, resti per un qualsivoglia motivo privo di disciplina (ipotesi che potrebbe qualificarsi in termini di "lacuna sopravvenuta")<sup>24</sup>.

Ed infine l'ulteriore caso di un intero settore che, in precedenza normato (e quindi non qualificabile quale "anomia originaria"), venga ad un certo punto a ritrovarsi privo di disciplina (come avviene quando una intera legge viene abrogata senza essere sostituita da una nuova e diversa disciplina)<sup>25</sup>. Quest'ultima è l'ipotesi di più difficile collocazione, che tuttavia, per le sue caratteristiche sembra ascrivibile ad una ulteriore peculiare categoria qualificabile quale "anomia sopravvenuta".

L'applicazione di una siffatta catalogazione delle anomalie e lacune ai processi ermeneutici appare suscettibile di stimolare interessanti prospettive di indagine e di riflessione, in particolare sotto il profilo dei limiti che possono essere individuati in relazione all'attività dell'interprete.

## **2. Sui possibili profili di differenziazione tra anomalie e lacune: legislazione vs. interpretazione**

Data per scontata – per i motivi sopra illustrati – l'esistenza di possibili lacune o anomalie all'interno di un dato sistema giuridico, la loro ascrivibilità in una o altra delle categorie *supra* individuate rimarrebbe una sterile operazione di catalogazione ove non si procedesse al necessario approfondimento in ordine alle possibili conseguenze derivanti dalla sussunzione di una determinata fattispecie in una specifica categoria.

Se l'iscrizione in una categoria anziché in un'altra risultasse priva di conseguenze, infatti, si finirebbe con il privare di qualunque significato lo stesso impianto di catalogazione, atteso che, in tal caso, gli effetti che si produrrebbero sarebbero i medesimi e quindi sostanzialmente *indifferenti* per il sistema.

Tale "indifferenza" non appare logicamente sostenibile, quanto meno alla luce delle considerazioni seguenti.

---

l'ipotesi del conseguimento di uno stesso numero di voti da parte di più candidati (ipotesi sulla quale ha avuto modo di esprimersi anche l'A.N.A.C. con il parere 11.7.2016 n. 106648).

<sup>24</sup> La differenza tra lacune originarie e sopravvenute è diversamente individuata da A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 421 ss., il quale ritiene che le lacune «sono originarie se correlate a problemi *trascurati* dal legislatore (...), sono sopravvenute se correlate a problemi *ignoti* al tempo del legislatore». Sul medesimo punto è singolare la posizione di P.G. MONATERI, *Interpretare la legge*, in *Riv. Dir. civ.*, 1987, I, 595, che ritiene che «la lacuna (...) è sempre il risultato dell'applicazione di una procedura interpretativa: la lacuna è una creazione dell'interprete».

<sup>25</sup> Sugli effetti della abrogazione di una intera legge da parte di una successiva si sofferma acutamente F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, *ad vocem*, 4-5. Su taluni specifici profili dell'abrogazione cfr. anche G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2013, 3801 ss.



## **2.1. (Segue): creazione di norme ed estrazione di norme e possibili limiti all'interpretazione giurisprudenziale**

È opinione comune che la produzione normativa si verifichi attraverso un duplice canale: quello della immissione (o modificazione, o abrogazione) di nuove disposizioni da parte del legislatore e quello della “estrazione” di norme da queste ultime da parte dell'interprete (in particolare da parte del giudice)<sup>26</sup>.

Il *punctum dolens* di tale impostazione è costituito – e da lungo tempo – dalla individuazione del confine tra tali due canali, essendosi in proposito ampiamente dibattuto: a) sulla esistenza stessa o meno di un confine (sostenendosi, da parte di taluni autori, che l'attività normativa in via legislativa o in via giurisprudenziale siano sostanzialmente indistinguibili, assegnando così al giudice quella che si suole definire una funzione di co-produzione del diritto; b) sulla individuazione – in effetti assai problematica – di una possibile linea di demarcazione tra i due modi di produzione e quindi, conseguentemente, sui confini della co-produzione normativa da parte del giudice rispetto alla modalità di produzione “naturale” del diritto in via legislativa<sup>27</sup>.

In ordine alla prima impostazione non si può non osservare come la stessa porti ad una – non consentita, a parere di chi scrive – assimilazione dei concetti di disposizione e norma, pur nei limiti entro i quali oggi tali concetti sono rimessi ampiamente in discussione<sup>28</sup>.

L'individuazione delle norme (quali regole giuridiche) mediante le attività di interpretazione presuppone, infatti, l'esistenza degli enunciati linguistici (disposizioni)<sup>29</sup> dai quali le norme stesse possono essere ricavate. Negare qualunque differenziazione tra produzione normativa in via legislativa e produzione normativa in via giurisprudenziale comporta la negazione di una qualunque differenza tra l'oggetto dell'attività ermeneutica (la disposizione) ed il risultato della stessa (la norma), in contrasto con i principi fondamentali della logica, non solo giuridica<sup>30</sup>.

L'interpretazione, infatti, presuppone l'esistenza di un oggetto da interpretare, in assenza del quale appare impossibile qualunque elucubrazione semiologica.

In altri termini, ogni attività interpretativa presuppone un oggetto da sottoporre a speculazione, in assenza del quale l'attività ermeneutica si risolve in un processo di “creazione” dell'oggetto e non di attribuzione di un significato allo stesso.

Trasposto l'argomento sul piano strettamente giuridico, l'interpretazione consegue necessariamente all'esistenza di una disposizione da interpretare, al fine di trarne la relativa

---

<sup>26</sup> Sulla distinzione tra disposizioni e norme non può non rinviarsi a V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XIII, 195 ss. e ID., *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 929 ss.

<sup>27</sup> Per una disamina esaustiva di tali posizioni dottrinali cfr. A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., 87 ss.

<sup>28</sup> Una rilettura critica molto elaborata della differenziazione tra disposizione e norma e sul concetto stesso di norma è assai efficacemente esposta da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 399 ss.

<sup>29</sup> G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1984, 11 ss.

<sup>30</sup> Su tale aspetto cfr. U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, 215 ss.

norma<sup>31</sup>. Così come *in claris non fit interpretatio*<sup>32</sup>, potrebbe dirsi a maggior ragione che, in assenza di una disposizione non possa darsi luogo ad alcuna interpretazione (non esistendo un oggetto da analizzare)<sup>33</sup>.

La differenza (ontologica) tra oggetto di indagine ed attività di indagine sull'oggetto impedisce la loro assimilazione e quindi che il risultato dell'attività ermeneutica (la norma) possa in qualche modo sostituire o modificare l'oggetto dell'attività stessa (la disposizione).

In buona sostanza – e per dirla con uno dei massimi semiologi<sup>34</sup> – in tanto può interpretarsi un'opera d'arte in quanto tale opera effettivamente esista, o sia mai esistita in un tempo precedente, non potendosi altrimenti interpretare alcunché (un processo interpretativo presuppone un segno, qualunque esso sia, non essendo ovviamente concepibile l'interpretazione di un oggetto inesistente).

