

“Rigore è quando arbitro fischia”?
Spunti di ‘ragionevole’ scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione *

di Salvatore Prisco **
 (28 gennaio 2016)

*In fondo a ogni credenza c'è una verità.
 In fondo ad ogni salotto c'è una credenza.
 Questo dimostra inconfontabilmente che i salotti esistono.*
 GROUCHO MARX

*“Questo è gloria per te!” - “Non capisco cosa intenda per ‘gloria’”, disse Alice.
 Humpty Dumpty sorrise sprezzantemente.
 “È naturale che tu non capisca... finché non te lo spiegherò io. Significa: ‘Questo è un ragionamento
 schiacciante per te!’”
 “Ma ‘gloria’ non significa ‘ragionamento schiacciante’”, obiettò Alice.
 “Quando io adopero una parola – disse Humpty Dumpty, in tono piuttosto sdegnoso –
 significa esattamente quel che ho scelto di farle significare... né più né meno”. “
 “La questione è – disse Alice – se lei può fare in modo che le parole significhino le cose più disparate”.
 “La questione è - disse Humpty Dumpty - chi è il padrone... ecco tutto”.*
 LEWIS CARROL, *Al di là dello specchio (e quel che Alice vi trovò)*, trad. it., Milano, 2007, 219.

*Il diritto deve essere stabile e, tuttavia, non può restare immobile (...). Poiché siamo in cerca dei principî,
 dobbiamo cercare i principî che regolano i mutamenti, non meno che quelli che assicurano la stabilità.*
 ROSCOE POUND, *Interpretazioni di storia del diritto*, in *Giustizia, diritto, interesse*, trad. it, Bologna, 1962, 7 .

SOMMARIO: 1. – *Il tema.* 2. – *Una parentesi personale.* – 3. – *Razionalità e ragionevolezza tra giuspositivismo classico e orientamento all’ermeneutica “per valori”* 4. – *Che cosa è realisticamente ‘interpretare il diritto’ nello Stato costituzionale maturo.* 5. – *Per una conclusione: il controllo di ragionevolezza come espressione della crisi della dimensione rappresentativa del ‘politico’ e la necessità di controllare i controllori.*

1.– *Il tema.* La pretesa di aggiungere sul tema della “ragionevolezza” qualche riflessione alle molte e di alto livello già disponibili, in un dibattito già ricchissimo, è paradossalmente del tutto irragionevole, ovvero (usando un sinonimo del suo contrario e questa è già una presa di posizione attraverso la semantica) imprudente.

Il senso di questo intervento è quello di spargere scetticismo sulla derivazione di tale canone – per il momento è preferibile definirlo in modo generico – dalla astratta e astorica razionalità logico-formale, come ancora molti pensano invece che sia, di metterne in luce la solo apparente continuità con questa e di interrogarsi piuttosto sulla sua reale natura, che tale modo di ricostruirla dissimula¹.

* Testo destinato agli *Scritti in onore di Augusto Cerri*. Mi avvalgo, nella stesura di questo scritto, di spunti sviluppati nella relazione tenuta al Seminario di Pescara (Università G. D’Annunzio, Dipartimenti di Economia e di Scienze Giuridiche e Sociali, 11 dicembre 2015) *Diritto: scienza, tecnica o arte? Metodo giuridico e scienza sociale tra ricerca e professione*, in amichevole dialogo coi colleghi Giuseppe Marazzita, Alessandro Morelli e Mauro Orlandi, come correlatori e Francesco Bilancia, Stefano Civitarese Matteucci, Giampiero di Plinio e Alessandro Serpe, quali *discussants*. Ringrazio Cesare Pinelli e Massimo Siclari per avere pazientemente atteso che ultimassi la scrittura del lavoro, nonché Roberto Bin, Fulvio Pastore e Alfonso Vuolo per le loro penetranti letture critiche e gli incoraggiamenti a pubblicarlo.

La nozione consente infatti agli operatori giuridici che la impiegano con frequenza (essenzialmente le Corti costituzionali, ma l'aspirazione dei teorici dello Stato costituzionale è ricondurre ad essa qualsiasi manifestazione potestativa pubblica) di superare senza ammetterlo i vincoli che vogliono ricondurre l'applicazione del diritto alla testualità delle disposizioni normative o dell'ancoraggio al precedente giudiziario, a seconda degli ordinamenti, comunque tenuti a rispettare l'uno o l'altro limite.

Attraverso il ricorso ad essa le Corti affermano cioè la loro funzione di mediatrici necessarie tra valori/principi costituzionali, benché siano composte da soggetti non selezionati per via rappresentativo-elettorale e pertanto – secondo il modello giuspositivistico, per quanto aggiornato criticamente – non legittimate in merito a scelte “forti”, da riservare invece alle opzioni del legislatore².

Il punto è insomma quello di cogliere e ammettere – senza negarlo – il loro inevitabile “fare politica” (beninteso: nel singolo caso e nello spazio tra generalità-astrattezza del precetto e sua applicazione in concreto, in ciò differenziandosi questa pratica dall'ordinario “fare politica” del legislatore elettivo³), benché il sistema e le teorie che pretendono di spiegarne

1 Ha persuasivamente osservato G. ZAGREBELSKY, *Per Paolo Grossi giudice costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 39 (2010), 572: “La ragionevolezza appartiene al lato materiale del diritto, non a quello formale. Il suo emergere nella giurisprudenza, non solo italiana, è la conseguenza di un cambio di paradigma nella stessa concezione del diritto nella nostra epoca. Essa ha a che vedere con la natura della Costituzione e da lì si rifrange sulla natura del diritto, come tale. Quando il diritto si riduceva alla legge e la legge si riduceva alla volontà del legislatore, la ragionevolezza della legge coincideva con la ragione del legislatore. Un controllo esterno non sarebbe stato nemmeno concepibile. Il diritto oggi è invece non lo strumento del potere legislativo, ma il criterio di regolazione e di convivenza sociale(...). La Corte è l'organo della ragionevolezza, non in quanto sia, come è stato detto una volta ‘l'isola della ragione nel caos delle opinioni’. Essa non ha da far prevalere una ragione astratta sulle ragioni concrete del legislatore”.

2 Sulla “difficoltà contromaggioritaria” in cui si imbatte ad esempio la Corte Suprema statunitense, allorché ritiene (e nella misura in cui effettivamente lo faccia, posto che sul punto non v'è certo unanimità di vedute, né tra gli studiosi, né tra gli stessi suoi membri) di dovere salvaguardare l'*original intent* dei framers of the Constitution, trovando peraltro una “debolezza” nella “irresistibile pervasività” del *moral reading* della evoluzione sociale, che mette in scacco la pretesa di intensa valenza normativa del deposito primigenio del testo, si legga O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, ne *Lo Stato*, 3 (2014), 11 ss. . Sul carattere ambiguo di tale esito – che può anche rovesciarsi, attraverso il giudizio di cui si tratta nel presente lavoro – in una legittimazione dell'esistente, si veda peraltro opportunamente G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, a cura di A. Cerri, Roma, 2007, 302.

3 Nel linguaggio di N. LUHMANN, *La differenziazione nel diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, tr. it., Bologna, 1990, 125 s., questa distanza intercorre tra “programma di decisione” del primo “e “decisione” concreta del secondo; si vedano in termini anche F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma - Bari, 6^a ed., 2006, 160 e B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Torino, 2013, 14.

l'attività non le legittimino a tanto⁴ e di ricavarne qualche misura di prudenza per scongiurare paurosi abusi.

2. – *Una parentesi personale.* Sia però innanzitutto consentita a chi scrive qualche notazione sul suo rapporto con il collega destinatario di questo scritto, che è stato pensato per corrispondere al gradito invito a partecipare alla raccolta di studi in suo onore, quale si è soliti offrire ad un professore universitario in occasione della collocazione fuori ruolo.

Quando l'ho conosciuto per la prima volta *de visu* ero già avviato in carriera ed ovviamente lo avevo letto in precedenza. Dopo qualche altro incontro, mi è stato chiaro il motivo per il quale lo sentivo simpatetico a me: per una comune disposizione caratteriale, entrambi siamo schivi (io in verità lo sono diventato negli anni, smaltiti i giovanili furori "presenzialisti" e l'ansia di essere nel luogo e nel momento in cui "accadono le cose", ad esempio ai convegni associativi di categoria) e preferiamo la compagnia dei libri a quella degli uomini. O almeno questo è allo stato sicuramente vero per me, ma credo anche per lui.

Ero tuttavia solo uno dei tanti compagni di strada che per lavoro egli vedeva, sicché restai felicemente meravigliato quando mi chiese – non da me sollecitato – di entrare a comporre il comitato scientifico e quello di redazione della sua bella rivista *Nova juris interpretatio in hodierna gentium communione* e di prendere parte, a scopo organizzativo, a qualche riunione preparatoria.

