

Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*

di Antonio Gusmai**
(9 maggio 2016)

«...l'opinione pubblica è quella sorta di legge della quale il censore è il ministro, ed egli non fa che applicarla ai casi particolari, a somiglianza del principe. Perciò il tribunale censorio non solo non è l'arbitro dell'opinione del popolo, ma ne è invece soltanto il portavoce; e appena se ne discosta, le sue decisioni diventano vane e inefficaci».
(J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Libro IV, Capitolo VII)

Sommario: 1. Alcune osservazioni introduttive sulla dinamica dei poteri. 2. Casi giudiziari e interpretazione della realtà fattuale. 3. Casi giudiziari e interpretazione della realtà giuridica. 4. Brevi considerazioni sulla positività "entropica" del diritto. 5. Le argomentazioni del giudice nell'«uditorio universale». 6. Legittimazione pubblica e razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale: qualche nota conclusiva.

1. Alcune osservazioni introduttive sulla dinamica dei poteri

Al cospetto di Stati-ordinamenti ormai neppure più pensabili come esattamente organizzati secondo la tradizionale tripartizione dei poteri, provare a esprimere qualche considerazione di ordine costituzionale sulle concrete espressioni giuridiche del potere normativo appare oggi un'attività che, per quanto indispensabile ai fini della comprensione della realtà giuridica, risulta essere oltremodo complessa.

Venuta storicamente meno la funzionalità ordinatrice di tutte quelle «mitologie giuridiche» affermatesi nella «modernità» (Grossi 2007), e sorrette forzatamente nel tempo da filosofie normative assai distanti dalla realtà storico-materiale, restano, infatti, ben pochi vecchi e rassicuranti dogmi dai quali prendere le mosse per argomentare in merito qualche sicura riflessione.

O, forse, a volerla vedere all'inverso, la mancanza di quei saldi punti di riferimento presenti nella dogmatica giuridica per tutto il XIX e parte del XX secolo, se da una parte oggi ossigena molto di più l'intelligenza del cultore del diritto – non più asfissiato nella ricerca da strette maglie di derivazione assolutistica – dall'altra lo disorienta e lo invita a riflettere con non poche cautele nell'era dei cosiddetti "post" (si pensi ad espressioni incerte ma alla moda come "postmodernità", "postdemocrazia", "postcapitalismo").

Ad ogni buon conto, una di quelle mitologie giuridiche che più di altre sembra aver subito l'erosione della realtà storica, sembra essere proprio quella liberal-borghese che ha trasformato il Parlamento in un eroico nomoteta.

Il monopolio parlamentare nella produzione del diritto, infatti, è stato a più riprese sconfessato dalla storia. L'ingegnosa finzione giuridica, feticismo istituzionale risalente al mitologico Stato legislativo parlamentare ottocentesco – ossia a quel sistema statale *formalmente* sbilanciato su un insieme di norme pre-stabilite di contenuto misurabile e determinabile, in cui legislatore e organi applicativi sono nettamente separati tra loro – più che conservare oggi un valore scientifico, sembra piuttosto sopravvivere soltanto nel

* Scritto sottoposto a *referee*.

mondo delle tradizionali astrazioni dogmatiche di alcuni «giuristi del gregge positivistico» (l'incisiva espressione è di Grossi 2015, 60).

Per rendersene conto è sufficiente riportare l'esempio plastico dell'abuso della decretazione d'urgenza fatta dai governi europei anche dopo i conflitti mondiali: abuso che, per dirla con le parole di Agamben, ha trasformato le «democrazie parlamentari» in «democrazie governamentali», ossia democrazie pervertite nella loro capacità rappresentativa in quanto sbilanciate sugli esecutivi. Prassi, questa, che di fatto ha consentito di costituzionalizzare – anche nelle costituzioni che formalmente non lo prevedono come quella italiana, svizzera, statunitense, ecc. – lo «stato di eccezione», con la conseguente «provvisoria abolizione» della distinzione fra potere legislativo, esecutivo e giudiziario¹.

Sotto altro aspetto poi, a voler rimanere sempre legati alle tradizioni teoriche della modernità giuridica, oggi più che mai non è neppure difficile registrare il trapasso da uno «Stato parlamentare» ad uno «Stato giurisdizionale». Conclusione sostenibile questa, a patto che si prendano sul serio le poco sensate accuse di “fare politica” che gli organi applicativi ricevono ogniqualvolta, in applicazione di principi costituzionali, “lavorano” sui testi normativi per fare quello che in realtà rappresenta null'altro che il proprio legittimo dovere: leggere gli enunciati del legislatore non solo nell'oscurità della sua “bocca”, ma alla luce della Costituzione. Operazione – spesso s'ignora – che in uno Stato costituzionale, attraverso l'interpretazione delle leggi conforme ai suoi principi, rende necessariamente partecipe l'interprete stesso al processo di formazione della norma, essendo l'interpretazione un momento che fisiologicamente struttura la giuridicità (Caretti 2016).

Sul piano sostanziale, ossia in una dimensione non falsata da formalismi tecnico-giuridici taumaturgicamente neutralizzanti, non è in realtà possibile riscontrare nessuno slittamento da una forma di Stato parlamentare verso una forma di Stato governativa o giurisdizionale. La questione, posta in questi termini assoluti e manichei – soprattutto da quando vigono i principi della Costituzione rigida repubblicana – appare mal posta, perché guarda le cose nella *staticità* dei rapporti istituzionali tra poteri dentro sistemi giuridici tendenzialmente pensati come chiusi e autoreferenziali. Tutti i poteri, infatti, non potendo ignorare la «forza normativa del fattuale» (Jellinek 1905, 330), devono collaborare per il raggiungimento dell'obiettivo comune della realizzazione dei principi di democrazia sociale che la Carta fondamentale impone di realizzare seguendo la bussola degli artt. 2 e 3, secondo comma, della Costituzione.