Quindi, se l'interpretazione presuppone l'esistenza di una disposizione (oggetto dell'attività ermeneutica), sembrerebbe evidente che l'assenza della stessa non possa legittimare l'operatore conoscitivo ad interpretare alcunché. Il che significherebbe che qualunque lacuna o anomia risulterebbe incolumabile, in quanto l'interprete sarebbe posto nella impossibilità di intervenire a causa della inesistenza di un possibile oggetto di speculazione.

Naturalmente, un siffatto discorso avrebbe una sua validità solo nella misura in cui l'assenza di regolamentazione di una determinata fattispecie possa essere riguardata quale

---

<sup>31</sup> Di diverso avviso, sul punto, appare l'opinione di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003, 92, il quale, in materia di leggi di interpretazione autentica, evidenzia che, «ad esempio, postulando l'idea che la norma esista come tale solo nel momento dell'applicazione essendoci, prima di essa, solamente una disposizione aperta a più significati, si può agevolmente criticare la pretesa del legislatore-interprete di porre autoritativamente *norme*, potendo il Parlamento introdurre nell'ordinamento esclusivamente *enunciati linguistici*, oggetto poi di (re)interpretazione da parte dell'applicatore. Che questo sia un esito inevitabile è, d'altra parte, riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale quando – per mantenere separati i piani su cui opererebbe il giudice e il legislatore-interprete – afferma che “l'attribuzione per legge di un dato significato ad una norma non tocca la *potestas iudicandi*, ma definisce e delimita la fattispecie normativa – che è oggetto di tale *potestas* – come risulta dal precetto integrato”. Ciò la costringe però a riconoscere apertamente che “la disposizione, così definita, costituisce la materia dell'esame devoluto all'autorità giudiziaria”. Ebbene, cos'altro significa tutto questo, se non ammettere che anche la legge interpretativa è soggetta al potere interpretativo del giudice?».

<sup>32</sup> Sulla recente tendenziale rivalutazione del brocardo *in claris non fit interpretatio* si sofferma M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 403.

<sup>33</sup> Una prospettiva interessante su tale punto è offerta dalla giurisprudenza costituzionale spagnola, in particolare nella decisione n. 11/1981. Infatti, partendo dalla distinzione tra “norma come precetto e disposizione (*texto legal*)” come segno sensibile mediante il quale il precetto si manifesta, o come mezzo di comunicazione che si usa per portarlo a conoscenza” dei soggetti destinatari, il giudice costituzionale spagnolo giunge alla conclusione che “l'oggetto del processo costituzionale è essenzialmente l'ultima e non il primo” (FJ 4 della decisione). Ciò non significa – si precisa tuttavia – che seguendo tale impostazione il Tribunal debba rinunciare alla possibilità di pronunciare decisioni del tipo di “quello che si definisce comunemente come sentenza interpretativa, attraverso la quale si dichiara che un determinato testo non è incostituzionale se inteso in una determinata maniera”. Invero, tali decisioni vengono ritenute sempre possibili, purché l'opera di interpretazione si limiti a “stabilire il senso ed il significato del testo” e non si spinga, invece, fino a tentare una “deduzione o ricostruzione del precetto normativo, mediante una connessione di più testi”. In sostanza, il Tribunal può stabilire il significato di un testo e decidere che esso è conforme alla Costituzione, ma non può, invece, “tentare di ricostruire una norma che non sia debitamente esplicitata in un testo, per concludere che questa è la norma costituzionale”. Sulla distinzione tra disposizione e norma nella giurisprudenza del Tribunal Constitucional si rinvia alla diffusa analisi di J.M. LÓPEZ ULLA, *La cuestión de incostitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 67 ss.

<sup>34</sup> U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, cit., 220 ss.

elemento singolarmente considerabile, avulso da un contesto più generale. Ma, poiché – sin dai tempi delle teorizzazioni di Kelsen<sup>35</sup> e di Santi Romano<sup>36</sup> – è ormai incontrovertito che le singole norme (o, al contrario, le mancate regolamentazioni normative di determinate fattispecie) esistono ed operano nell’ambito di un ordinamento o di un sistema giuridico, è evidente che la lettura di una certa disposizione (o la rilevazione della sua assenza) non può avvenire al di là ed al di fuori del contesto nel quale la stessa (o la relativa lacuna) opera.

Sulla scorta di tali premesse – ovverosia che in un dato sistema possono verificarsi anomalie o lacune e che le stesse possono essere, con modalità e limiti diversi, in qualche modo colmate – occorre spostare l’attenzione proprio sui limiti che possono essere individuati in relazione all’attività ermeneutica.

In questa prospettiva ed applicando i criteri di classificazione indicati in precedenza si può tentare di tracciare alcune direttrici lungo le quali muoversi.

L’ipotesi più semplice dalla quale partire può essere individuata nelle lacune originarie o sopravvenute. In tal caso non sembrano sussistere motivi ostativi alla “integrazione” dell’ordinamento in via interpretativa (in particolare giurisprudenziale) mediante il ricorso alle tecniche dell’analogia (*legis* o *juris*), trattandosi della ricostruzione di una disciplina normativa di una singola fattispecie rispetto alla quale possa invocarsi il richiamo ad una norma che regola una fattispecie identica o simile<sup>37</sup>. Certo, un limite peculiare potrebbe individuarsi nella ipotesi di una lacuna sopravvenuta a seguito della abrogazione espressa di una disposizione da parte del legislatore. La circostanza che in tal caso la lacuna dipenda da una espressa *voluntas legis* dovrebbe far propendere l’interprete (in particolare il giudice) per la impossibilità di sostituire la disposizione venuta meno con un’altra, attesa la soggezione del giudice alla legge (ex art. 101 Cost.)<sup>38</sup> e quindi la insuperabilità del limite tra giurisdizione e legislazione. In casi simili appare tuttavia evidente la difficoltà di distinguere se la volontà abrogativa del legislatore sia da ricondurre ad una mera “avversione” rispetto alla disposizione oggetto di caducazione, ovvero sia effettivamente finalizzata alla creazione di un vuoto normativo sullo specifico argomento (ipotesi che, sola, sembrerebbe in effetti poter legittimare la conclusione alla quale in questa sede si perviene). Potrebbe, infatti, in proposito obiettarsi che la mera abrogazione non possa di per sé porsi come limite all’attività interpretativa giurisdizionale ove non sia accompagnata e supportata dalla esplicitazione di una reale volontà di lasciare non normata una determinata fattispecie.

Senonchè, a ben vedere, che una volontà in tal senso sia esplicitata o meno, non appare influente ai fini dell’analisi del fenomeno di cui in questa sede si discute, atteso che sia in un caso (*voluntas* specifica di creare un vuoto normativo), che nell’altro (mera volontà di caducazione di una data disposizione), l’effetto che si produce è comunque quello del venir

---

<sup>35</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1951.

<sup>36</sup> S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1977.

<sup>37</sup> Sulle tecniche dell’interpretazione analogica e dei suoi limiti si sofferma ampiamente G. SORRENTI, *La Corte di cassazione penale e l’illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 1 ss.