Ne ricordo ancora il tormento per fondare l'impresa su un gruppo di voci di diversa competenza e sensibilità culturale, oltre che di vari interessi scientifici, nonché per trovare alla testata un denominazione che guardasse al tempo stesso al passato e al futuro.

Da questo proposito derivavano l'apertura interdisciplinare degli studiosi da lui raccolti alla bisogna – oggi abbastanza diffusa, ma all'epoca ancora relativamente insolita – e da tale intento anche l'approdo, in fondo prevedibile, all'aggettivo *Nova*, che compare nella denominazione della testata, beninteso senza rinunciare a quanto di buono e di inobliscibile trasmette la tradizione.

Questo limite auto-imposto motivò dunque per essa la scelta "stravagante" del latino, in luogo di quella – che avrebbe avuto buone ragioni a favore, ma che sarebbe stata anche segno di cedimento alla moda e di provincialismo – dell'ormai onnipervadente inglese e

4 Nel caso della Corte Costituzionale italiana è anzi prescritto proprio l'opposto, *ex art. 28 della l. 87/1953*, a tenore del quale "Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento". La disposizione – a giudizio di E. CHELI, *Ragionevolezza e Stato costituzionale*, Napoli, 2012, 16 – costituisce una "fragile barriera", travolta da un "tipo di controllo non riferibile ai caratteri originari del nostro controllo di costituzionalità", (*ma che*) "è riuscito di fatto ad affermarsi e a manifestare nel tempo una crescente capacità espansiva". Nella posizione di cui al testo, lo scrivente si ritrova peraltro in autorevole compagnia: a parte gli autori sintonici citati in seguito, si vedano ad esempio, in termini teorico-generalisti, A. CANTARO, *Introduzione: Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura del medesimo, Torino, 2011, spec. 20 ss. (e anche la sua *Nota tematica al seminario*, 311 ss.); F. RIMOLI, *Razionalità e ragionevolezza nel processo di positivizzazione del diritto: riflessioni brevi su una prospettiva teorica*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 2913 ss. (e anche in ID., *Democrazia, pluralismo, laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Napoli, 2014, 93 ss.); R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, ne *Lo Stato*, 4 (2015), 11 ss., con svolgimenti ovviamente diversi, ma tutti comunque problematici ed in sostanza convergenti su una visione scettico-realista dell'assunta continuità tra razionalità e ragionevolezza e sulla sottolineatura dell'uso della ragionevolezza in funzione dissimulativa del "nucleo oscuro" della forza del dominio politico, "addomesticato" – ma giammai del tutto occultabile ed eludibile – col ricorso all'idea del "bilanciamento" giurisprudenziale degli interessi (su questo aspetto spec. i primi due Autori) e sulla descrizione dell'effettiva dinamica del processo politico democratico (su cui soprattutto il terzo).

fece identificare il “fuoco” tematico centrale e ineludibile sul quale concentrarsi, *l’interpretatio juris*.

Il giurista non può infatti mai dismettere la fatica di guardare a materiali regolativi nati nel passato per “trasportarli”, analizzarli e risistamarli per tempi e circostanze storiche differenti da quelli per i quali nacquero e che sono, nel presente, appunto quelli di una *hodierna gentium communio* di estensione ormai globale.

Desidero ancora aggiungere un’osservazione: l’università italiana, almeno per quanto attiene agli studi di diritto (la situazione che conosco) è tuttora contraddistinta da una trasmissione di nozioni ancora perlopiù frontale e basata su “monologhi” dalla cattedra, nei quali si sostanzia la lezione del docente. La metodologia didattica – se non esclusiva, ancora prevalente – è cioè e per così dire quella della comunicazione “verticale” del sapere giuridico a un pubblico di studenti che, quando va bene, frequentano (e sono i meno, tra gli iscritti, anche perché gli spazi disponibili e le abitudini ormai radicate non permetterebbero di fare diversamente), ascoltando silenti e prendendo appunti. Si insegna cioè il “sapere” giuridico, ma in teoria e non attraverso il “saper fare”⁵.

È vero che *a latere* sono a volte previste esercitazioni giurisprudenziali, ma – secondo l’esperienza di chi qui scrive – esse contemplan in forme ancora insufficienti il coinvolgimento attivo dei presenti e la sperimentazione di “cliniche del diritto”, ad esempio attraverso processi simulati, laboratori di esame e scrittura di atti o discussioni critiche del testo di leggi, sentenze e provvedimenti amministrativi. Oggi si sta in varie sedi facendo qualcosa per ammodernare la didattica, anche puntando sulle opportunità dell’*e-learning*, ma in modo ancora sporadico e affidato perlopiù unicamente alla buona volontà dei singoli.

Per me fu dunque da subito una sorpresa piacevole che il *Corso di diritto pubblico* di Augusto Cerri invertisse tale classico costume e consistesse di “casi e materiali”, partendo da questi per ricostruire il sistema: un tentativo a mio parere felice di fare incontrare tradizioni e pratiche diverse nello studio del diritto, poi confermato da un *Corso di giustizia costituzionale plurale* che, disegnando com’è giusto il nostro modello di essa, si apre tuttavia alla fine al confronto con quelli altrui e col vivente divenire di tutti.

Non è certo un *descamisado*, il nostro Autore, anche per la mitezza dell’aspetto e del comportamento, nonché per la cortesia del suo abituale modo di porgersi agli altri; ma la sostanza del suo metodo e della sua lezione – che si basa su una rara profondità di conoscenza analitica delle giurisprudenze costituzionali, patrimonio messo con generosità a disposizione degli amici che sovente gli chiedono lumi e conforto – a me sembra comunque rivoluzionaria.

Ecco perché a me viene, pensando a lui, di parafrasare Camillo Sbarbaro: “Augusto, se anche tu non fossi un Maestro, se anche fossi a noi un estraneo, per te stesso egualmente ti ameremmo”.

5 È molto utile, per una descrizione realistica delle pratiche formative concretamente svolte nei nostri Dipartimenti e nelle residue Facoltà di Giurisprudenza, G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, II ed., Bologna, 2013. Un’interessante discussione sulla didattica scolastica del diritto, che dovrebbe - a parere di chi qui scrive – essere meditata anche da chi lo insegna all’università è quella di A. FOGLIA, *Quale didattica per quale diritto? Una proposta tra teoria generale e didattica del diritto*, Bellinzona, 2003. È peraltro anche doveroso segnalare la diffusione in sedi accademiche di pratiche di insegnamento “clinico” e pratico; sia permesso su questo aspetto il rinvio ad E. BUONO - S. PRISCO, *Francesco Carnelutti e la “clinica del diritto”. Attualità e sviluppi di un’intuizione*, in *Per Francesco Carnelutti a cinquant’anni dalla scomparsa*, a cura di G. Tracuzzi, Padova, 2015, 33 ss..

3. – Razionalità e ragionevolezza tra giuspositivismo classico e orientamento all'ermeneutica 'per valori'.

Il destinatario di questo scritto è tornato diverse volte sul tema dei principî del diritto (generali e fondamentali⁶) e sulla "ragionevolezza"⁷, termine com'è noto espressamente verbalizzato tardi nel testo vigente della Costituzione italiana e solo per un'ipotesi particolare⁸.

Esso non si ritrova insomma nella parte dei principî anteposti al titolo primo, né è presente nelle poche disposizioni delle preleggi che hanno la dubbia e forse ingenua – comunque datata⁹ – pretesa di codificare i metodi per la corretta interpretazione del diritto, tant'è che più correttamente deve ritenersi un'indicazione di metodo, o meglio ancora un criterio di valutazione (quanto al risultato atteso) del risultato applicativo dell'ordinamento giuridico¹⁰. Questa circostanza – sia detto incidentalmente – ha motivato la senz'altro incauta scelta dell'argomento dell'omaggio che qui si legge.

L'esito più ambizioso in proposito è un progetto di ricerca che egli coordinò alla "Sapienza". Il convegno che ne presentò i risultati venne concluso da una sua ampia relazione di sintesi, di larghissima apertura culturale e interdisciplinare, prima che di carattere soltanto tecnico-giuridico, i cui atti sono stati pubblicati l'anno successivo in tre volumi molto densi, frutto del concorso di un grande numero di studiosi italiani e stranieri¹¹. Nella medesima *Relazione conclusiva* un brevissimo accenno viene cortesemente dedicato anche ad un mio intervento orale, svolto in sede di dibattito e che avevo invero

6 Ad es. *Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato": spunti e ipotesi per una distinzione*, in *Giur. Cost.*, 1987, 180 ss..