Ciò significa, in altre parole, che il funzionamento reale di un ordinamento giuridico non dipende soltanto dal prodotto statico delle disposizioni del legislatore, bensì dal *risultato dinamico di una co-produzione normativa* tra legislatori e interpreti-applicatori che operano nella complessa realtà della dimensione giuridica. Realtà, questa, fattasi peraltro oggi *inter-costituzionale*, divenuta cioè costituzionalmente disposta a far propri i sensi e significati che i suoi stessi principi fondamentali (si pensi all'eguaglianza) assumono

¹ Si veda, in merito, il noto saggio di Agamben (2014), secondo cui però, come è noto, piuttosto che a uno «stato pleromatico», una sorta cioè di stato originario in cui la distinzione tra i diversi poteri non si è ancora prodotta, lo «stato di eccezione» implica uno «stato kenomatico», ossia uno stato caratterizzato da un «vuoto di diritto».

nell'applicazione delle Carte dei diritti di altri ordinamenti nazionali e sovranazionali (Ruggeri 2013; Gusmai 2015).

Tali argomentazioni non devono sorprendere. Come da tempo ha fatto notare con lucido realismo Carl Schmitt (2013, 211-223), nella realtà storica si presentano continuamente commistioni e combinazioni tra poteri, perché ad ogni sistema politico appartengono inevitabilmente tanto la legislazione che la giurisdizione, tanto il governo che l'amministrazione. Cosicché elementi di legislazione, di giurisdizione e di amministrazione, sono tutti assieme sempre rinvenibili in ogni singola manifestazione di potere statale, specie quando tale potere è diretto – in ultima istanza – ad incidere sulla sfera giuridica dei consociati attraverso la decisione di un caso concreto.

Tale ultima condizione l'ha spiegata ancor meglio Kelsen (1966a, 386-389) quando ha rilevato che, sul piano «qualitativo» non esiste alcuna distinzione tra giurisdizione e legislazione. Entrambe sono attività «volitive» e non «conoscitive», in quanto il giudice «crea» diritto esattamente come il legislatore, con la differenza – «quantitativa» – che quest'ultimo ha semplicemente «una libertà molto più vasta di quella» del giudice. L'atto giurisdizionale, egli scrive, «è posizione, creazione, produzione del diritto al pari dell'atto legislativo», in quanto la creazione è sempre l'applicazione di norme superiori e l'applicazione è sempre creazione di norme inferiori (Kelsen 1982, 88-89).

Ne discende che «non vi sono tre funzioni fondamentali dello Stato, ma due: creazione ed applicazione (esecuzione) del diritto [...]. Inoltre, non è possibile tracciare linee di confine che separino tra loro queste funzioni, dato che la distinzione fra creazione ed applicazione del diritto – che sta alla base del dualismo fra potere legislativo ed esecutivo (nel senso più lato) – ha soltanto un carattere relativo [...]. E' impossibile la creazione del diritto ad un organo e l'applicazione (esecuzione) del diritto ad un altro in maniera così esclusiva, che nessun organo possa compiere entrambe le funzioni simultaneamente. E' assai difficile – e comunque non desiderabile – riserbare persino la legislazione – che è soltanto un dato tipo di creazione del diritto – ad un «corpo separato di funzionari pubblici», ed escludere da questa funzione tutti gli altri organi» (Kelsen 1959, 275).

Il problema, dunque, si fa assai complesso poiché realisticamente riguarda la legittimazione democratica di *tutti* i poteri, non potendo seriamente ravvisarsi in nessuno di essi la totale assenza di elementi di politicità. E' stata proprio questa illusoria credenza di poter mantenere in vita «*pouvoir neutre*», come teorizzava Benjamin Constant (1999, 47 ss.), che sembra aver nei fatti mistificato la realtà, e concretamente reso assai difficile – se non impossibile – risolvere oggi i fondamentali problemi legati al *deficit* di democraticità delle istituzioni diverse dal parlamento, qualunque esse siano.

Non è questa la sede per intrattenersi oltre sulle articolate vicende che hanno portato gli ordinamenti storicamente a falsificare la complessità del diritto (in merito, si rinvia a Sacco 2007; e Grossi 2007). Di seguito, piuttosto, si proverà invece a focalizzare l'attenzione su alcune conseguenze che derivano da un ben preciso aspetto della realtà normativa: quella che vede, nella dimensione giuridica concreta – ossia nei giudizi che si

svolgono nelle aule di giustizia – il diritto prendere “sostanza”, “incarnarsi”, attraverso l’interpretazione di fatti e atti normativi a opera delle parti processuali e del giudice².

In particolare, partendo dalla premessa che a) le decisioni dei giudici sono il risultato di un’operazione intellettuale complessa e sofisticata, nella quale si inseriscono scelte e valutazioni autonome degli stessi giudici (Bartole 2012, 15); b) l’attività interpretativa degli organi dell’applicazione è fisiologicamente un’attività avente un certo tasso di politicità³; c) di conseguenza la legge non è tutto il diritto e la legge non è tutta diritto (Lombardi Vallauri 1981, 29-31); l’obiettivo che ci si prefigge è quello di tentare di ricercare una forma di *razionalità sociale* negli ordinamenti costituzionali. Una razionalità che, in ultima istanza, per giustificare e tenere effettivamente in piedi un sistema di democrazia sociale, verrà individuata nella forza legittimante espressa dal consenso dell’*opinione pubblica*.

2. Casi giudiziari e interpretazione della realtà fattuale

Un caso giudiziario non è un oggetto, un elemento fisico, come potrebbero ad esempio essere le mura del tribunale dove il caso stesso viene giuridicamente qualificato. Un caso giudiziario è – prima ancora che disposizioni di diritto sostanziale intervengano a definirlo – una narrazione, una descrizione di fatti e, dunque, prima di ogni altra cosa, il prodotto del pensiero di chi opera in qualità di interprete della vicenda processuale.

Mentre i fatti di causa (ad es. il corpo esanime di un uomo sul ciglio della strada) costituiscono un dato di realtà osservabile con i sensi (il corpo esanime è lì, lo si può guardare), il caso giudiziario è il frutto di attività mentali di una serie di soggetti che si sforzano con il pensiero di comprendere quella realtà.