<sup>38</sup> Sulla “soggezione” del giudice alla legge ex art. 101 Cost. si rinvia a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 402 ss.

meno dell'oggetto dell'attività ermeneutica e, conseguentemente, della impossibilità – almeno tendenziale – di esercizio della stessa (pur se non può non ammettersi la possibilità in astratto che la regola venuta meno possa essere “ricreata” dall'interprete ricavandola dalla disposizione sistematica di altre disposizioni esistenti).

Ciò potrebbe non valere, invece, per le altre ipotesi nelle quali la disposizione sia venuta meno per ragioni indipendenti dalla volontà del legislatore, come per l'abrogazione a seguito di *referendum*<sup>39</sup> o per la dichiarazione di illegittimità costituzionale, anche se, con riferimento alla ipotesi di abrogazione in via referendaria, non ci si può esimere dal ricordare che la stessa, in effetti, al pari della abrogazione disposta in via legislativa, «incide su quell'elemento costitutivo essenziale delle disposizioni che è la loro potenzialità normativa» determinandone la totale estinzione e quindi ponendosi «come vincolo per l'interprete, che dal dato testuale di un precetto non potrà più ricavare alcuna norma», così inibendo «all'operatore giuridico ogni tentativo ermeneutico»<sup>40</sup>.

Né, d'altra parte, a contrastare l'impossibilità di integrazione in via interpretativa/analogica potrebbe essere invocato il divieto di *non liquet* stabilito in via generale nell'esercizio della funzione giurisdizionale. In tal caso, infatti, il giudice potrebbe comunque chiudere il giudizio con una pronuncia definitiva, seppur di rito e non nel merito, dichiarando

---

<sup>39</sup> Certo, tale conclusione potrebbe anche ritenersi non condivisibile alla luce della natura giuridica dell'atto referendario e del suo carattere di legislazione negativa o della sua funzione normativa unidirezionale (A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, VII, Utet, Torino, 1961, 529 ss.). Infatti, «se è vero che le fonti si caratterizzano per la potenziale pienezza innovativa, essa risulta inesistente nel *referendum* abrogativo, posto che quest'ultimo non può che produrre un effetto di semplice abrogazione espressa, essendo costituzionalmente inidoneo a produrre direttamente qualsiasi altro mutamento del diritto oggettivo. Ciò nonostante la natura di fonte normativa appare pienamente confermata dagli effetti dell'atto scaturente dal voto popolare, visto che l'abrogazione totale o parziale di una disposizione normativa determina comunque una situazione per cui i rapporti sino a quel momento regolati dalla disposizione abrogata vengono regolati in modo diverso» (A. LOIODICE, A. BRIGHINA, *Referendum*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, 19).

<sup>40</sup> A. LOIODICE, A. BRIGHINA, *Referendum*, cit., 20. Un ulteriore punto di vista in proposito può essere rintracciato nella interessante opinione di M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca e Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 2005, 621- 623, secondo il quale, in materia di monopolio parlamentare della funzione legislativa, pur se «da noi si consente al Governo l'esercizio della funzione legislativa nelle ipotesi previste dagli artt. 76 e 77 della Costituzione (...), quelle ipotesi non mettono in discussione il monopolio parlamentare della funzione legislativa in sé, non foss'altro perché in entrambe l'intervento parlamentare è indispensabile affinché quell'esercizio sia consentito, ovvero, a posteriori, legittimato. Nel caso del *referendum* le cose parrebbero stare in modo diverso, poiché il corpo elettorale non sembra aver bisogno di alcun intervento preventivo o successivo dell'organo rappresentativo, per agire. La qualificazione del *referendum* come atto con forza di legge, conseguentemente, parrebbe mettere in discussione il monopolio della funzione legislativa, che l'art. 70 Cost. ha voluto assegnare alle Camere. Sennonché, a ben riflettere, il *referendum* un preventivo intervento della rappresentanza lo presuppone comunque, atteso che, se questa non ha legiferato, il *referendum* – essendo esclusivamente abrogativo – non è praticabile. Anche qualificando il *referendum* come atto con forza di legge, ancorché adottato senza delegazione e senza bisogno di una successiva legittimazione (con una conversione in legge), pertanto, la riserva alle Camere della funzione legislativa non è messa in discussione. La conclusione, dunque, è che il *referendum* deve qualificarsi atto con forza di legge e che tra legge e *referendum* esiste un “parallelismo” che – fatte salve le specificità di ciascuna delle due fonti – ne reclama il medesimo trattamento giuridico. Legge e *referendum* sono fonti dotate – per dirla con la prima (e più convincente, per tale profilo) giurisprudenza della Corte costituzionale – “dello stesso rango”, epperò destinate (fra l'altro) a succedersi l'una all'altra secondo le regole comuni».

l'inammissibilità dell'azione in considerazione della inesistenza di una norma che attribuisca una situazione giuridica soggettiva attiva suscettibile di tutela<sup>41</sup>.

Diverso, invece, è il discorso in ordine alle anomalie, sia per quelle originarie ma ancor più per quelle sopravvenute.

La mancanza di disciplina di un intero settore sembra ostare in modo insormontabile ad una possibilità di integrazione, atteso che in tal caso l'eventuale intervento ermeneutico del giudice finirebbe per configurare gli estremi di una forma di co-produzione non tanto normativa, quanto addirittura legislativa, certo non consentita dal combinato disposto degli artt. 70 e 101 Cost., che attribuiscono un siffatto compito al solo legislatore.

E ciò si verificherebbe non solo per le anomalie originarie (frutto di una possibile volontà del legislatore di non voler normare, per i più svariati motivi, un determinato settore di fattispecie), che impedirebbero la sostituzione del giudice al legislatore, in via interpretativa, ma a maggior ragione per le anomalie sopravvenute, specie per quelle venutesi a creare a seguito della abrogazione espressa di una intera disciplina<sup>42</sup>, dato che in tal caso la volontà del legislatore di lasciare non disciplinato un intero settore sarebbe espressa ed inequivocabile, così bloccando qualunque tipo di intervento di integrazione del sistema che non passasse attraverso un procedimento legislativo, a parziale differenza dell'ipotesi, poco prima esaminata, delle anomalie originarie, nelle quali la mancata regolamentazione di un settore potrebbe essere ricondotta non ad una precisa volontà, ma a fattori diversi e magari transeunti (quali la mancata attivazione della fase della iniziativa legislativa, o una particolare lentezza dei lavori parlamentari per motivi politici contingenti).

Per le anomalie sopravvenute, inoltre, potrebbero valere limiti ancor più stringenti all'attività di integrazione in via interpretativa, che dovrebbe ritenersi preclusa anche nella ipotesi di una anomia derivante da abrogazione referendaria della disciplina di settore, data la natura di una sorta di legislazione negativa di essa.