7 Ad es. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale.*, Milano, 1976; *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila, 1984; *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur. It.*, XXVI, Roma, 1984 (e *Agg.*, XVI, ivi, 2006); *L'eguaglianza*, Roma - Bari, 2005. Altri riferimenti sono nelle note in cui il richiamo appare più opportuno *ratione loci*.

8 Si tratta, com'è noto, della "ragionevole durata" del processo, *ex art.* 111, I comma. È degno di nota che i tre caratteri qui individuati per fissare le caratteristiche del "giusto processo" – parità delle armi in contraddittorio, terzietà e imparzialità del giudice e appunto sostenibilità temporale del processo stesso – costituiscono altrettanti e distinti profili applicativi del principio di uguaglianza. Se esiste dunque tra eguaglianza formale e ragionevolezza una linea "genetica" di formale continuità, nella teorizzazione e nell'uso argomentativo, è ormai anche avvertibile una discontinuità sostanziale e funzionale tra i due concetti e questo testo prova appunto (come si è detto) a metterla in rilievo e ad interrogarsi in proposito.

9 Sia per brevità consentito unicamente rimandare alla più recente – a scienza di chi scrive – monografia in argomento, dove si troveranno peraltro un'approfondita discussione e un riepilogo delle tesi formaliste e neoformaliste sulle regole interpretative (che procedono da un'idea di cognitivismo oggettivo e le ritengono sufficienti a cogliere l'unica "vera" volontà del legislatore,) di quelle scettiche o non cognitive – nelle varianti estrema e moderata – e di quelle intermedie, caratterizzate dallo scetticismo teoretico, ma limitato e circoscritto, in funzione dell'orientamento pratico del diritto, che implica di evitare un rinvio all'infinito. Qui anche un'ampia bibliografia. Si veda V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013.

10 Nel senso che, effettuata l'operazione di bilanciamento tra principî e interessi ai medesimi sottesi, la ragionevolezza sarebbe una valutazione successiva di esso, un giudizio sull'esito del *test* di raffrontabilità e proporzionalità tra gli stessi («un "buon" bilanciamento è un bilanciamento "ragionevole»: G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 174)

dimenticato: avvicinando la mia posizione a quella di Pfersmann, si riporta l'osservazione - che brevemente argomentai - secondo la quale "la ragionevolezza medesima (*sarebbe*) irragionevole, a ragione della sua struttura logica assolutamente debole, contrapposta alle sue pretese onnivore"¹².

Naturalmente è un onore venire accostato a un illustre accademico, a lungo docente della prestigiosa università parigina di Panthéon - Sorbonne, nondimeno ne sono anche divertito e mi tocca l'onere di un chiarimento.

Egli si è infatti formato a Vienna, sotto il crisma dell'eredità normativistica di Kelsen e Merkl e si descrive come un giuspositivista "critico". Conseguentemente, è polemico nei confronti del "realismo giuridico"¹³, ambito nel quale chi scrive ritiene invece di potere inserire la propria visione del diritto.

Si può invero essere perplessi su talune visibili derive della "ragionevolezza" (in questo raccogliendo dunque le preoccupazioni proprie di chi ha un modo strettamente giuspositivista di pensare il problema¹⁴), senza tuttavia ritenere che sia più possibile la ricostruzione di un sistema giuridico in termini (solo o prevalentemente) logicistici o addirittura - secondo alcune concezioni - matematizzanti e questo appunto per effetto di una osservazione spregiudicata di quanto davvero accade.

È infatti ormai ineludibile prendere atto della fisiologica (e non già solo sporadica od eccezionale) etero-integrazione del precetto giuridico con materiali ad esso esterni, dell'effettiva sua dipendenza dal "caso" alla cui luce la disposizione scritta viene manipolata e questo per la finalizzazione dell'ordinamento alla tutela di valori, nei termini di seguito precisati. In tale processo realistico s'inscrive tutta l'attività interpretativo-applicativa dei materiali giuridici.

La buona tecnica giuridico-esegetica (per meglio precisare) richiede certo che si parta dal testo delle disposizioni, ma poi deve giocoforza trascenderne di molto il mero richiamo letterale, per quanto dilatabile ne sia la portata semantica. L'Autore qui sopra ricordato definisce questa convinzione, con severo giudizio, appunto come un ritorno a per lui inaccettabili posizioni giusnaturaliste¹⁵.

Un punto è certo, se è permessa una battuta: della persistente ossessione pan-sillogistica nella sistematica e nella pratica del diritto chi scrive pensa più o meno quello che ne diceva Groucho Marx nella paradossale massima irridente riportata in esergo.

Anche un grande Maestro del diritto italiano di impostazione gius-positivista critica (benché, come del resto accade altresì a Pfersmann, non certo insensibile nemmeno lui

11 Si tratta appunto dell'opera già richiamata in nota *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*.

12 A. CERRI, *La ragionevolezza nella ricerca...*, cit., III, 286.

13 La discussione fu originariamente ospitata nella *Revue française de droit constitutionnel*, ma ne esistono anche ripubblicazioni, sempre in francese, nelle annate dal 2001 al 2004 di *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica* e una traduzione italiana, raccolta in volume. Si veda infatti O. PFERSMANN - M. TROPER, *Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione*, a cura e con postfazione di V. Omaggio, *Su alcuni presupposti della teoria realista dell'interpretazione*, Napoli, 2007.

14 L'espressione è qui assunta in una accezione molto generica, giacché - all'interno di un direzione di pensiero giuspositivista - devono poi (naturalmente e come ovvio) distinguersene innumerevoli declinazioni. Si veda *ex plurimis* sul punto, per i limitati fini richiesti da questa nota, J. J. MORESO, *In difesa del positivismo giuridico inclusivo*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 335 ss..

15 ID., *Ragionevolezza e competenza legislativa. Il problema dei concetti aggiuntivi*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica*, cit., I, 1907 ss., spec. 111.

all'analisi giurisprudenziale e all'indagine storica, come dimostra il suo stesso impegno di giudice e poi di Presidente della Corte Costituzionale, affiancato a quello prestato quale *civil servant* da Ministro della Repubblica e ai raffinatissimi contributi di storia costituzionale della sua ultima riflessione scientifica) ha consegnato a luoghi diversi la sua convinzione in proposito.

Essa viene manifestata ad esempio in un suo intervento – strutturato come una severa, serrata e argomentata requisitoria (e che perciò si preferisce per la sua nettezza richiamare, rispetto ad altri suoi in termini) – che afferma come “un principio di ragionevolezza non esista (...). Anche la nostra Corte, quindi, non deve dare l'impressione, né i costituzionalisti devono dare l'impressione, di fare, di volere, di consentire che si faccia, del diritto costituzionale libero”¹⁶.

Che un ordine logico-sistematico tra le parti di un ordinamento giuridico sia un requisito fondamentale della sua stessa concepibilità come tale (cioè appunto come “ordinamento”, organizzazione di regole non casualmente collegate tra loro) è beninteso appena ovvio affermarlo.

Il diritto è sistema, anche se il proseguimento del discorso chiarirà che non è soltanto questo¹⁷, costruito concettualmente in Europa continentale proprio avendo presente un modello logicistico-matematizzante¹⁸, come si ricordava, nonché il tipo di razionalità che in tale schema si esprime¹⁹.

Data questa caratteristica, l'ordine giuridico deve presentare dunque in prima battuta (meglio sarebbe per la verità dire: aspirare a) una razionalizzazione intesa a definire – almeno per quanto possibile, il che vuol dire per i cognitivisti sempre – coerenza e non-contraddittorietà tra le singole parti che lo costituiscono, avendo a suo architrave legittimante (necessario, ma non certo sufficiente) il principio di uguaglianza formale e come stella polare la certezza del diritto (che sempre per i cognitivisti va attuata in fatto, perché innanzitutto pre-vista nel sistema normativo generale-astratto, una volta risolte a tavolino le antinomie tra norme).

Ci si fermi un attimo su questo nodo. In linea astratta – se fosse possibile immaginare un assetto sociopolitico storico e al netto da giudizi assiologici – un ordine egualitario è invero tale anche ove sussista tra chi sia sottoposto ad un identico potere di cui tutti siano sudditi (tranne ovviamente la persona, fisica e simbolica assieme, del sovrano²⁰), ovvero è bene pensabile un assetto di rapporti sociali strutturalmente disegualitario (come lo erano infatti quelli della società cetuale o dell'assolutismo monarchico). Essenziale perché si abbia un ordine è solo identificarne il *principium individuationis* e la proiezione finalistica, ma è anche vero che pochissimi accetterebbero oggi un ordine giuridico inegualitario (o – il che è lo stesso – di eguali, ma in quanto tutti sudditi del monarca assoluto): gli uomini sono *in fatto* disuguali, l'uno rispetto all'altro, ma il principio di uguaglianza, ancorché

16 L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?* In *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 163 ss. .
Ivi C. ROSSANO, un altro studioso che aveva all'epoca dato lui pure un notevole contributo sul principio di eguaglianza, osserva (in *Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza*, 174) - aderendo a tale posizione - che “la c. d. «ragionevolezza» non concreta di per sé un principio giuridico costituzionale, dal momento che non esiste in nessuna parte della Costituzione un riferimento del genere. Essa si identifica piuttosto con un metodo di interpretazione del diritto vigente”.