Il caso giudiziario in sé non è realtà ma astrazione. E’ una costruzione della mente umana. Come ha precisato Adolf Merkl (1987, 259), «per quanto risolutamente un’astrazione verbale o concettuale che si presenti con la denominazione di diritto possa pretendere di avere natura giuridica, essa abbisogna tuttavia, per essere effettivamente diritto, di una appropriazione da parte dell’intelletto che conosce. Nulla mai è diventato diritto per il solo fatto di essersi definito tale, anche quando si sia arrogato l’appellativo di eterno oppure – come molte leggi antiche – abbia dichiarato di essere immutabile in ogni tempo».

Così, di conseguenza, mentre il fatto è certo (il corpo esanime è inequivoco), il caso giudiziario può non esserlo (potrebbe essere stato commesso un omicidio, o magari l’uomo si è suicidato o, ancora, nessuna di queste ipotesi perché colpito da un malore improvviso che la medicina non sa spiegare), perché in quanto frutto di astrazione è destinato a prendere le forme che gli interpreti gli attribuiscono attraverso il filtro delle disposizioni normative che essi *scelgono* di applicare per ricostruire il fatto.

Queste brevi premesse sulla distinzione tra fatti e caso giudiziario, ossia tra oggettività (fattualità del caso) e plurime soggettività (caso giudiziario ricostruito da giudici,

² Sulle conseguenze dell’attività interpretativo-applicativa, si veda, in una prospettiva realistica del fenomeno giuridico, l’interessantissimo saggio di Bognetti (2012). In una prospettiva assiologica, cfr. Ruggeri (2015). Più in generale, sul complesso tema dell’interpretazione giuridica, da ultimo, Guastini (2015).

³ In merito kelsen (1981) ha avuto modo di precisare che «il *carattere politico della giurisdizione* è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per natura, le deve *necessariamente* lasciare» (corsivo dello scrivente).

avvocati, forze dell'ordine, testimoni, periti, ecc.) sono utili a comprendere un ulteriore passaggio: i fatti, che in qualità di eventi sono di per sé *oggettivi*, non sono però mai del tutto conoscibili dall'interprete e, pertanto, per questo motivo, possono diventare, in caso di obbligata presa di posizione su di essi, *soggettivi*. Nell'esempio riportato di certo esiste un corpo senza vita, ma tutti gli altri accadimenti che hanno portato all'evento non potranno mai essere storicamente ricostruiti nella loro esatta fenomenologia. Di qui la necessità di pre-vedere regole giuridiche tendenzialmente certe, che diano la possibilità agli interpreti di giungere ad una decisione del caso stesso sostituendo alla non completa conoscibilità della realtà fattuale una realtà giuridica dotata in astratto di convenzionale certezza.

Quando il giudice interpreta per risolvere un caso, non può esimersi dal decidere: vale la poco ragionevole quanto indispensabile regola del *non liquet*. Dovendo egli necessariamente prendere una decisione, è ancora Kelsen (1966a, 387-388) a spiegare perché persino le sentenze totalmente infondate devono per l'ordinamento ritenersi valide una volta passate in giudicato. Infatti, la doverosa «interpretazione autentica» – che per l'A. è semplicemente l'interpretazione del giudice chiamato ad applicare le disposizioni, provocatoriamente equiparando così il valore dell'interpretazione del decidente a quella «autentica» del legislatore – può realizzare «non soltanto una delle possibilità rivelate dall'interpretazione teorica della norma da applicare», ma «può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare». Il «principio del passaggio in giudicato statuito da un ordinamento giuridico positivo ha come conseguenza la validità della norma individuale statuita dall'organo applicante il diritto», anche se questa «non è conforme a una norma generale» (Kelsen 1985, 404).

Da quanto detto è già possibile trarre una prima considerazione: uno scarto importante fra cultura giuridica degli interpreti-applicatori e cultura giuridica positivizzata in un testo scritto dal legislatore (su tutti la Costituzione), può privare il testo stesso di senso pratico, di ragion d'essere. Se l'una non corrisponde tendenzialmente all'altra, il rischio per un ordinamento giuridico non è soltanto quello contingente della sua ineffettività bensì, alla lunga, quello ben più drastico della sua tacita mutazione genetica.

3. Casi giudiziari e interpretazione della realtà giuridica

Proprio per evitare che l'oggettività dei fatti di causa (conoscibili e non conoscibili) si trasformi in arbitrarietà dell'attività degli interpreti chiamati a decidere sulle conseguenze di quei fatti, gli ordinamenti giuridici pre-vedono fattispecie giuridiche più o meno idonee a contenere le incalcolabili possibilità di significato esprimibili dall'intelligenza umana nella fase dell'interpretazione.

La redazione per iscritto di intere parti del diritto, ossia la *codificazione* di *facti-species*, ha segnato profondamente la storia degli interpreti del diritto continentale (ma non solo), con effetti culturali e ideologici percepibili ancora ai giorni nostri. A partire dal *Code Napoléon*, sono infatti fin troppo noti i trionfi dell'illuminismo giuridico e del razionalismo moderno, nonché, sul piano prettamente politico-costituzionale, del liberalismo individualista e del conseguente liberismo economico. Così noti che non abbisognano, qui, di ulteriori precisazioni.

Il punto dal quale si deve prendere l'abbrivio se non si vuole perdere di vista la realtà sembra dunque essere necessariamente il seguente: il legislatore produce

disposizioni statiche – ossia *law in books* – che non è detto che corrispondano a *norme giuridiche* effettive – *law in action* – una volta soggette ad interpretazione dagli operatori giuridici. Non solo. Le stesse regole sull'interpretazione dettate dal legislatore per guidare gli interpreti-applicatori (si pensi all'art. 12 delle c.d. Preleggi), «richiedono una interpretazione che non può a sua volta essere regolata in via legislativa. E l'intero sistema giuridico ha bisogno anch'esso di una interpretazione che – se anche è facilitata dalle regole legislative sull'interpretazione – è in definitiva condotta secondo un criterio extralegislativo» (Merkl 1987, 261).

Interpretare un testo giuridico non può che significare porre in essere un'attività intellettuale – come tale difficilmente riconducibile ad una operazione oggettiva di stretta logica formale – di apprendimento e di critica dei propositi espressi dall'organo legislativo, attribuendo un senso normativo agli enunciati linguistici in vista di una decisione parametrata ad un caso concreto (Ross 2001). In sostanza, l'operazione è quella di mettere in atto – attraverso l'interpretazione – l'ineludibile passaggio che conduce dalle astratte *disposizioni* del legislatore alle *norme* giuridiche concrete individuate dal giudice⁴.