---

<sup>41</sup> Questa strada è stata seguita dalla Sez. I Civile del Tribunale di Roma nell'ordinanza 16.12.2006, risolutiva del ben noto caso Welby, nella quale si osservò che, "in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato "accanimento terapeutico", va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito e, di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito". "Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina". Assai interessante in proposito è l'argomentazione di N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 9 ss., secondo il quale «si sostiene non di rado che tale inerzia [quella del Parlamento in determinati settori] legittimerebbe la supplenza giudiziaria nell'affermazione del diritto: giacché, se il legislatore può decidere politicamente di non dar corso alle richieste di giustizia, ciò non sarebbe invece possibile per un giudice, al quale non è mai consentito un *non liquet*. Vi è in tale argomento una singolare inversione concettuale. Quando si sostiene che il silenzio o l'inerzia del legislatore nell'accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l'innovazione giurisprudenziale anche *praeter legem* (o addirittura *contra legem*) [...], si dimentica la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento».

<sup>42</sup> Cfr., sul punto, ancora F. MODUGNO, *Abrogazione*, cit., 4-5.

Certo, per l'ipotesi delle anomalie sopravvenute potrebbe profilarsi un particolare problema, di difficoltosa soluzione. Si allude alla circostanza che, prima dell'intervento abrogativo (di qualunque natura esso sia), sulla disciplina previgente potrebbero essersi formati degli orientamenti giurisprudenziali, se non addirittura un diritto vivente. *Quid juris* di tali norme "create" dalla giurisprudenza dopo l'eventuale abrogazione della legislazione di riferimento? Potrebbero le stesse sopravvivere, continuando a regolamentare fattispecie che il legislatore ha invece espressamente stabilito di non disciplinare? La risposta a tale quesito sembra dover essere negativa. Invero, dopo l'intervenuta abrogazione, qualunque azione giudiziaria promossa non potrebbe che essere dichiarata inammissibile per inesistenza di una norma attributiva di una situazione soggettiva attiva, non potendo la stessa ritenersi "surrogabile" dalla norma in precedenza ricostruita in via giurisprudenziale. Per i giudizi invece ancora pendenti al momento dell'abrogazione il giudice potrebbe limitarsi alla applicazione dei principi in materia di successione delle leggi nel tempo.

## **2.2. (Segue): ipotesi particolari: l'eventualità di una legge "negativa" e le possibilità di "cristallizzazione" dell'interpretazione giurisprudenziale**

Il discorso potrebbe poi proseguire con la prospettazione di casi ad oggi mai verificatisi nel nostro sistema, ma la cui astratta prospettabilità non appare solo una ipotesi di scuola.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui il Parlamento approvi una legge (che in relazione al suo contenuto potrebbe definirsi) "negativa"; ovvero sia un atto normativo con il quale si manifesti in modo chiaro, espresso ed inequivoco che il legislatore non intende (volontariamente) disciplinare un determinato settore, non confinandolo nell'area della irrilevanza giuridica, ma sottraendolo per un tempo più o meno definito ad ogni sorta di regolamentazione.

In effetti una ipotesi non dissimile da quella appena citata si è recentemente verificata in Parlamento in sede di approvazione della Legge Cirinnà (Legge 20.5.2016 n. 76), nell'ambito della quale l'istituto della c.d. *Stepchild Adoption* è stato appositamente stralciato dal Parlamento, ma subito dopo "ricreato" attraverso una peculiare e controversa interpretazione della normativa previgente dalla Corte di cassazione nella sentenza 26.5.2016 n. 12962<sup>43</sup>.

In siffatto caso appare quanto meno opinabile che una anomia di tal fatta possa lasciare un margine di manovra all'intervento in via interpretativa da parte della giurisprudenza. Né potrebbe dubitarsi della legittimità (costituzionale) di una tale modalità di esercizio della funzione legislativa, data la sua potenziale illimitatezza<sup>44</sup> ed in considerazione dell'apporto

---

<sup>43</sup> Sulla quale si rinvia alle considerazioni critiche di I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 1 ss.

<sup>44</sup> Correttamente, secondo N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit., 10, «la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella

positivo che una tale modalità di esercizio potrebbe avere in ordine, ad esempio, al principio della certezza del diritto<sup>45</sup>, negli ultimi anni assai ridimensionato da orientamenti giurisprudenziali contraddittori formati in settori molto delicati privi di regolamentazione, prontamente riempiti in modo che potrebbe qualificarsi forse un po' troppo "creativo" dalle pronunce giurisdizionali<sup>46</sup>, come si è verificato nel caso della interruzione volontaria di trattamenti sanitari finalizzati al mantenimento in vita (casi Englaro<sup>47</sup> e Welby<sup>48</sup>) o delle unioni omosessuali<sup>49</sup>.

---

stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento. Inoltre, quel che non si decide in sede parlamentare, non per ciò solo va deciso in altre sedi, perché bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare».

<sup>45</sup> Sul concetto di certezza del diritto e sulle sue numerose implicazioni specialmente nello Stato costituzionale di diritto si sofferma dettagliatamente M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 27 ss.

<sup>46</sup> In ordine alle conseguenze degli eccessi di "creatività" della funzione interpretativa giurisprudenziale, con particolare riferimento alla possibilità che si verifichino delle situazioni critiche di disuguaglianza, cfr. A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa su *Dis-eguaglianza e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 326 ss., nonché ID., *Il diritto giurisprudenziale "creativo" e gli incerti confini tra giurisdizione e legislazione*, in F.J. LACAVA, P. OTRANTO, A.F. URICCHIO (a cura di), *Funzione promozionale del diritto e sistemi di tutela multilivello*, Cacucci, Bari, 2017, 163 ss. Sul ruolo di "supplenza" svolto dalla magistratura si sofferma in modo molto critico anche S. STAIANO, *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *Federalismi.it*, 29.5.2013, 5 e 12, secondo il quale «è necessario chiedersi se un tale ruolo di supplenza giudiziale dell'opera del legislatore possa trovare campo senza alterare radicalmente gli equilibri (già precari) del sistema»; «tale pervasività inefficiente tocca tutte le magistrature e minaccia i principi di certezza del diritto e di legalità, perché rende incerto il giudizio sulle conseguenze giuridiche dei comportamenti dei singoli cittadini e dei gruppi sociali».

<sup>47</sup> Sulle peculiarità del caso Englaro si rinvia alle argomentazioni di V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, 380 ss., di R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra "diritto politico" e "diritto giurisprudenziale": qualche osservazione in margine alla vicenda Englaro*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Giappichelli, Torino, 2010, 2931 ss. e di A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., 106 ss. Sul medesimo problema cfr. altresì le interessanti considerazioni di G. VALDITARA, *Giudici e legge*, Pagine, Roma, 2015, 34 ss.

<sup>48</sup> Sul quale cfr. N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. cost.*, 2007, 2366 e ss. e, anche con riferimento al caso Englaro, ID., *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 1 ss. Sia sul caso Englaro che su quello Welby si sofferma altresì, proprio con riferimento all'esistenza di lacune nell'ordinamento nazionale in materia, anche G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 4, la quale, sul punto, ritiene «degno di nota che si sia risolto negativamente il conflitto di attribuzioni nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Milano, proposto dalla Camera dei Deputati con l'argomento che tali autorità giudiziarie avrebbero esercitato attribuzioni proprie al potere legislativo o comunque interferito con le prerogative dello stesso», citando, tra gli altri, i commenti di R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/08)*, in *Forum costituzionale*, 2008, e R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, I, 49.