17 Per ricordare un classico di età liberale (poi messo in ombra dalla “rivoluzione orlandiana” e riscoperto in tempi recenti), secondo G. ARCOLEO – che riferisce propriamente il giudizio alla Costituzione – il diritto è “storia e sistema”: si veda - se è concesso il rinvio - S. PRISCO, *Giorgio Arcoleo, un costituzionalista tra storia e politica*, ora in *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, 95 ss. (la citazione ivi, 100, con richiami della dottrina che ne ha fatto oggetto di rinnovato studio).

verbalizzato nelle Costituzioni al presente indicativo, come se tale modo verbale implicasse la *descrizione di una realtà*, è invero *prescrizione di un dover essere* : gli uomini *devono essere* cioè *ritenuti uguali* (nella Costituzione italiana, ad esempio, con riferimento a diversi indici esemplificativi dell'assunto e in definitiva quanto a comune "dignità sociale"²¹).

Ecco perché il sistema del diritto non è in realtà costruibile solo in base a coordinate di razionalità meramente formale, ma risulta dalla cristallizzazione (tuttavia aperta all'integrazione interpretativa del testo, secondo lo schema dell'*open texture*²²) dell'eredità di un vissuto storico sempre cangiante e proiettato ai valori, che è la positivizzazione del sentire etico (da tempo plurale) di una comunità²³.

Come rilevava dunque e ad esempio la motivazione – redatta da Virgilio Andrioli – della risalente sentenza 202/1984 della Corte Costituzionale, "il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile (*risiede*) nella coerenza tra le parti di cui si

18 "La 'rivoluzione copernicana' verso il *systema juris* trova il suo tassello a nostro avviso decisivo proprio nel tentativo ad essa più consentaneo - per molti aspetti destinato al fallimento, ma capace invece di lasciare sotto questo profilo un'eredità di lungo periodo, che in varia forma giungerà sino alla pandettistica tedesca, e di là arriverà a lambire i sistemi giuspositivistici sino al normativismo kelseniano della 'dottrina pura del diritto' - ovvero nella ricerca di applicazione anche alla scienza giuridica dei metodi specifici della scienza fisico-matematica moderna: il cosiddetto *mos geometricus*, che troverà il suo antesignano e teorico più profondo senz'altro in Leibniz, ma il più fortunato divulgatore nel filosofo-giurista, al quale va riconosciuto altresì il ruolo storico di aver coniato la maggior parte del filosofico tedesco (e di aver consolidato non piccola parte di quello giuridico) fino a Kant, ovvero Christian Wolf". Così P. CAPPELLINI, voce *Sistema giuridico*, in *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2011, 16, 10696 s. . Ricostruisce pregevolmente la vicenda storico-evolutiva della transizione dal particolarismo del diritto comune all'unificazione (che era anche uniformazione) dell'età della codificazione, come passaggio dall'egemonia della tecnica (dottrina e giudici) a quella del "politico" in forma di legislatore F. MAZZARELLA, «*Stato fluido*» del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, in *La ragionevolezza nella ricerca...*, cit., II, 359 ss.. Sul formalismo giuridico e le critiche ad esso, richiamandone il rilievo storico, ma anche - in fine dello scritto - la posizione capograssiana (argomentata in *Il problema della scienza del diritto*, 1937, ma nuova ed. a cura di P. Piovanì, Milano, 1962, 128) sulla sua sterilità, se lo si contrapponga al fluire vitale dell'esperienza, sono ancora illuminanti le pagine di R. ORESTANO, *ad vocem*, in *Enc. It.*, App. III, Roma, 1961, 658 ss. Anche per T. ASCARELLI "La conoscenza giuridica non è prospettabile mai separata dal fine pratico dell'applicazione e non si considera completa se distinta dall'impatto con il caso concreto, con il fatto storico da regolamentare". Si veda ID., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, 90.

19 Infatti per A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002, 45, "Non sembra necessaria una specifica argomentazione per dimostrare che l'attività giuridica costituisce una manifestazione della razionalità umana". Anche G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 2, ricorda l'originario senso di 'contare', contenuto nella radice *reor*, poi "delegato al sinonimo *puto* e in particolare al suo composto *computo*". Del pari connette le due nozioni F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ...*, cit., I, 1 ss., che poi ha trasfuso e ampliato la riflessione in un volume autonomo, con appendice propria e di A. LONGO, Napoli, 2009, in un saggio di ricca elaborazione storico-filosofica e teorico-generale e così pure L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 369, che definisce la seconda come 'ragione situata' e cioè concreta (ivi, 14). Ricostruisce del pari autorevoli e classiche posizioni teoriche sul "carattere razionale della legislazione", ma nel contesto di una presa d'atto della sua successiva crisi e precarizzazione e della proposta di rimedi intesi a rivalutare il ruolo del legislatore quale autore "rappresentativo" della normazione di rango primario L. GENINATTI SATÈ, *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Torino, 2011, 81 ss..

compone; valore nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3".

Qui, come si legge, l'accento cade sì sulla necessaria "coerenza tra le parti", ma – beninteso e ben di più – in quanto "valore necessario dell'ordinamento giuridico di un Paese civile (corsivo nostro)".

È stato dunque inevitabile²⁴ che si incominciasse da subito, nella nostra giurisprudenza costituzionale, a percorrere la strada che da simili premesse assiologiche ha ricevuto corpo e spessore e che il legislatore venisse posto sotto osservazione e, occorrendo, censurato, affinché – ferma la "coerenza" interna di una legge e quella complessiva del sistema – si potesse valutare anche la congruità, l'efficacia, la proporzionalità (in rapporto di mezzi a fine) dei suoi interventi, cioè il buono o cattivo uso che esso faceva della propria discrezionalità.

Nella dottrina giuridica italiana (che si è confronta con la problematica partendo in ritardo²⁵, rispetto a quanto era già altrove – cioè soprattutto negli Stati Uniti e in Germania – consolidato, ma poi ha a sua volta influenzato il dibattito comparato, in una comprensibile circolazione di esperienze), questa acquisizione ha largamente fruttificato, ibridando e "costituzionalizzando" – non senza polemiche molto vivaci²⁶ – l'approccio più risalente e tradizionale al tema, come comprova l'ulteriore fase delle discussioni in argomento²⁷.

20 P. COSTA, *Gemina persona. Uno studio sugli sviluppi e sull'attualità di una dottrina giuspubblicistica medievale*, partendo da E. H. KANTOROWITZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, trad. it., Torino, 2012, compie un esame "di lunga durata" e fino agli sviluppi odierni della tematica, con un tesi che sarà ricordata oltre.

21 Sia permesso, per svolgimenti sul punto, il rinvio a S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, in *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, a cura di F. Corbisiero, Milano, 2013, spec. 54 ss..

22 Secondo l'argomentazione per cui il testo appartiene al lettore e dell'interprete bon meno che del duo primo autore, anzi il lettore ne è coautore. Si veda l'impostazione di U. ECO, *Opera aperta. Forma e indeterminazione delle poetiche contemporanee*, Milano, 1962, poi sviluppata dall'A. nei saggi di *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milano, 1979, che presenta la nozione di *semema*, come istruzione orientata al testo, a sua volta ritenuto una "macchina presupposizionale". Ne segue che la *definizione* è una limitazione di un arco di significati che in linea di principio ed altrimenti sarebbero illimitati, secondo quanto poi è stato sviluppato dal decostruzionismo di Derrida, seguendo il quale però un'apertura *ad infinitum* finirebbe per contraddire le esigenze pratiche del diritto, che devono pure condurre a una qualche definizione delle attività ad esso riconducibili: l'esigenza, a tacere d'altri, spiega l'esistenza di istituti "di chiusura" tra loro diversi come l'abrogazione di norme, l'annullamento e la nullità di effetti giuridici, la decadenza dall'esercizio di un diritto, la prescrizione, la definitività delle sentenze.

23 L'osservazione è piuttosto diffusa; ma si veda ad es., per il richiamo alla preveggenza analitica weberiana nell'introdurre nel dibattito già alla sua epoca il punto, G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza...*, cit., 288.