Così, in questa sede, per esemplificare una tematica per vero assai complessa, per interpretazione giuridica deve intendersi tanto il processo intellettuale di attribuzione di significato a determinati significanti (*interpretazione come attività o processo*), quanto il complesso dei risultati di tali attività (*interpretazione come prodotto*). Si deve perciò pensare tanto ai modi con i quali gli interpreti giungono ad attribuire senso e significato agli enunciati del legislatore, quanto ai risultati di tale attività, una volta che tale operazione la si pone in essere per risolvere concretamente una controversia giuridica (Tarello 1980).

Ora, questa realistica ed inevitabile apertura del diritto ai «fatti sociali», ossia ai fatti del caso concreto, pone, tra gli altri, il cruciale problema della individuazione dell'interpretazione «corretta» degli enunciati normativi vigenti nei sistemi costituzionali.

Ed è questo il punto, il fuoco della presente riflessione: le «democrazie costituzionali» si fondano precipuamente su sistemi giuridici dotati di una razionalità formale che semplifica e mette in second'ordine i sostanziali problemi di «ragionevolezza e razionalità» delle decisioni dei giudici⁵. In particolare, la difficoltà maggiore nel diritto contemporaneo sembra consistere nell'individuazione di criteri ermeneutico-argomentativi che possano consentire di *giustificare* soluzioni interpretative ritenute, come si diceva, «corrette», «giuste» dall'ordinamento costituzionale, anche al di là del dettato legislativo formale.

Poiché ogni processo è pratico, concreto, in ciascuno di essi assume carattere determinante la *dimensione argomentativa* delle norme giuridiche racchiusa nelle motivazioni pubbliche pronunciate dall'organo giudiziario. Se con «i costituzionalismi», a partire dalla storica sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Marbury vs. Madison* (1803), le Corti sono divenute (dagli inizi del XX sec. anche in Europa) le «custodi» della

⁴ Come è noto, per «disposizione» deve intendersi il testo scritto, per «norma» il significato di quella o quelle disposizioni desunto dagli applicatori (giudici, professori, avvocati, ecc.) mediante l'interpretazione. In merito, si veda, già, Crisafulli (1964).

⁵ Come ha sottolineato Bongiovanni (2005, 19), l'analisi delle democrazie costituzionali è, soprattutto in Italia, molto recente. Sulle concetto di «democrazia costituzionale», si veda Dworkin (1996).

democrazia⁶, è allora al loro ragionamento e alle loro argomentazioni che sembra necessario guardare se si vuole capire la concreta dinamica dei diritti e delle libertà garantite da un ordinamento giuridico.

Come bene ricorda Stephen Holmes (1988, 195-240) ripercorrendo le vivaci discussioni di Thomas Jefferson, Paine e Madison, le democrazie costituzionali di stampo occidentale restano un «paradosso». Si potrebbe dire cioè che si fondano su ciò che è «politicamente decidibile» da parte del potere democratico (il legislatore) e, contemporaneamente, su ciò che è dichiarato costituzionalmente legittimo da un potere che propriamente democratico non è (quello dei giudici) ma che, però, a differenza del primo, pubblicamente motiva di volta in volta le sue decisioni rendendo controllabile e visibile non soltanto le proprie intenzioni, bensì l'esercizio ultimo del potere stesso⁷.

A ben vedere, sullo sfondo di tale «paradosso» sta il fatto che i sistemi costituzionali si caratterizzano per avere un *doppio lato*: da una parte l'idea dei diritti come dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge e, dall'altra, quella di un autonomo fondamento e di una specifica funzione politica assegnata alla legge. Su questa base si separano i diversi ruoli dei diversi attori istituzionali: mentre i legislatori determinano l'indirizzo di maggioranza al di fuori, spesso, di finalità di ordine costituzionale, gli organi giurisdizionali e le Corti costituzionali hanno il compito di rendere concreta la Costituzione, di affermare i diritti fondamentali in essa contenuti (Bin 2004, 45 ss.; Bongiovanni 2005, 17).

Le costituzioni contemporanee custodiscono diverse ideologie politiche, ossia differenti sistemi di valori che consentono di interpretare diversamente i principi fondamentali (si pensi ancora alla solidarietà o al diritto alla vita) che il loro stesso diritto positivo riconosce (Gozzi 1998, 25). Nella realtà applicativa, infatti, i principi possono essere interpretati variamente secondo diversi punti di vista, mancando una disciplina della loro «compatibilità», una soluzione certa nei casi di «collisione» tra valori che presuppongono, così come è assente la fissazione di precisi punti di equilibrio che orientano la decisione (Zagrebelsky 1996, 78).

E' questo relativismo e sono queste grandi assenze che costringono a ripensare l'opportunità di una razionalità giuridica dall'indole soltanto formale. Razionalità quest'ultima che, come una sorta di letto di Procuste, "amputa" bisogni e istanze sociali che invece potrebbero giuridicamente accomodarsi nello spazio indefinito dei principi intercostituzionali. In fondo è ciò che a diverse latitudini sta accadendo grazie anche all'attività delle Corti sovranazionali poste a tutela dei diritti fondamentali (si pensi alla tutela apprestata e alle influenze esercitate dai giudici su questioni riguardanti internet, le coppie di fatto, i coniugi omosessuali, le adozioni, le scelte di fine vita, il diritto all'alimentazione, ecc.).

Lo stesso sindacato di legittimità costituzionale, tradizionalmente ritenuto in dottrina un giudizio astratto su norme giuridiche, sembra infatti avere ad oggetto non soltanto enunciati normativi, quanto piuttosto la comprensione del senso normativo che il giudice *a quo* ha conseguito in riferimento al fatto in giudizio, assunto come fatto paradigmatico. Ciò dovrebbe indurre a rimediare la diffusa convinzione circa la tendenziale marginalità (se

⁶ ...solo apparentemente come si vedrà.