<sup>49</sup> Sulle quali cfr. la sentenza della Cassazione n. 4184/2009 che, secondo G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 67, «ha testualmente rivendicato: "la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto". È la clamorosa ed esplicita sconfessione del modello positivistico, accolto in Costituzione, che vede nella legge l'unica fonte del diritto. È certamente una affermazione eversiva del sistema». Sul punto si rinvia anche a V. TONDI DELLA MURA, *La nuova frontiera della regola giurisdizionale e i rischi della competizione normativa fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in M. ESPOSITO, A. LOIODICE, I. LOIODICE, V. TONDI DELLA MURA, *Temi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, 247 ss., nonché F. VARI, *Il soliloquio di Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in *Federalismi.it*, n. 15/2013, 13 ss.

In una prospettiva totalmente diversa potrebbe poi ipotizzarsi anche un diverso modo attraverso il quale, in via legislativa, potrebbe prodursi un contenimento del fenomeno della co-produzione normativa da parte della giurisprudenza. Si allude in questo caso non ad ipotesi di scuola, ma a casi effettivamente verificatisi, seppure in tempi risalenti, in ordinamenti particolari.

In proposito è noto, ad esempio, che la codificazione giustiniana aveva, tra i suoi scopi, non solo quello di raccogliere in pochi testi tutti gli orientamenti giurisprudenziali (e dottrinali) stratificatisi nei secoli, ma anche la finalità precipua di impedirne la formazione di nuovi e diversi rispetto a quelli raccolti e codificati, così perseguendo «la *reductio ad unum* dell'intero ordinamento, [concepito] come sistema tendenzialmente chiuso e a sé bastan-<sup>50</sup>te», evitando così i rischi (a suo tempo evidenziati da Pomponio, le cui parole vengono testualmente riportate nel *Digesto*) dello *ius incertum* di natura giurisprudenziale<sup>51</sup>. «Il disegno è chiarissimo nelle due costituzioni con cui si dispone la compilazione del *Digesto* e se ne ordina la pubblicazione. Nessun giureconsulto dovrà osare per l'avvenire accostare alcun commento ai brani del *Digesto*. L'*interpretatio* dei testi contenuti nel *Digesto* è qualificata piuttosto "*perversio*", è dunque uno stravolgimento e come tale vietata»<sup>52</sup>.

Né diverso scopo aveva, alcuni secoli dopo, la cosiddetta "chiusura della porta dell'*ijtihad*" (ovverosia dello "sforzo interpretativo"), cioè quel fenomeno che a partire dal IV secolo dell'Islam, intorno alla metà del nostro XI secolo, ha comportato che «al giurista è interdotta l'interpretazione diretta delle fonti del *fiqh*, mentre viene piuttosto invitato a meditare e riflettere sui risultati ottenuti dalla dottrina precedente»<sup>53</sup>, così sostanziando quella che è stata definita la "pietrificazione" o cristallizzazione del diritto mussulmano<sup>54</sup>.

Si tratta, com'è evidente, di esperienze storicamente (e giuridicamente) assai diverse rispetto a quella italiana, non foss'altro perché hanno riguardato (in tempi remoti) sistemi sostanzialmente di *case law* (diritto romano e bizantino) o a base religiosa (*shari'a* islamica), ma entrambe sintomatiche di una esigenza che non è venuta meno nel corso dei secoli, ossia quella della riaffermazione del principio della certezza del diritto attraverso una tendenziale limitazione – o, comunque, un contenimento – dell'attività interpretativa.

Tanto è vero che in tempi ed in luoghi assai più vicini ai nostri, il fenomeno si è nuovamente ripetuto, con finalità e metodi molto simili. Si allude all'art. 5 del Codice Civile francese del 21 marzo 1804 che, com'è noto, vieta ai giudici "di pronunciare in via di disposizione generale o regolamentare nelle cause che agli stessi sono sottoposte"; in sostanza, «il giudice può quindi decidere solo applicando strettamente la legge, senza poter introdurre

---

<sup>50</sup> Così G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 205, che richiama alcuni passi della *Constitutio Tanta*.

<sup>51</sup> D. 1.2.2.3-4 e D. 1.2.2.2.

<sup>52</sup> G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 206 e 213, il quale aggiunge che «il disegno di Giustiniano appare in una luce ancor più chiara laddove si concordi con il Falcone che il divieto dei commenti ai testi contenuti nel *Digesto* non doveva valere per i professori che si limitavano alle attività di insegnamento, ma riguardava il *Digesto* come testo legislativo da utilizzare nei tribunali. È evidente infatti, in questa prospettiva, la preoccupazione assorbente e decisiva di garantire norme certe e stabili nella prassi giudiziale».

<sup>53</sup> D. SCOLART, *La Madrasa, luogo del sapere religioso e giuridico*, in D. NOVARESE (a cura di), *Accademie e scuole. Istituzioni, luoghi, personaggi, immagini della cultura e del potere*, Giuffrè, Milano, 2011, 71.

<sup>54</sup> L. PEGORARO e A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, 9.



alcuna nuova norma»<sup>55</sup>. Una siffatta limitazione appare perfettamente in linea con gli artt. 6 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che, nell'imporre il principio della separazione dei poteri (peraltro indicati nel Preambolo della Dichiarazione nei soli poteri legislativo ed esecutivo, senza menzione di quello giudiziario), sottolineano la considerazione della legge quale espressione della volontà generale e quindi la sua supremazia su ogni altra fonte, con conseguente notevole riduzione del potere del giudice. Ed il quadro si completa con l'abolizione – introdotta dall'art. 4 del *Code* – della possibilità di ricorrere al *Référé législatif*, e la parallela introduzione del divieto di *non liquet*<sup>56</sup>: l'ordinamento giuridico così come racchiuso nel Codice è caratterizzato dalla completezza ed in quanto tale deve essere preservato da modificazioni introdotte in via interpretativa<sup>57</sup>.

Così come si allude, altresì, all'art. 73 dello Statuto albertino, secondo il quale "l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo", in tal modo subordinando «il giudice alla legge, in chiara polemica con la prassi che durante l'*ancien régime* aveva visto i giudici assumere potestà normativa»<sup>58</sup>.

### **2.3. (Segue): l'esperienza italiana degli ultimi anni: le tendenze codicistiche e le leggi interpretative**

Orbene, negli ultimi anni è registrabile un fenomeno parzialmente simile a quelli appena descritti anche nell'ordinamento italiano, nel quale sempre più spesso gli interventi legislativi del Parlamento in determinati settori risultano impostati sulla tecnica della codificazione degli orientamenti giurisprudenziali stratificatisi sulla legislazione previgente, com'è avvenuto, ad esempio, di recente con il D.Lgs. 2.7.2010 n. 104 (Codice del Processo Amministrativo) o del D.Lgs. 18.4.2016 n. 50 (nuovo Codice dei contratti pubblici)<sup>59</sup>. Certo, tale attività di "raccolta" della giurisprudenza e la sua trasformazione in normazione non è poi accom-

---

<sup>55</sup> Così G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 241.