24 Nonostante il contrario avviso di O. PFERSMANN, *Ragionevolezza e competenza legislativa*, cit. , a chi scrive sembra infatti che la ragionevolezza non sia "materiale aggiuntivo" al diritto, ma un modo per coglierne di volta in volta l'indirizzo a uno specifico risultato applicativo, dunque piuttosto uno sguardo tipico su di esso, che pertanto è incluso nella sua operatività. Senza considerarne l'applicazione concreta e la proiezione finalistica, il diritto è cioè mero progetto in potenza, non già forza regolatrice in atto.

Ha dunque ben rilevato uno studioso, citando uno scrittore statunitense, che “Come la geometria non euclidea e la teoria della relatività hanno scosso le fondamenta del formalismo nelle scienze tradizionali, così la positivizzazione di valori morali nelle Costituzioni contemporanee ha segnato la crisi del formalismo logico nella scienza giuridica (...) . In effetti il costituzionalismo per valori da un lato ha agito come istanza di delegittimazione della legalità e della forma legale, intesa questa come fonte specifica di legittimità dello Stato liberale borghese; dall’altro ha progressivamente complicato le logiche dei processi di applicazione giuridica, rendendoli permeabili ad apprezzamenti che non sono suscettibili di un rigoroso riscontro in termini logici, ma al più sono valutabili in termini di persuasività, plausibilità, verosimiglianza, ragionevolezza”²⁸.

25 Su *La nascita del controllo di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* si legga la breve, ma lucida, ricostruzione di A. S. AGRÒ, in *La ragionevolezza nella ricerca...*, cit., I, 233 ss., ma ha soprattutto rilievo, per fare il punto di come si presentasse la questione a pochi anni dalla effettiva entrata in funzione della Corte, il seminario che vi si tenne nel 1962, i cui atti (pubblicati due anni dopo) si sono già richiamati in precedenza e nel quale lo studioso che col presente scritto viene onorato svolse una relazione su *I modi argomentativi del sindacato di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato* (nel vol. cit., 131 ss.). L’occasione fu fondamentale, perché da un lato raccoglieva i fili della precedente riflessione costituzionalistica italiana in tema, svoltasi quando la giustizia costituzionale era un’esperienza da noi ancora inesistente o albare (tra gli altri di C. MORTATI, *Sull’eccesso di potere legislativo*, in *Giur. It.*, I, 1, 457 ss.; C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice della non arbitrarietà della leggi*, in *Giur. Cost.*, 1962, 78 ss.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, III, 1973, 1573 ss.; A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975, 563 ss.) – e dall’altro la rivisitava con argomenti ancora oggi attuali. Quel convegno intercettava insomma la problematica ad una svolta, ben visibile in taluni stilemi logico-semanticamente sospesi tra vecchio e nuovo e anche nelle posizioni degli studiosi che vi presero la parola, attraverso diverse sensibilità e generazioni. Sempre A. AGRÒ tratta ad esempio nel volume de *L’eguaglianza in transizione*, 199 ss., mentre B. CARAVITA DI TORITTO (*Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza*, 245 ss.), impiega come si vede un’endiadi definitoria, destinata a restare in campo anche in seguito. Note di comparazione sono anche nell’*Introduzione ai lavori* di A. CORASANITI, 1, ss., nella puntuale e quasi notarile relazione di partenza di P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 21 ss. e naturalmente nei contributi che questo taglio hanno deliberatamente di G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, 43 ss., di A. A. CERVATI, *In tema di interpretazione della costituzione, nuove tecniche argomentative, «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, di D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, 121 ss. ed ancora nel rapporto sulla Francia, *Conseil constitutionnel et Ragionevolezza: d’un rapprochement improbable à une communicabilité possible*, diviso tra J. C. ESCARRAS e L. FAVOREU, 211 ss..

Dal suo canto S. FOIS guarda a «Ragionevolezza» e «valori»: *interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto*, 103 ss., con i toni apocalittici sullo stato di salute pericolante e sul tramonto della democrazia liberale che gli furono sempre propri e G. ZAGREBELSKY (*Su tre aspetti della ragionevolezza*, 179 ss.) concorda in fondo con lui nella percezione del mutamento – si apre la via per introdurre un giudizio costituzionale di equità, egli dice in sostanza – ma senza dolersene, anticipando posizioni che anche in seguito manterrà ferme, un cenno delle quali è in una nostra nota precedente. Altri studiosi ragionano di *Controllo di razionalità e determinazione previa di controlli e protocolli di giudizio* (S. BARTOLE, 203 ss.), dunque di struttura plurifasica del giudizio, articolata nella dialettica tra *Razionalità, ragionevolezza e giustizia nel giudizio sull’uguaglianza delle leggi* (G. VOLPE, 193 ss. e questo era pure il punto in cui sfociava l’analisi di Caravita). M. LUCIANI cerca dal suo canto *Lo spazio della ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, considerando che la nozione si colloca all’incrocio tra *argomentazione* del giudice costituzionale, sua *legittimazione* e *valutazione* dell’atto legislativo (245 ss., corsivi dell’Autore). Un ultimo gruppo di considerazioni, infine, apre a prospettive ancora più nuove, bisognose di interventi *de jure*

4. – Che cosa è realisticamente ‘interpretare il diritto’ nello Stato costituzionale maturo.

L’interpretazione del precetto giuridico non può in effetti compiersi in altro modo che riconducendolo al principio di cui esso è espressione, solo così potendosi ricostruire il sistema *sub specie Constitutionis* e dunque non pretendendo invece di attingerne un significato già pre-figurato rispetto a tale attività.

Il sistema legale – giacché l’esegesi, lungo questo procedimento logico-ricostruttivo, non incontra solo il principio sul quale si sta indagando, ma anche gli altri che con esso in varia guisa coesistono – non può cioè evitare di sfociare sempre (essendo dubbio, per il carattere vago del linguaggio giuridico e per la sua logica *fuzzy*, che si possano realmente

condendo: così R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, 229 ss.; V. ONIDA, *Ragionevolezza e «bisogno di differenza»*, 253 ss. (e l’intuizione, allora forse stravagante, torna a proposito oggi, in tempi di inter e multiculturalismo, di pensiero della differenza femminile, di istanze di tutela dell’orientamento omosessuale); A. ANZON, *La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la dissenting opinion*, 257 ss.. Come si vede, furono dunque presenti nella discussione tutti i temi del dibattito anche successivo: trasformazione del principio di uguaglianza in quello di uguaglianza-ragionevolezza e progressiva evanescenza dei vincoli testuali dell’ordinamento; morfologia e struttura plurifasica di tale giudizio; cripto-soggettività politica (“legittimazione”) del giudice costituzionale nel formularlo; necessità di chiedersi pertanto *quis custodiet custodes?* e di apprestare rimedi, invocando trasparenza e controllabilità “diffusa” sulle loro decisioni, come la ricerca di più robusti ancoraggi motivatori e di *standard* da osservare per la controllabilità del loro *iter*, nonché infine la proposta di dare evidenza ai voti particolari in seno al collegio. Sono spunti preziosi, sui quali nel nostro testo si ritornerà alla fine.

26 Il riferimento emblematico è al noto “duello” argomentativo e dialettico tra R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre* e ad A. BALDASSARRE, *Replia a Guastini* – originato dallo scritto del secondo *Miseria del positivismo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, 201 ss., Torino, 2005 – che possono leggersi entrambi in *Giur. Cost.*, 2007, rispettivamente 2/2007, 1373 ss. e 4/2007, 3251 ss.. **Del secondo Autore si veda, per una ricostruzione critica delle radici storiche e teoriche dell’ermeneutica costituzionale per valori e per l’analisi della penetrante critica schmittiana alla loro “tirannia”, *Il decisionismo e la Costituzione per valori (a 50 anni dal dibattito di Ebrach)*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, I, Bari, 2012, 3 ss..**

27 Si vedano almeno – senza pretesa di completezza e nella sola letteratura italiana delle cosiddette “discipline positive” più recente (cioè al netto della ricchissima elaborazione giusfilosofica coeva), ormai ragguardevole per quantità e qualità di apporti oltre ai volumi in precedenza citati *La ragionevolezza nella ricerca scientifica* e ai già ricordati L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione...* e G. SCACCIA, *Gli “strumenti” Nonché concentrandosi in prevalenza sui costituzionalisti, ma senza dimenticare altre discipline giuridiche positive* – anche L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 605 ss [e già *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, 1997, 898 ss.]; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; V. MANES, *Il principio di offensività nella legge penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; J. LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 344 ss.; *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Napoli, 1999; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, cit., Torino, 2002; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (A proposito della teoria del diritto di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 31 (2002), 865 ss. (e naturalmente, già prima, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992); *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze*

dare *clear or early cases*²⁹ e che, insomma, *in claris non fit interpretatio*) in un bilanciamento di principi da parte dell'interprete *nel caso concreto*, in funzione della sua applicazione risolutoria ad esso.