⁷ Sulla rilevanza della motivazione della legge, si veda, però, la ricostruzione di Boccalatte (2008), al quale si rinvia anche per la ricca bibliografia sul tema contenuta.

non addirittura irrilevanza) dell'elemento fattuale nel giudizio di costituzionalità (Omaggio e Carlizzi 2010, 137). Più precisamente, come è stato rilevato, il materiale normativo del giudizio non è circoscritto ai termini positivi della *quaestio de legitimitatis*, poiché il giudice costituzionale opera normalmente anche con tutti quei dati normativi e fattuali che sono necessari per la definizione del caso. I testi legislativi e costituzionali sono soggetti a specifiche operazioni interpretative, che variano non solo a seconda dell'oggetto, ma anche in considerazione dei contesti applicativi (Morrone 2001, 395).

Dalle brevi considerazioni sin qui svolte, quindi, emerge con chiarezza, se non ci si inganna, la formidabile complessità che connota la struttura delle decisioni del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto (cfr., di recente, Nisticò 2015). Una volta abbandonata la "cieca" e astorica pretesa di dar credito alle tesi che propinano, quale migliore soluzione giudiziaria del caso concreto, l'adozione di metodi interpretativi esclusivamente di tipo conoscitivo-formali, ovverosia fondati sull'astratta razionalità di tipo logico-deduttivo⁸, si tratta adesso di provare a capire meglio in che modo le decisioni del giudice vengono – per così dire – "accettate" dai consociati⁹ e dallo stesso legislatore nella realtà istituzionale dei rapporti giuridici concreti e come, soprattutto, essi possano effettivamente "reagire" ad eventuali arbitri normativi.

Il non facile problema di stabilire quando – e in che modo – l'attività ermeneutica del decidente possa predicarsi costituzionalmente "giusta", deriva, a ben vedere, dalla realistica possibilità di ritenere il diritto un fenomeno che si struttura non soltanto su regole e astratti principi cristallizzati in testi normativi che fanno da «cornice», ma anche e soprattutto costituito da *valori di contesto* e da *fatti sociali* che il giudice sostanzialmente rileva attraverso l'interpretazione applicativa finalizzata alla co-produzione della norma giuridica concreta.

Non esiste un preciso «schema» di riferimento per gli interpreti, non esiste cioè una «cornice» che delinea un limite di significati del testo oltre il quale l'interprete-applicatore non può andare. A riconoscerlo è il Kelsen più maturo della *Reine Rechtslehre* del 1960 che, a differenza di quanto scriveva nell'edizione del 1934 (Kelsen 2000, 117-130) come visto (cfr. *supra*, § 2) ammette interpretazioni valide «fuori cornice» stabilendo che l'interprete-applicatore «può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare». Tutto ciò, più che un'«aporia» ravvisabile nelle tesi dello studioso praghese, appare piuttosto una fisiologica conseguenza del suo definitivo convincimento circa l'abbandono di astratte tesi conoscitivo-formali sull'interpretazione giuridica¹⁰.

L'interpretazione giuridica non può essere mai e solo "giuridica", ossia rinchiusa in se stessa e non aperta all'osservazione dell'esperienza nei suoi svolgimenti storico-concreti (Ruggeri 2006, 15 ss.). Il carattere pluralistico e complesso che connota le società contemporanee, così come le inevitabili influenze che hanno i costanti sviluppi delle altre scienze sull'interpretazione degli enunciati normativi (Penasa 2015), sembrano portare a dover ritenere che non appare possibile presupporre come logicamente preesistente un

⁸ Per rendersi conto di tale impossibilità, è sufficiente leggere il "diario" di Cassese (2015). Valorizza, invece, *sillogismi e sussunzioni* anche in riferimento a disposizioni costituzionali, Chessa (2014, 317).

⁹ In virtù del fatto che, come stabilisce il primo comma dell'art. 101 della nostra Costituzione, «la giustizia è amministrata in nome del popolo».

¹⁰ A ravvisare invece un'«aporia» è Ferrajoli (2016, 154-167).

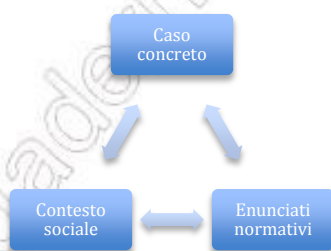
pacchetto di risposte «adeguate» per ogni singola questione giuridica dibattuta nelle aule di giustizia (Coleman e Leiter 1995).

Ne esiste, d'altra parte, la famigerata «*one right answer*» rilevabile dall'olimpico giudice Ercole ideato da Dworkin¹¹. Semmai è pensabile un giudice Sisifo realisticamente alle prese, se accorto e diligente, con un'incalcolabile possibilità di soluzioni interpretative tutte in ipotesi applicabili al caso da decidere. Un giudice dunque che da valle (dal caso) s'impegna a scalare i monti delle possibilità giuridiche consapevole di non poter raggiungere una meta della giustizia, una vetta ben precisa che si staglia tra le altre per essere sicuramente la più "giusta". Invero, una medesima disposizione normativa può effettivamente ricevere interpretazioni differenti nessuna delle quali appare potersi considerare – specie prima dell'applicazione al caso concreto – più di altre giuridicamente irreprensibile.

A pretendere e scandire queste condizioni sono i molteplici valori che fanno da fondamenta ai principi costituzionali. Principi in definitiva destinati ad essere applicati a soggetti e formazioni sociali appartenenti a culture differenti costantemente in conflitto tra loro¹².

4. Brevi considerazioni sulla positività "entropica" del diritto

Alla norma giuridica positiva, l'interprete-applicatore giunge dunque seguendo (non interessa quanto consapevolmente) un vero e proprio moto circolare – che percorre e ripercorre, in avanti e indietro, sino alla decisione – così raffigurabile:



Infatti, la norma giuridica, proprio in quanto frutto dell'attività congiunta dell'organo legislativo e giurisdizionale (la norma è *co-prodotta* dal legislatore e da chi interpreta a fini applicativi), diviene effettiva – ossia concreta e applicabile al caso di specie – solo all'esito di un processo ermeneutico (che, come si può notare dallo schema, dal "caso" passa alla disposizione per poi ad esso nuovamente ritornare) che si colloca esattamente all'*interno* della «positività» e che, pertanto, in tal modo, propriamente la struttura e la costituisce attraverso la storicizzazione delle disposizioni normative nel contesto dinamico e pluralistico della società di riferimento.