<sup>56</sup> Il *Référé législatif*, introdotto nel periodo rivoluzionario e modellato proprio sulla base di quanto disposto da Giustiniano nella *Constitutio Tanta* (21), prevedeva, com'è noto, la possibilità che il giudice, in caso di dubbi sulla interpretazione di una norma potesse sospendere il processo e chiedere l'intervento ermeneutico di una apposita Commissione. Per ulteriori riferimenti G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 241-242. Tale istituto è stato recentemente richiamato da V.N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, 26, proprio con riferimento alla sentenza del Tribunale di Roma del 16.12.2006 con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso nel caso Welby «adducendo l'argomento per cui il diritto al distacco [dalla ventilazione artificiale] chiesto da Welby [...], pur riconosciuto esistente sarebbe tuttavia "non concretamente tutelato dall'ordinamento"» (G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 3).

<sup>57</sup> Sui divieti di interpretazione, con particolare riferimento alla codificazione giustiniana ed al Codice Napoleonico cfr., altresì le considerazioni di Zagrebelsky in M. BRUNELLO e G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, il Mulino, Bologna, 2016, 42-43.

<sup>58</sup> A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1982, 28. Sull'art. 73 dello Statuto cfr., inoltre, le interessanti considerazioni di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 85 ss.

<sup>59</sup> Seppur con riferimento ad ipotesi parzialmente diverse, icasticamente M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 396, evidenzia una sorta di forma di «autolesionismo del legislatore, che sempre più di frequente prevede il dovere di conformazione di atti normativi, anche primari (in genere, decreti legislativi), agli indirizzi giurisprudenziali se non a singole sentenze».

pagnata, come nelle citate precedenti esperienze, da un tentativo di “pietrificazione” dei medesimi orientamenti, finalizzato allo scopo di impedire una ulteriore interpretazione di disposizioni già frutto di interpretazioni (precedenti). Ma cosa accadrebbe ove il Parlamento decidesse di ripercorrere l’esempio giustiniano o quello napoleonico, inserendo in una codificazione una disposizione con la quale vietasse al giudice di interpretare le norme contenute nel nuovo codice? Potrebbe una norma impedire al giudice di interpretare sé stessa, o le altre norme ad essa correlate?

In linea di massima la risposta non potrebbe che essere positiva. Deporrebbe in tal senso, anzitutto, l’esistenza di norme di interpretazione autentica. Appare evidente, infatti, che l’intervento interpretativo dello stesso legislatore non possa che porsi quale un ulteriore limite alla possibilità di assoggettare ad ulteriori operazioni ermeneutiche una disposizione che sia già stata oggetto di interpretazione da parte dello stesso soggetto che ha creato l’oggetto (disposizione) sul quale si intende operare una ulteriore attività interpretativa<sup>60</sup>.

D’altronde, la stessa funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione potrebbe, volendo, essere letta non solo quale metodo di “omogeneizzazione” degli orientamenti giurisprudenziali, ma anche quale modo attraverso il quale impedire interpretazioni diverse da parte degli altri giudici, pur se nei limiti in cui ciò può avvenire in un sistema avente una struttura del precedente giudiziario di tipo solo *persuasive* e non vincolante, come accade invece negli ordinamenti di *common law*.

In tale diversa prospettiva non si vede, dunque, perché la possibile limitazione degli interventi interpretativi dei giudici, consentita alla Cassazione attraverso la nomofilachia, non dovrebbe ritenersi consentita anche (ed anzi, principalmente) al legislatore. Ciò d’altronde appare in linea con l’orientamento della stessa Cassazione che, in una delle prime pronunce delle Sezioni Unite<sup>61</sup>, ebbe modo di evidenziare come “il legislatore ben possa, quando una legge abbia dato luogo ad incertezze interpretative, precisare in modo definitivo ed obbligatorio *erga omnes* il suo reale pensiero mediante la emanazione di apposita ‘legge interpretativa’ [la quale] allorché sia stata approvata (...), diviene obbligatoria (...) non soltanto nei confronti di tutti i cittadini, ma anche nei riguardi della magistratura, la quale non può far altro che prenderne atto ed applicarla”. “In altre parole, l’emanazione di leggi interpretative è una facoltà che rientra certamente nell’ambito del potere legislativo e, quindi, non rappresenta

---

<sup>60</sup> In modo assai efficace e richiamando l’opinione di P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. IV*, Sez. civ., vol. X, Utet, Torino, 1993, 33, A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 73, evidenzia «la lotta tra le varie componenti del diritto per l’attribuzione di un senso ai testi normativi si esplica come lotta sulla controllabilità dei risultati ermeneutici. Ciascuna componente cerca così di vincolare le altre al fine di limitarne il *potere di interpretazione*» (...). Il tema della c.d. interpretazione autentica rappresenta un campo di battaglia particolarmente infuocato di tale conflitto, opponendosi alla funzione interpretativa del giudice la pretesa del legislatore di attribuire un senso al testo interpretato, in modo vincolante per tutti ed *ora per allora*. «In effetti, l’interpretazione autentica legislativa rappresenta il mezzo più efficace per sottoporre davvero il giudice (non alla legge, bensì) alla volontà del legislatore ed ai suoi *desiderata*». Sul punto cfr. anche le considerazioni di G. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all’interpretazione autentica (brevi riflessioni a margine del recente “statuto dei diritti del contribuente”)*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. II, 263 ss.

<sup>61</sup> Corte Cass., SS.UU., 22.1.1957 n. 168, in *Giur. cost.*, 1975, 1141 ss., riportata in A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 83.

affatto una indebita invasione dello stesso nella sfera riservata al potere giudiziario". Il punto non è tuttavia incontrovertito in dottrina<sup>62</sup>, se non altro perché potrebbe obiettarsi che l'intervento interpretativo del legislatore, traducendosi in una ulteriore disposizione (e non in una norma) lascerebbe integro il potere del giudice di procedere ad ulteriori interpretazioni, anche se potrebbe in effetti dubitarsi che la "norma" enunciata dal legislatore in via interpretativa possa ancora qualificarsi in termini di disposizione (quale enunciato linguistico), attesa la sua valenza normativa del tutto peculiare.

**2.4. (Segue): gli ulteriori limiti all'interpretazione riconducibili al tentativo di costituzionalizzazione della "clausola di sola abrogazione espressa" di cui alla riformulazione dell'art. 70 Cost. contenuta nella riforma costituzionale "Renzi-Boschi".**

Una ulteriore ipotesi di limitazione dell'attività interpretativa in via giurisprudenziale di disposizioni potrebbe, inoltre, essere individuata alla luce della diversa formulazione dell'art. 70 Cost. che si è tentato di introdurre con la riforma costituzionale del 2016 – che non ha tuttavia superato la prova del referendum del 4 dicembre – finalizzata a costituzionalizzare il principio della c.d. "clausola di sola abrogazione espressa" per le leggi bicamerali.

In verità, «la regola che certe leggi possono essere abrogate, modificate o derogate solo in forma espressa non costituisce una novità essendo stata varie volte in passato prevista da leggi ordinarie, con la conseguenza però che essa ben poteva essere a sua volta derogata da altra norma avente anch'essa forza di legge ordinaria»<sup>63</sup>.