Il risultato sarà più o meno persuasivo in ragione della "ragionevolezza", se è concesso il gioco di parole, della soluzione e cioè del consenso che essa raggiungerà tra gli attori della vicenda coinvolta e oltre loro.

Se l'esito non fosse soddisfacente, la parte rimasta soccombente in una lite attiverà (se questo fosse ancora possibile) i rimedi del caso, il legislatore in ipotesi sconfessato (se il giudice fosse la Corte Costituzionale) avrà ancora la parola e come ipotetica opzione potrebbe – nei limiti in cui, anche qui, gli fosse consentito – rivestire il suo nuovo intervento della forma della legge costituzionale. La sua parola non sarà comunque mai quella definitiva, perché l'attitudine manipolativa per via di interpretazione del giudice e della Corte Costituzionale resterebbe intatta.

Questa descrizione realistica dell'effettivo operare della vicenda giuridica ha condotto palesemente a superare dunque la più risalente legittimazione della tecnica esegetica, che a lungo si è assunto essere fondata sul mero *jus positum*, oggetto prima di un "rinvenimento" e poi di un'applicazione formalistica e meccanica da parte del giudice e motiva la pretesa delle Corti di mediare tra interessi che sono il farsi concreti dei valori – *rectius*: tra principi giuridici che da questi ultimi derivano – piuttosto che recepire meramente il *de-positum* derivante dal consolidamento in un testo della decisione politica previa.

Il caso è infatti prima costruito selezionando i dati della realtà sociale e poi risolto dal giudice dinamicamente, la sua regolazione effettiva è in altri termini l'esito di una manipolazione/traduzione in atto, imposta dalle esigenze di disciplina concreta ed attuale

giuridiche a confronto, a cura di S. Pajno e G. Verde, Torino, 2004; S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; A. CELOTTO, *Art. 3, comma 1° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, I, 80 ss. ; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Poteri, garanzie, diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, a cura di A. Pisaneschi - L. Violini, Milano, 2007, I, 415 ss.; S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di meta giurisprudenza applicativa*, Milano, 2008; E. MEZZANOTTE, *Ragionevolezza e attività degli amministratori di società per azioni*, Roma, 2009); S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Rimini, 2012; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013; E. CHELI, *Ragionevolezza e Stato costituzionale*, ricordato in una nota precedente e che fa parte di una serie di conferenze in tema tenute in tema all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli nell'Anno Accademico 2010/2011, pubblicata nel 2012 nella medesima città che ne comprende altre (di S. CHIARLONI, *La ragionevolezza delle garanzie processuali*; di M. LA TORRE, *Dello spirito mite della legge. Ragione e ragionevolezza*; di F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*; di S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, poi *amplius* in *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; di G. B. PORTALE, *Adeguatezza della congruità del capitale e principio di ragionevolezza*; di D. PULTANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*; di G. TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*); M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24 - 26 ottobre 2013, al sito *web* della Corte Costituzionale /Relazioni internazionali/ Incontri internazionali.

28 G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, in *Diritto e Società*, 1/2011, 135 ss.; l'autore richiamato è T. A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 96 (1987), 943 ss..

29 Seguo sul punto la tassonomia di P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 141 ss, e spec. la critica alla soluzione definita "eclettica", aderendo con lui a quella "noncognitivistica".

di un conflitto su un bene della vita, del materiale nomopoietico pre-dato, costituito in prevalenza di disposizioni normative scritte in *civil law*, o di precedenti vincolanti in *common law*³⁰, ma che va in tale modo inevitabilmente arricchito di senso.

“Inter-pretare” è appunto traghettare senso “tra” materiali del passato ed esigenze odierne, tra sistema precettivo consolidato e fluidità dell’esperienza, come si notava all’inizio: l’etimologia suggerisce il rinvio alla figura di Hermes, protettore dei ladri e messaggero degli dei, giacché l’inter-pretazione è in sostanza un “prelevare”, talora *invito domino* e lo stabilire un collegamento tra passato, *positum* e presente, che tale *de-positum* incide, adattandolo ai casi sempre nuovi.

Questa consapevolezza spiega anche l’interesse crescente e ormai anche da noi diffuso per quelle che, in un ambiente culturale orientato appunto essenzialmente alla decisione dei casi, si definiscono “teorie postmoderne del diritto”³¹, ad esempio *Law&Economy* e *Law& Literature* e perfino *Law as Music*, insomma, più largamente, *Diritto e Scienze umane* : in realtà non materie, ma modi di guardare, cioè metodi e sensibilità, che recuperano l’antica consapevolezza dell’interpretazione/applicazione del diritto come *humanitas* e *ars boni et aequi*³².

Se il diritto è un linguaggio specifico che verbalizza (o in modo diverso, cioè anche pre-verbale³³, caratterizza) l’esperienza umana, esprimendo in particolare l’esigenza regolatoria e d’ordine che questa richiede, esso è in altri termini confrontabile con

30 Una descrizione realistica delle dinamiche che portano il fatto a “sollecitare” il diritto, sicché la regola del caso precedentemente non normato lo disciplina risultando dall’incorporazione del principio costituzionale nel caso medesimo e non imponendosi dall’esterno ad esso in via “imperiale” e predeterminata, cioè non in maniera astratta e previa *ex auctoritate*, è pregevolmente offerta da R. BIN, nello scritto richiamato alla nota 2, nel quadro di un fenomeno complessivo in forza del quale si manifesta oggi “la tendenza a mettere, in qualche modo, la sordina alla differenza tra essere e dover essere costituzionale”, come osserva M. DOGLIANI, *La sovversione dell’immaginario costituzionale ovvero: come è cambiata la percezione del “fatto” nel diritto costituzionale*, ivi, 61 ss. (la citazione a pag. 65).

31 Per i limitati fini di mero richiamo di questa nota, basti il rinvio a G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it., Bologna, 2001. Mi permetto anche di segnalare, per una rivendicazione della tradizione italiana ben precedente degli studi di Diritto e Letteratura, anche la mia relazione *Diritto, Letteratura, Discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi* (al momento inedita, ma in corso di pubblicazione nel volume degli Atti del Seminario *Il diritto incontra la letteratura* per il 791° anniversario dalla fondazione dell’Università Federico II, Napoli, Dipartimento di Giurisprudenza, 5 giugno 2015). Per una recente e brillante discussione dei nessi tra diritto “dal basso”, storia e cultura, con successiva esemplificazione casistica, rimando a F. DI DONATO, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli, 2012, spec. 11 ss. e – nella medesima suggestione di pensiero – alla interessante monografia di T. G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Padova, 2012.

32 Si leggano, per ricostruzioni delle fonti romane e per riferimenti, L. GAROFALO, *L’humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto e Storia*, 4/2005 e (anche per l’attualità) R. CALVO, *L’equità nel diritto civile (studio sull’attualità della sentenza celsina “ius est ars boni et aequi”)*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, 1/2012, 321 ss. Per una valorizzazione moderna della formula, che si colloca alle origini dell’attuale fortuna dell’ermeneutica anche giuridica, si legga peraltro anche F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Ermeneutica*, tr. it., Milano, 2000, 49. Variazioni recenti sul tema anche in F. VIOLA, *Il diritto tra arte ed etica*, in *Una filosofia del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, a cura di C. Hermida e J. A. Santos, Madrid, 2015, 5 ss., dove si legge, tra l’altro che “la definizione classica della giurisprudenza come *ars boni et aequi* manifesta con chiarezza l’impossibilità di trascurare la dimensione morale nella conoscenza del diritto” e che “quando si parla della giurisprudenza come di un’arte, si comprende in ciò sia l’arte in senso stretto sia la prudenza, sia il fare che l’agire ed è questa d’altronde l’ottica di tutta la tradizione classica”.

linguaggi³⁴ (dunque con retoriche), anche se di diverso tenore che si riferiscono ad ambiti di esperienze e al “vissuto”, benché differentemente colto.

L'interpretazione (anche, ma non solo) giuridica è comunque il tramite tra scrittore e lettore, entrambi pertanto “coautori” tanto del dato fattuale, quanto di quello normativo (insomma: sia del “vissuto” che va identificato e disciplinato, sia del parametro di valutazione della concreta disciplina), per come essi sono empiricamente applicati. Il diritto – come la letteratura extragiuridica – incrocia egualmente l'emotività e la vita nella sua concretezza, vale a dire che non è puro “dover essere”, ispirato a fredda razionalità.

Si pensi in particolare al processo penale accusatorio ed al suo cuore, l'istruttoria dibattimentale e la *cross examination*, con la pressione sul giudice tecnico - e ancora di più sulla giuria, nei sistemi in cui essa è prevista - per influenzarne il “libero convincimento” (peraltro condizionato dalla pre-comprensione), comunque sotto il vincolo delle prove raggiunte esclusivamente nel contraddittorio fra le parti o alle problematiche bioetiche.