Volendo quindi provare a dare una rappresentazione figurativa della «positività» del diritto che non sia meramente formale – in quanto, come visto, essa è necessariamente costituita (anche) dal momento «ermeneutico» – ovverosia a volerla raffigurare così per come sembra giungere realmente a sprigionare i suoi effetti nella realtà effettiva dei

¹¹ Su cui si veda, tra i lavori più recenti, Dworkin (2010, 60-64).

¹² In merito al problema dell'eguaglianza tra culture differenti, si veda, di recente, Ruggiu (2015). Ha invece incentrato la sua riflessione sulla «*composizione dei conflitti*», Azzariti (2010).

rapporti sociali a seguito di una controversia giudiziaria, sembra possibile farlo schematicamente come segue:



Come è stato detto, «la positività non è ma si produce»: nel senso che non può essere concepita semplicemente come un insieme di disposizioni poste dal legislatore che prescindono dall'attività interpretativo-applicativa del giudice, come se si trattasse di un'entità astratta che esiste di per sé, che può fare a meno di connettersi con l'interprete in «un rapporto di concreta e inesauribile continuità temporale» (Zaccaria 1991, 344).

Quando il legislatore "dispone", non produce immediatamente norme ma soltanto enunciati orientativi di condotte (*ergo* disposizioni) in attesa di materializzarsi nella società. Le «norme giuridiche non consistono in regole, già del tutto tracciate semanticamente, ma negli atti di positivizzazione sperimentati su queste regole» (Esser 1983, 40). Dunque, «in ogni procedimento d'interpretazione giuridica, gli interpreti non sono completamente separati dall'oggetto dell'interpretazione; soggetto e oggetto sono entrambi parti dello stesso sistema, della stessa "istituzione"». Il processo interpretativo-applicativo che trasforma le *disposizioni* (selezionate dall'interprete) in *norme* da applicare al caso (costruito dall'interprete), è «un processo che non ha linearità e completa misurabilità» in quanto è dominato «dall'entropia». Si tratta di un processo cioè che nella sua materialità, nel diritto come nella fisica, vede le informazioni di partenza (le disposizioni legislative e i fatti di causa) confondersi fino a smarrirsi una volta che l'applicatore le interpreta per motivare la decisione del caso concreto (Bin 2013, 32, 102).

L'esempio è fin troppo elementare ma rende chiaro il concetto: così come non è possibile riavere esattamente i singoli ingredienti di una pietanza una volta mantecati, allo stesso modo non è possibile ritornare, partendo a ritroso dalle *norme* contenute nella sentenza di un giudice, alle *disposizioni* legislative originariamente utilizzate per risolvere il caso. Nel senso che tale operazione in astratto è possibile anche farla, ma le disposizioni di partenza si sono ormai così mescolate ai fatti di causa che rileggerle da sole non spiegherebbe *esattamente* il significato che esse hanno concretamente poi assunto in relazione al caso deciso. E' questo il significato ultimo del processo entropico che, nel diritto, si verifica ogni qual volta si osserva il fenomeno giuridico nella sua dinamicità, ossia nel passaggio dalle disposizioni del legislatore alle norme co-prodotte dall'interprete-applicatore.

La funzione normativa «non si identifica con l'attività legislativa». L'attività del legislatore «è solo uno dei modi procedurali concreti con i quali si può svolgere una funzione normativa» (Silvestri 1985). Come visto, anche il giudice è un organo che «concorre sia all'applicazione che alla creazione di diritto» (Spagna Musso 1969).

Nella democrazia sociale voluta dalla Costituzione repubblicana, la garanzia di una tutela immediata dei diritti fondamentali impegna ogni potere a «concretizzarli» (Baldini 2015). Così, «svanisce [...] l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo: cui parrebbe alludere l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, con le celebri formule della «esatta osservanza» e della «uniforme interpretazione della legge», affidate alla corte suprema per assicurare «l'unità del diritto oggettivo nazionale». Subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema «in movimento», soggetto a continue evoluzioni: dipendenti [...] dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi» (Paladin 1996, 110).

Lo stesso giudice di legittimità, come ha avuto modo di chiarire il Primo Presidente della Cassazione, è chiamato oggi ad intendere il proprio ruolo di nomofilachia in una prospettiva di integrazione con le fonti sovranazionali vincolanti per il nostro ordinamento, e con la loro interpretazione da parte delle corti competenti (Corte Edu e Corte di Giustizia Ue). Si tratta dunque di prendere coscienza di essere ormai di fronte ad un sistema aperto di «nomofilachia europea» in cui ogni singolo giudice nazionale «è forza realizzatrice dell'effettività della tutela di sempre nuovi diritti fondamentali» reclamati dal corpo sociale, diritti tesi ad ampliare gli orizzonti delle stesse garanzie costituzionali (Santacroce 2015).

Tutte queste circostanze portano quindi a ritenere, in definitiva, che nella realtà giuridica contemporanea il diritto è un qualche cosa che appare sempre in movimento (Tarello 1974; Carcaterra 1974), ed a costruirlo (ma anche a distruggerlo) nella sua vincolante positività sono contestualmente diversi fattori (la legislazione, la giurisdizione, l'amministrazione, le pratiche sociali ecc.) «incontenibili» tutti assieme in un testo scritto.

5. Le argomentazioni del giudice nell'«uditorio universale»

Uno dei principali punti di tensione delle democrazie costituzionali contemporanee è rappresentato, quindi, dalla difficoltà di ricercare una «giustificazione esterna» al prodotto dell'attività interpretativo-applicativa del giudice.