Una eventuale costituzionalizzazione del principio che, per determinate leggi (nella specie trattavasi delle c.d. "leggi bicamerali"), la modifica in senso abrogativo di disposizioni previgenti possa avvenire solo in forma espressa, rende evidente che alle stesse non potrebbe più ritenersi applicabile, per la risoluzione di eventuali antinomie, il criterio cronologico della abrogazione tacita o per incompatibilità di cui all'art. 15 delle preleggi.

In sostanza, in un siffatto diverso sistema, in caso di incompatibilità tra norme poste da due leggi bicamerali, se la successiva non provvedesse espressamente ad abrogare, modificare o derogare la norma incompatibile della legge anteriore, si potrebbe essere portati a ritenere «che la norma della legge successiva non "abbia la forza" di abrogare tacitamente la precedente, che dunque dovrebbe prevalere».

---

<sup>62</sup> Cfr. in proposito l'articolata argomentazione di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 91-92, il quale rileva che «postulando l'idea che la norma esista come tale solo nel momento dell'applicazione essendoci, prima di essa, solamente una disposizione aperta a più significati, si può agevolmente criticare la pretesa del legislatore-interprete di porre autoritativamente norme, potendo il Parlamento introdurre nell'ordinamento esclusivamente *enunciati linguistici*, oggetto poi di (re)interpretazione da parte dell'applicatore», dal che deve inoltre dedursi «che anche la legge interpretativa è soggetta al potere interpretativo del giudice».

<sup>63</sup> A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, in *Giuristi di Puglia* (a cura di), *Dossier referendum*, Bari, 2016, 21.

Ne deriverebbe che la riforma costituzionale (non giunta a conclusione) abbia tentato di attribuire, mediante la modifica dell'art. 70 Cost., «alla legge bicamerale una forza passiva peculiare e potenziata, non essendo suscettibile di essere abrogata (...) da una norma incompatibile posta da fonte successiva dello stesso tipo, che non sia accompagnata da una norma di abrogazione espressa». Con la conseguenza che, «se queste disposizioni non possono mutare se non per volontà espressa e formalizzata del legislatore bicamerale, dovrebbe escludersi la liceità di ogni attività interpretativa (anche giudiziaria) finalizzata ad evidenziare abrogazioni tacite o implicite»<sup>64</sup>.

La circostanza che il tentativo di riforma dell'art. 70 Cost. non sia giunto a conclusione, a seguito della consultazione referendaria, non ridimensiona la portata della problematica (che ben potrebbe riproporsi in un eventuale ulteriore possibile tentativo di riforma del sistema bicamerale) che è stata peraltro in più occasioni già affrontata in linea teorica, senza tuttavia raggiungere un orientamento dottrinale univoco, potendosi ritenere sia che, in presenza della costituzionalizzazione del principio della abrogazione espressa, una legge contenente una disciplina incompatibile con altra previgente, in assenza della predetta abrogazione espressa, possa essere suscettibile di annullamento per violazione di una norma sulla produzione, conservando tuttavia la sua efficacia nelle more della decisione della Corte costituzionale<sup>65</sup>, sia che la norma successiva (incompatibile con la precedente) possa invece «essere ritenuta inefficace da ogni operatore giuridico, almeno fin quando non si doti di una norma di abrogazione espressa»<sup>66</sup>.

In una tale prospettiva, se da un lato non sembra dubitabile che dall'espansione dell'obbligo di abrogazione espressa potrebbe conseguire una significativa riduzione dei margini di apprezzamento interpretativo dei giudici, dall'altro non può omettersi di rilevare come questi ultimi conserverebbero comunque un'ampia discrezionalità in ordine all'accertamento della eventuale esistenza di una ipotesi di abrogazione implicita e della sua correttezza o meno (anche attraverso lo strumento dell'incidente di costituzionalità).

### **3. Lo spazio interpretativo lasciato alla giurisdizione dalle anomalie e dalle lacune del sistema**

Volendo trarre delle conclusioni dalle considerazioni sinora svolte, potrebbero ipotizzarsi delle differenziazioni nei limiti che l'interprete (in particolare il giudice) può incontrare nella sua attività ermeneutica in presenza di anomalie o lacune del sistema. Limiti che differirebbero proprio in relazione alla natura e tipologia del "vuoto" normativo che si intenderebbe colmare.

---

<sup>64</sup> A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, cit., 22.

<sup>65</sup> A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, cit., 22.

<sup>66</sup> A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, cit., 22, il quale richiama l'opinione di P. CARNEVALE, *Brevi considerazioni in tema di "oggetto proprio", clausola di "sola abrogazione espressa" e "riserva di procedimento" per le leggi bicamerali*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 1, 5.

Da questo punto di vista, se le argomentazioni svolte in precedenza sono corrette, la prima conclusione alla quale dovrebbe pervenirsi è quella della impossibilità, per l'interprete, di tentare di colmare – specialmente in via giurisprudenziale – delle anomalie, siano esse originarie o sopravvenute.

In tal caso, infatti, la mancanza di disciplina normativa di un intero settore sembra costituire un ostacolo insormontabile alla integrazione in via interpretativa dell'ordinamento, sia in conseguenza della applicazione del principio di differenziazione tra *legislatio* e *jurisdictio* (non parendo ipotizzabile che quest'ultima – che è comunque produttiva, eventualmente, solo di una *case law*, legata alla soluzione di problematiche giuridiche concrete e specifiche, possa “integrare” in via giurisprudenziale un intero settore non disciplinato), sia in considerazione della circostanza che la presenza di una anomia genera nell'ordinamento il venir meno dell'intera “trama” normativa nello specifico settore considerato, rendendo così impossibile qualunque operazione di “ricucitura” dello stesso con quelli circostanti e, ancor più, il suo eventuale riempimento.

A diverse conclusioni dovrebbe invece pervenirsi nel caso della soluzione del problema delle lacune.

In tale ipotesi, infatti, al contrario della precedente, potrebbe ipotizzarsi una generale possibilità, in astratto, di colmare il vuoto di un singolo istituto (o di un suo specifico aspetto) in via interpretativa, sia essa di tipo analogico (*juris o legis*), o di tipo sistematico.

A tale regola generale dovrebbero, tuttavia, porsi talune limitazioni all'attività dell'interprete – come si è avuto modo di osservare in precedenza – in buona parte quasi tutte correlate anch'esse alla differenza tra attività di *legislatio* e attività di *jurisdictio*<sup>67</sup>.

E' proprio a tale differenziazione che sembrerebbero, infatti, doversi ricondurre l'esclusione di interventi di tipo integrativo in particolare nelle ipotesi di lacune sopravvenute.