Per precisare meglio, i principî giuridici, generali e poi fondamentali (ormai ordinariamente esplicitati in costituzioni scritte, ovvero comunque in esse rinvenibili a seguito di sollecitazioni critiche dei testi) sono il risultato di opzioni di valore macropolitico-ideali, che vanno tradotte in un “formato” giuridico che le “legge” e in parte le semplifica, rendendole nomopoietiche: il valore, per essere “operativo”, deve cioè calarsi in un principio e questo in una regola, ma nel percorso si perde e/o si adatta sempre qualcosa³⁵.

Dai valori così “addomesticati” discendono in diritto scelte argomentative e norme che integrano il “voluto” del legislatore, che servono a selezionare i significati ermeneutici in astratto derivabili dal dato linguistico di volta in volta applicabile ed inoltre a bilanciarli nella costruzione della regola della fattispecie.

33 Imprescindibile è qui il riferimento a R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2014.

34 Si vedano ad esempio, *ex plurimis*, gli svolgimenti di E. DICIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in *Diritto&QuestioniPubbliche*, 1/2007, 9 ss. .

35 Come assume icasticamente G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principî tra norme e valori*, in *La forza normativa dei principî. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, a cura di D. Amirante, Padova, 2006, 33 ss. (e spec. 41 ss.): “Il principio...si pone...come il valore *al varco della concettualizzazione*. E al varco dell'*applicazione*. In questo itinerario del ‘valore’ verso il ‘diritto’, il ‘principio’ si pone come una prima riduzione di complessità del valore” (corsivi testuali). Anche nella più recente manualistica, una rigorosa discussione di questo itinerario distingue tra valori e principî, questi ultimi ascritti a due successive “generazioni” e ritenuti comunque di natura prescrittiva, con funzione ora integrativa delle lacune normative, ora direttiva e interpretativa della legislazione, esplicitamente richiamando una basilare lezione, ora ripubblicata (V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, ora in ID., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015) e mettendo peraltro altresì in luce l’ “impronta assiologica dei testi costituzionali contemporanei” e la “reciproca tensione di principî e valori”. Così infatti A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, 3^a ed., , Torino, 2012, 16 ss.. **Ulteriori svolgimenti analogamente orientati in tema di interpretazione normativa nello Stato costituzionale, sempre nella manualistica recente, sono quelli di F. POLITI, *Diritto pubblico*, IV ed., Torino, 2015, 15 ss.. Si vedano infine *ex plurimis*, per un riepilogo sintetico delle posizioni sulla differenza che l'interpretazione/integrazione dei principî presenta rispetto a quella delle più puntuali regole, G. PINO, *Principî e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2009, 131 ss., nonché, per confronti tra alcune fondamentali teorie generali del diritto e gius-filosofie in merito, G. BONGIOVANNI, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morali, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin, Bologna, 2000 e S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013.**

Nessun principio ha normalmente portata applicativa assoluta, tutti coesistono tra loro (salvo il “principio dignità”, ma inteso secondo l’art. 1 del *Grundgesetz* e quindi da noi collegato unicamente al divieto di dare la morte come pena, ex art. 27, ultimo comma Cost.; per il resto, il richiamo del predetto valore ha in Italia un significato che ha sfumature diverse: essendo stata la nozione assunta nella nostra Carta Costituzionale nella sua declinazione “sociale”, ex art. 3, 1° comma, nell’effettività anch’esso è bilanciabile).

La ragionevolezza è appunto l’esito (della valutazione di pregevolezza) del bilanciamento disponibile per i giudici, massimamente per le Corti costituzionali, perseguito di volta in volta in funzione restrittiva o ampliativa dello specifico nesso tra valori e principî coinvolto nella costruzione della fattispecie.

Accade lo stesso per un’automobile: venduta dal concessionario con la garanzia del perfetto funzionamento tanto dei freni che dell’acceleratore, per la sua corretta conduzione – nel concreto dell’impiego su strada – ci si deve affidare alla perizia e prudenza di guida dell’autista.

Il movimento “concreto - astratto - concreto”, vale a dire il circolo ermeneutico, significa allora che, quando si manifesta la necessità di decidere su un caso (o su una loro pluralità) il giudice, anche se non trovasse una o più norme specifiche nell’ordinamento dato, perché è vincolato al divieto del *non liquet* e possiede in effetti criterî e tecniche integrative e/o suppletive della norma astratta per farlo, opera da un lato selezionando dal caos della vita gli elementi utili a identificarlo, dall’altro ispirandosi alla dottrina, che in genere – commentandolo sul nascere o nei precedenti – si forma intorno ad esso nei limiti in cui essa è trasposta nelle contrapposte argomentazioni difensive.

L’interpretazione che alla fine si consolida (non dunque quella “vera”, che non esiste come tale³⁶, ma quella “darwinianamente” più robusta, se si può dire così, che finisce cioè per essere la più accettata) è – alla fine e dopo tempo – perlopiù posta a base di una disposizione, che di regola ha pretese di generalità e astrattezza.

Dall’applicazione della norma nascono peraltro nuovi casi, con profili in parte non riconducibili ad essa (vale a dire che la norma del caso proposto al giudice continua a non pre-esistere; nella bioetica, in questo Paese, vi sono di questo esempi a josa) e così via all’infinito.

Il processo in cui si cala il “circolo ermeneutico” è in sostanza un gioco di pesi e contrappesi, di spinte, reazioni e contropunte, realisticamente alimentato da tutti gli attori della vicenda giuridica sopra evocata: cittadini in generale, organizzazioni di interesse, operatori economici – oggi anche sovranazionali e internazionali, produttrici di regolazioni proprie, extra e superstatuali (FMI, BM, CCE, agenzie di *rating*, società multinazionali)³⁷ – ed ancora soggetti interessati a singole vicende contenziose e loro

36 C. PINELLI, *Gli interpreti della Costituzione e le funzioni della teoria costituzionale*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica...*, cit., 167 ss. (per un’osservazione sul punto 172).

37 C. AMIRANTE, *Ragionevolezza e “commercio dei giudici” fra dialogo intersistemico e legittimazione di un’egemonia globale?* in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica...*, cit., I, 215 ss. . La posizione che l’Autore illustra testimonia la convinzione di una parte della dottrina giuridica, che nell’ “illiquidamento” – per così dire – e nell’antinormativismo dell’ordine giuridico fondato sulle Costituzioni sociali rigide del secondo dopoguerra, “*la ragionevolezza svolga di fatto il compito il compito arduo di legittimazione di sistemi politico-giuridici alla ricerca di una ragione unificante scomparsa e contestata*” (230, corsivo dell’Autore) e la preoccupazione che questo esito sia funzionale all’esigenze dell’ordine neo-liberale. Si tratta insomma di una sorta di *Grundnorm* di un sistema giuspolitico “forte”, cioè in un dato periodo “di prestigio”, tale essenzialmente – anche se non soltanto – perché il modello economico di riferimento è egemonico e d’oggi esso è quello statunitense (l’osservazione è di E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000, spec. 153). È senz’altro un’esagerazione dare per defunto il diritto statale e interstatale, ma allo stesso tempo non è falso asserire che la *lex mercatoria* sia «il diritto transnazionale delle

avvocati – o avvocati e pubblici ministeri – notai, funzionari, magistrati, Corti di prima o successiva cognizione, Corti Supreme interne, oggi anche Corti sovranazionali e internazionali.

Nessuno di questi ha comunque da solo il monopolio della verità, si dà solo (nella concretezza dell'esperienza) al più l'interpretazione che precariamente appare al sistema come "la più ragionevole": una valutazione peraltro non astratta, la ragionevolezza dell'equilibrio raggiunto venendo a realizzarsi nel fuoco della descritta dinamica e non essendo un punto di caduta pre-dicabile, cioè appunto previo e facilmente pre-vedibile, se non nei limiti (e per il tempo) in cui indica il livello di consolidamento di un equilibrio precedente. Essa produce cioè una sintesi sempre precaria e parziale tra varie e contrapposte spinte e rappresentazioni di interessi.

5. – *Per una conclusione: il controllo di ragionevolezza come espressione della crisi della dimensione rappresentativa del 'politico' e la necessità di controllare i controllori.*

La ragionevolezza, in sintesi, è – in questa dinamica – tutt'altro che espressione di "logica" (anche se va perseguita logicamente, a pena di non trovare consenso alla soluzione cui si approda), sibbene e semmai il più "politico" dei valori-principi.

Questa conclusione può essere occultata dai tecnici "puri", ma non può facilmente venire elusa.

Chi scrive è del resto solito ricostruire per i suoi studenti la vicenda giuridica in questi termini, descrivendola come mai sistematizzabile con orgogliosa sicurezza, mai "solida" per molto tempo e del tutto prevedibile nell'esito quanto ai singoli casi di conflitto attorno a valori/interessi della vita, bensì sempre "liquida" e dinamica.