La tradizionale operazione deduttivo-sillogistica (cosiddetta «*giustificazione interna*» al sistema formale), non appare infatti sufficiente a spiegare e poi giustificare agli occhi dei consociati il fisiologico processo di *co-produzione normativa*: nella produzione effettiva del diritto, come detto, coautori sono sempre, seppure in modo variabile a seconda della «qualità» degli enunciati normativi, del «protagonismo» dell'interprete, e della complessità dei fatti di causa, tanto il legislatore quanto il giudice della controversia. Proprio l'aver trascurato questo aspetto sembra aver portato il pensiero giuridico moderno a credere nell'infelice equazione che tutto il diritto positivo sia contenuto in una premessa maggiore di matrice legislativa, e che, in ogni caso, il giudice che la travalichi, si trasformi aritmeticamente in un pericoloso usurpatore¹³.

¹³ Sul punto sia consentito ancora rinviare a Gusmai (2015, 87 ss.).

Il merito di aver distinto nella decisione giudiziale più livelli di giustificazione giuridica è di Wróblewski (1986, 206 ss.). Nella versione più semplice della sua tesi, il teorico del diritto polacco distingue, infatti, fra una giustificazione «interna» e una giustificazione «esterna». In quella più elaborata, la sua teoria distingue tra cinque livelli di giustificazione: a) la giustificazione «interna», b) la giustificazione delle premesse, c) la giustificazione delle trasformazioni, d) la giustificazione delle presupposizioni, e) la giustificazione finale.

Sebbene il tema, stante la sua complessità, non possa essere debitamente trattato in questa sede¹⁴, occorre qui almeno rilevare che mentre la «giustificazione interna» richiede che la decisione finale, ossia la norma concreta posta dal giudice (e solitamente contenuta nel dispositivo della sentenza), possa essere ricavata deduttivamente a partire dalle premesse (indicate invece nella motivazione della sentenza) senza però preoccuparsi di giustificarle; la «giustificazione esterna» ha invece come obiettivo proprio quello di fondare razionalmente tali premesse. In sostanza, se tali premesse sono giustificate, allora la decisione è «esternamente» giustificata.

Svolgendo ulteriormente quanto si è appena rilevato, in primo luogo va osservato che il rapporto co-produttivo che viene a crearsi tra la volontà della maggioranza (autorità del legislatore) e l'attività interpretativo-applicativa del giudice orientata dalle esigenze del caso concreto (autorità del giudice protesa alla più intensa tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, al di là degli interessi parziali del governo di turno), comporta che l'interpretazione del decidente non possa essere riconducibile – *ex se* – ad un'attività arbitraria, incontrollabile, non suscettibile di essere in alcun modo sottoposta a verifiche di controllo.

La dialettica istituzionale che s'instaura tra legislatore e giudice fa sì, invero, che nessuno dei due organi possa in definitiva dirsi «sovrano» del diritto, in quanto né l'uno né l'altro ha l'assoluta prerogativa di imporre «l'ultima parola». La società moderna, infatti, non conosce posizioni dalle quali la società potrebbe essere descritta in maniera vincolante per altri all'interno della società stessa (Luhmann 1995, 27 ss.). La democrazia è ricca di «*res dubiae*, cioè delle questioni che possono essere legittimamente decise in un modo o in un altro [...]. Dove invece non vi siano *res dubiae* ma *res certae* non si può deliberare che in unico modo e solo chi aderisce alla (presunta) «verità» ha diritto di cittadinanza [...]. La democrazia, non basandosi su verità prestabilite, ammette diverse opinioni» (Zagrebelsky 2009, 163).

Di qui una possibile conseguenza: la «correttezza» dell'interpretazione giudiziaria finalizzata alla risoluzione di un caso pratico dipende soprattutto dalla possibilità di poter «giustificare»¹⁵ la decisione giudiziaria all'esterno, agli occhi tanto dell'*opinione pubblica*¹⁶ quanto dello stesso *legislatore*.

Vediamo come e perché procedendo per gradi.

¹⁴ Per maggiori approfondimenti, si rinvia a Canale (2013, 337 ss.).

¹⁵ Come è stato detto, la «giustificazione» consiste in un «discorso argomentativo» atto a mostrare mediante «ragioni» che qualcosa, nel campo del fare (sia essa una scelta, una decisione, o un'azione) è giusto, opportuno, o preferibile. Sul punto si veda Scarpelli (1986, 10 ss.).

¹⁶ Per un'approfondita analisi del significato che assume l'espressione «opinione pubblica» in contesti politico-costituzionali, cfr., almeno, Matteucci (1980, 420-430); e Habermas (2005).

La motivazione della decisione – che contiene al suo interno l'*iter* argomentativo seguito dall'interprete applicatore che l'ha condotto a costruire determinate norme in relazione al caso specifico da decidere – diventa nello Stato (inter)costituzionale democratico e pluralista una sorta di precondizione di verificabilità della legittimità stessa del potere di *ius dicere*. Invero, mentre cittadini e i legislatori non hanno bisogno di giustificare in termini di ragione pubblica il modo in cui votano, o di dare coerenza alle loro motivazioni e di inserirle in una visione costituzionale compatta, il ruolo del giudice consiste proprio nel fare questo (Rawls 1994, 201). Le sue decisioni sono «autofondate», nel senso che il dispositivo si giustifica con la motivazione e viceversa, a differenza degli atti del legislatore che, essendo formalmente legittimati dal principio rappresentativo, non necessitano di motivazione alcuna (Bin 1993, 14).

Come è stato correttamente rilevato (Comaducci 1999, 52), con il termine «motivazione» si può far riferimento sia all'insieme degli «enunciati linguistici» che il giudice impiega per giustificare la propria decisione («motivazione-documento» o «motivazione-prodotto»), sia l'«attività mentale» concernente la soluzione degli aspetti giuridici e fattuali del caso che lo ha portato ad assumere una determinata decisione («motivazione-attività»). Secondo altra dottrina¹⁷ poi, la motivazione delle sentenze incide «oltre l'atto» giudicato, volgendosi al di là dei suoi naturali, diretti destinatari. Si pensi solo ai condizionamenti di varia natura e intensità, che la Corte esercita (talora persino inconsapevolmente) nei riguardi di altri operatori e dell'intera comunità col fatto stesso della sua giurisprudenza. La sentenza, e particolarmente in seno ad essa la motivazione, si allarga e si espande come il «moto ondoso».