Si allude in modo specifico alle lacune venutesi a creare a seguito di una manifestazione espressa di volontà da parte del legislatore o del corpo elettorale (in sede referendaria), attraverso l'istituto della abrogazione, che mal si concilierebbe con una successiva inte-

---

<sup>67</sup> Potendosi in ipotesi simili concretizzare la possibilità di un vero e proprio «abuso dei poteri interpretativi», come correttamente rileva M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 14. Su tali aspetti, con particolare riferimento ai limiti che il giudice incontra nella elaborazione di possibili (ma non ammissibili) interpretazioni conformi a Costituzione e quindi sui rapporti – in materia di interpretazione – tra giurisdizione ordinaria e costituzionale, G. SORRENTI, *La Corte di cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, cit., 11, evidenzia che «le Corti supreme non possono travalicare i confini di ciò che non è consentito nemmeno al giudice delle leggi (manipolare il testo qualificando l'operazione come interpretazione costituzionalmente orientata), dovendo piuttosto, in tal caso sollevare ricorso incidentale all'apposito organo», non potendo ritenersi ammissibili «interpretazioni *secundum Constitutionem* ma *contra legem*». Ed invero, «il problema dell'interferenza con attribuzioni tipiche del giudice delle leggi emerge sia quando le Corti supreme forzano i limiti di elasticità del testo normativo, facendo ad esso dire più di quanto possa esprimere (così invadendo il campo riservato alle decisioni manipolative), sia quando esse estendono autonomamente dispositivi di incostituzionalità emessi dal garante della rigidità del testo fondamentale riguardo a fattispecie legislative analoghe». Sui rapporti tra interpretazione giudiziaria e “sentenze-legge” della Corte costituzionale cfr. anche le considerazioni di M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, 2 ss.

grazione del vuoto normativo in sede giurisprudenziale, che verrebbe a porsi in inevitabile contrasto con la volontà espressa dal potere legislativo.

In sostanza, se tali conclusioni potessero considerarsi corrette, una possibilità di integrazione in via ermeneutica dell'ordinamento potrebbe ritenersi ammissibile nel solo caso delle lacune originarie, essendo per lo meno difficile individuare ipotesi di lacune sopravvenute non riconducibili a quelle di tipo abrogativo se non, forse, quelle conseguenti ad una pronuncia di illegittimità costituzionale da parte della Corte (che verrebbe a porsi, quindi, sostanzialmente come unica ipotesi nella quale potrebbe ritenersi consentito un intervento postumo di integrazione che non solo non si porrebbe in contrasto con una specifica *voluntas legis*, ma sotto taluni profili quasi "necessitato" dall'esigenza di regolamentare la singola fattispecie in attesa dell'intervento legislativo). Anche se non può omettersi di evidenziare che anche in tal caso le fattispecie considerate potrebbero configurarsi in modo molto più problematico, come ad esempio nella ipotesi di sentenze che finiscono sostanzialmente per creare diritti in materie nelle quali opera una riserva di legge, giacché in tal caso è "la legge il mezzo privilegiato destinato alla conformazione di tali diritti"<sup>68</sup>, per cui non sembrerebbero residuare margini di possibile operatività per una "creazione" in via giurisprudenziale degli stessi.

Quanto da ultimo osservato non può tuttavia esimere da alcune considerazioni su di un'ipotesi particolare, ovvero quella della decisione che prevede che «l'oggetto del giudizio di costituzionalità sembra spostarsi dalla legge all'esercizio (o al mancato esercizio) della funzione legislativa»<sup>69</sup>: si tratta della sentenza additiva di principio.

Proprio in merito a questa tipologia decisoria si è sostenuto che essa, solo apparentemente additiva, non è suscettibile, in verità, di ricevere applicazione immediata: tale applicazione viene espressamente rimessa al legislatore «dal momento che un qualche cosa va stabilito in materia discrezionalmente e dunque non può essere oggi previsto dalla corte (come pure... neanche dai giudici ordinari o amministrativi, che si trovassero in presenza di una lacuna di questo tipo)»<sup>70</sup>.

Tuttavia, se è vero che l'additiva di principio «esplicitamente evoca un'ulteriore attività legislativa»<sup>71</sup>, è anche ed altrettanto vero che con essa la Corte "si affida" altresì ai giudici per portare a termine l'"operazione aggiuntiva".

---

<sup>68</sup> Cfr. sul punto l'ord. n. 334 dell'8 ottobre 2008 della Corte costituzionale (pag. 3).

<sup>69</sup> F.P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1993 – Conferenza stampa del Presidente*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1994, 17.

<sup>70</sup> L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 11-12.

<sup>71</sup> A. CERRI, *Appunti sul cd. "giudicato costituzionale"*, in *Giur. it.*, 2009, 2831. Peraltro, questo non impedisce di osservare, in riferimento all'incidenza del giudicato costituzionale sull'additiva di principio, che, se la Corte con l'additiva di principio ha annullato il principio inverso a quello che essa ha ritenuto di dover inserire, al legislatore sarà inibito sia di riprodurre quello stesso principio in una nuova norma identica a quella annullata sia di ridisciplinare la materia in modo non conforme ad esso: insomma, «qualsiasi norma reintrodotta che non sia compatibile con il principio "addizionato" costituirà necessariamente una specificazione di quello, negativo, espunto dall'ordinamento, e, di conseguenza, non potrà che essere valutata, nel corso di un nuovo, eventuale, giudizio di costituzionalità, come una illegittima riproduzione»: così F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir. - Agg.*, V, Giuffrè, Milano, 2001, 456.

Più in particolare, quando il principio indicato dalla Corte non è ambiguo ed oscuro, è facile che l'applicazione giurisprudenziale del principio stesso non dia esiti differenti, ma che si formi un vero e proprio diritto vivente uniforme in materia: di conseguenza, pur nell'ipotesi in cui il legislatore continuasse a non intervenire, nel frattempo sarebbe, però, possibile che pressoché in ogni parte del territorio nazionale identiche o simili istanze di giustizia trovasse-  
ro identiche o analoghe risposte giudiziarie.

Tutto questo, però, merita una duplice avvertenza.

Da un lato, come rilevano alcuni acuti commentatori, si tratterebbe di una soluzione, sì, auspicabile, ma pur sempre «in sé patologica»<sup>72</sup> dal momento che non è il diritto vivente che deve dettare la disciplina stabile della materia.

Dall'altro lato, si deve considerare che non è detto che si formi un diritto vivente in grado di impedire contrastanti applicazioni del principio da parte dei giudici specialmente se il principio è "a trama amplissima".

Quali, poi, debbano essere le conseguenze dell'eventuale superamento – specie da parte dei giudici – dei limiti sinora individuati alla possibilità di integrazione in via interpretativa dell'ordinamento, costituisce un argomento di sicuro interesse, ma che esula dai più ristretti obiettivi che la presente indagine si prefiggeva.

---

<sup>72</sup> C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore, in A. RUGGERI - G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 267, la quale si chiede anche se, nel caso in cui venisse sollevata la *quaestio* sul diritto vivente divenuto fonte stabile della disciplina, la Corte potrebbe azzerare gli sforzi compiuti dai giudici per tradurre in soluzioni concrete il principio senza apparire «capricciosa» agli occhi degli stessi e senza finire col «punire» i cittadini che nel frattempo abbiano maturato un qualche affidamento nella soluzione giurisprudenziale invalsa» (p. 268).