L'invito che egli rivolge loro è quello di non pensare al diritto come a una terra, ma come ad un mare, ovvero non come a un continente "apolitico" e pacificato, altro che per tempo breve e per dissimulazione irenica dello scontro, ma semmai come a un campo di inesauste battaglie, o – se si preferisce la metafora della terra – intendendola come scossa continuamente da micro (e talora macro) terremoti.

Quanto appena affermato va però inteso bene. La 'politicalità' della ragionevolezza si colloca per intero dentro un movimento "aristocratico". Essa non è più identificabile – come si deduce da quanto si è venuto dicendo – con la razionalità legislativa e anzi codicistica, bensì è l'esito di un assetto di mediazione tra principi (e quindi interessi) in conflitto che riposa in ultima analisi sull'egemonia delle Corti nell'ambito dell'attività ermeneutica. Questa è possibile in quanto si è indebolito il 'politico' nel senso rappresentativo ed è

transazioni economiche, il più riuscito esempio di diritto globale senza Stato» (G. TEUBNER, "La Bukovina globale". *Il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociol. e Pol. soc.*, 2/1999, 3 ss.). In ogni caso, il fenomeno della diffusione transnazionale e dell'identificazione giurisprudenziale dei diritti non riguarda esclusivamente e in modo immediato l'ordine economico, anche se è vero che l'odierno acuirsi di una sensibilità diffusa accentuatamente individualistica e il percepibile allentamento dei vincoli sociali e solidaristici fra le persone corrisponde all'attuale fase di sviluppo del capitale finanziario globalmente erratico. Sulla creazione giurisprudenziale dei diritti – che taluno definisce perciò voraci o "insaziabili": si veda ad esempio *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2008 – nel panorama globalizzato, in confronto con una crisi di presenza e di ruolo della rappresentanza politica statale nell'identificarli e conformarli, si veda ad esempio l'elegante tessitura argomentativa di A. MORELLI, *I diritti senza legge*, relazione alle Giornate di studio su "Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali", Messina, 21-22 novembre 2014.

espressione di una funzione utile a rilegittimare essa il sistema complessivo, riguadagnandogli in tal modo consensi³⁸.

Alla tradizionale crisi dei Parlamenti si affiancano infatti – e la rafforzano – la crisi del *medium* attraverso cui passava la dialettica tra società e istituzioni (in altri termini dell’assetto partitico fin qui noto e consolidato) e finanche quella del “rappresentato”, entro il quale si affermano sfiducia nella politica “classica” e in particolare nel suo cuore, cioè il mandato non vincolato, investito da critiche di segno populista in relazione all’ inefficienza e alla opacità dei modi del suo svolgimento³⁹.

La “volontà di potenza” delle Corti che è implicita nel loro identificarsi con l’autista – per continuare nell’altra metafora precedente – contiene beninteso in se stessa un rischio non minore, benché di natura diversa, di quanto non lo fosse la pretesa all’assolutezza precettiva, all’esclusività, brevità e chiarezza come stelle polari, del Codice Napoleone, che confinava la dottrina ad un ruolo di presunta mera esegesi, la quale operava occultando il suo ruolo manipolativo del materiale giuridico considerato, nel caso di volta in volta al suo esame.

Si è di fronte oggi ad una situazione, se non di esclusività, quantomeno di primato del formante giurisprudenziale⁴⁰, cui fanno peraltro riscontro la carenza di legittimazione elettiva dei suoi operatori, non meno che l’andamento giocoforza puntuale della giurisprudenza (che induce ad allentare i nessi sistematici) e il concreto funzionamento della decisione in base ai meccanismi condizionanti della pre-comprensione.

Come dunque sosteneva un importante giurista serbo – se è permesso qui scherzare per un momento, ma al fine di illuminare in forma icastica un punto rilevante – “rigore è quando arbitro fischia”, anche se va aggiunto che, se c’è un direttore di gara, questo avviene innanzitutto perché ci sono squadre che disputano la partita. Diciamo insomma che, come capita talora a certe figure “terze”, specialmente se il gioco latita, la sua personalità viene fuori.

38 Già l’imprescindibile e seminale riflessione critica di A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in *Legislazione. Profili giuridici e politici*, a cura di M. Basciu, Milano, 1992, 13 ss., notava (la citazione ivi, 55) che “la crisi odierna del diritto è la crisi del modello di legislazione razionale; dei suoi valori di razionalità e di moralità (ricondotte in precedenza dall’Autore alla specifica tradizione italiana e al ‘richismo giuridico’, n. d. r.) legati all’idea del «codice». (...) Si sta imponendo il ruolo, sempre più incisivo, di «supplenza» delle Corti supreme – nazionali ed internazionali – nella creazione di un nuovo *ius commune* europeo: esso ci appare uno strumento non solo più ragionevole, ma anche più tempestivo rispetto a quello del legislatore ordinario”. Riprende e sviluppa queste suggestioni (con un panorama storico che va letto in continuità e in sintonia con le riflessioni di MAZZARELLA richiamate in una nota precedente) la parte iniziale dell’importante contributo di E. OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura di M. Cavino - C. Tripodina, Milano, 2011, 149 ss. .

39 Si vedano il già ricordato volume di P. COSTA, *Gemina persona...*, cit., 31, per il quale “Il motivo centrale dell’attuale crisi della rappresentanza politica sembra infatti risiedere nella caduta di ogni distinzione tra la persona fisica e l’ufficio da questa ricoperto” e altresì gli svolgimenti di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Milano, 2001, 109 ss.; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza versus partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012 e quelli contenuti nel denso volume *Il populismo tra storia, politica e diritto*, a cura di R. Chiarelli, Soveria Mannelli, 2015.

40 Il tema è invero oggetto di un’attenzione antica. Per una sua messa a fuoco non recentissima, ma perspicua, si veda ad esempio M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, con il ricchissimo esame della situazione in diritto comparato ivi contenuto e della letteratura anche straniera.

Secondo quanto sembra a chi scrive, occorre cioè prendere atto senza più infingimenti del nuovo ruolo del giudice, specialmente (ma non solo) costituzionale e apprestare rimedi: aprire ad esempio quanto più possibile i procedimenti della decisione collegiale (teoricamente solo applicativi di principi tra loro bilanciati, ma in sostanza e comunque decisorî di conflitti, spesso nel vuoto o nel vago della norma vincolante) alla trasparenza e alla pubblicità, il che può ottenersi integrando gli interessi incisi nel rito processuale, con la loro partecipazione anche nella forma dell'*amicus curiae*, esigendo fissazione rigorosa di standard e test motivazionali e argomentativi, rimeditando infine le ragioni che hanno finora portato ad escludere da noi l'ingresso al "voto particolare" dei giudici (qui si dice di quelli costituzionali, ma solo perché è su di essi che si sta concentrando il *focus* dell'osservazione)⁴¹.

Naturalmente, quest'ultima riforma – se introdotta – andrebbe accompagnata da una revisione costituzionale che bilanciassero la misura con l'esclusione (quantomeno per un congruo periodo di tempo successivo alla scadenza del giudice dalla carica, per compimento di mandato o quiescenza o dimissioni) dalla possibilità di ricoprire una carica pubblica, salvo forse per quelle di carattere gratuito e beneficiale.

Ne seguirebbe un aumento della "responsabilità (intellettuale) diffusa" del giudice, in sé non contrario - per quelli costituzionali - al principio dell'insindacabilità e non perseguibilità per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni, stabilito per quelli costituzionali dall'art. 5 della I. cost. 1/1953, atteso che non si tratterebbe di una vera responsabilità-sanzione, in senso tecnico, ma di un onere informativo richiesto dal sistema, che sortirebbe l'auspicabile effetto di mantenere un alto livello di consapevolezza critica al dibattito pubblico intrattenuto tra gli spettatori e gli attori della vicenda giuridica (quelli colti e genericamente informati e quelli tecnicamente provveduti⁴²), posto che la decisione delle Corti è discussa e commentata e la soluzione in essa contenuta può consolidarsi in precedenti che alimentano una tendenza, ovvero stroncarne lo sviluppo.

** Ordinario di *Istituzioni di diritto pubblico* nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli *Federico II*

41 Ne ragiona da ultimo S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta «opinione dissenziente»*, nel volume – assai interessante per gettare uno sguardo sugli *interna corporis* della Corte costituzionale e di molto gustosa lettura – *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 274 ss. .

42 Ci si riferisce al *concetto ideale di uditorio* (corsivo dell'Autore) – in un'ottica ben consapevole di Perelman, Toulmin e soprattutto di Habermas – di cui discute con la consueta finezza, al termine di un esame approfondito della problematica, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, spec. 82 ss..