A voler essere più precisi, sembra potersi sostenere che la motivazione della sentenza abbia precisamente il compito di giustificare all'*esterno* – al pubblico – le norme applicate al “caso” concreto a due tipi di *uditori*: a) quello «particolare», che comprende esclusivamente le parti processuali destinatarie del provvedimento ai fini della possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa per la proposizione di eventuali impugnazioni; b) quello «universale», riguardante *il complesso dell'opinione pubblica*, inclusi dunque gli altri giudici ed il legislatore, quest'ultimo in qualità di organo rappresentativo abilitato ad incidere in ogni momento sulla qualità della normazione creata dal giudice.

Uno dei primi e più importanti contributi in materia di giustificazione delle decisioni giudiziarie è quello, come noto, di Chaïm Perelman (sviluppato in collaborazione con la psicologa Olbrechts-Tyteca), al quale si deve uno dei più interessanti tentativi di dimostrare la possibilità di un'argomentazione e di una giustificazione razionale anche al di là delle strette maglie della verifica empirica e della logica puramente deduttiva.

In particolare, l'oggetto specifico della teoria perelmaniana è rappresentato dallo studio delle tematiche discorsive atte a procurare o accrescere l'adesione delle persone che compongono un certo «uditorio» alle tesi che vengono presentate al loro assenso: l'argomentazione è, in altri termini, una *funzione dell'uditorio*, vale a dire dell'insieme di coloro sui quali l'oratore vuole influire per mezzo della sua argomentazione. E' proprio il riferimento all'uditorio che consente di differenziare l'«argomentazione» dalla «dimostrazione», ossia dalla mera deduzione logica operata a partire da assiomi

¹⁷ Cfr. Ruggeri (1994, 2), in cui l'A., nel caso specifico, fa riferimento alle sentenze della Corte costituzionale, ma il discorso sembra oggi potersi estendere, senza particolari problemi, anche alle motivazioni del giudice comune.

liberamente fissati da chi dimostra¹⁸. Chi argomenta, invece, deve preoccuparsi di ottenere l'adesione dell'uditorio tanto alle premesse quanto ad ogni fase della dimostrazione¹⁹.

La teoria in esame torna assai utile ai fini di quanto si è venuti dicendo in quanto, attraverso il riferimento all'«uditorio», pone l'accento sulla *dimensione sociale* dell'argomentazione giuridica. Come mette in rilievo Norberto Bobbio, la teoria di Perelman rappresenta un «tentativo di recuperare l'etica al dominio della ragione, se pure di una ragione pratica distinta dalla ragione pura o, se si vuole, come la scoperta (o riscoperta) di una terra rimasta per troppo tempo inesplorata dopo il trionfo del razionalismo matematizzante» su ogni aspetto dell'esistenza umana (Bobbio 2013, XI).

Quello che si vuole dire è che, a prescindere dalle teorie di carattere rigorosamente «procedurale» sul discorso giuridico – sulle quali si veda, almeno, Robert Alexy (1998) – attraverso l'ampia diffusione della *ratio decidendi* della pronuncia sortita dalla pubblicazione, sarà in ultima istanza sempre e realmente l'*opinione pubblica* a stabilire la «correttezza» della norma individuata dal giudice²⁰.

Questo significa, nella dimensione più propriamente giuridico-costituzionale, che la forza degli argomenti adottati dall'interprete/applicatore e contenuti nella motivazione pubblica della decisione, in realtà – proprio attraverso la pubblicità della motivazione – non esaurisce i suoi effetti al solo caso e alle parti processuali coinvolte²¹ (*uditorio particolare*), ma ha la possibilità di essere conosciuta da un uditorio assai più vasto che può giungere a coinvolgere l'opinione pubblica nazionale ed internazionale, l'attenzione degli altri giudici (non solo interni all'ordinamento) e lo stesso legislatore (e, dunque, da un *uditorio universale*).

Per ciò che attiene in particolar modo alle attribuzioni del legislatore, attraverso la conoscenza delle norme giuridiche co-prodotte dal giudice in un determinato processo, l'organo rappresentativo in questo modo mantiene sempre la possibilità di intervenire con nuove disposizioni normative *confermative* (se ritiene che esse possano essere generalizzate), o espressive di una *diversa volontà dispositiva*, nel caso non dovesse dividerne risultati ed effetti. Non v'è dubbio, infatti, che «la Repubblica non può essere affidata solo ai suoi giudici» (Fioravanti 2014, 308), perché è la stessa Costituzione a non essere «solo un «deposito di valori» a disposizione dei giudici; anche il legislatore può (anzi deve) sfruttare l'ancora importante giacimento di «risorse programmatiche» contenuto nei vari articoli della Costituzione e non ancora pienamente utilizzato o fin qui messo in ombra» (Barbera 2015, 355).

In definitiva il giudice e, più in generale, gli interpreti applicatori, trovano sempre il loro limite argomentativo-decisionale «nel consenso dell'uditorio universale» (Perelman e Olbrechts-Tyteca 2013, 34). Non avendo le parole un senso unico, è il complessivo

¹⁸ ...come vuole la dottrina tradizionale accontentandosi del sillogismo per giustificare la decisione.

¹⁹ Su tali tematiche e, in particolare, sulla distinzione tra *uditorio particolare* e *universale*, si rinvia a Perelman e Olbrechts-Tyteca (2013, 30-38).

²⁰ Non sembra irrilevante evidenziare che, in argomento, è la stessa Corte costituzionale a dare importanza al «controllo dell'opinione pubblica». Cfr. Corte cost., sent. n. 141 del 1998, considerato in diritto n. 3.

²¹ Come ad esempio vuole il codice civile italiano (art. 2909), quando stabilisce la regola secondo cui la cosa giudicata (o giudicato sostanziale o autorità di cosa giudicata) è il far stato ad ogni effetto nei confronti delle sole parti, dei loro eredi o aventi causa.

atteggiamento serbato da tale uditorio, e non soltanto regole giuridiche formali, a determinare il limite concreto, per quanto storicamente mutevole, della libertà interpretativa degli applicatori. Limite che è determinato: a) dalla sempre possibile attività di “reazione” del legislatore, b) dal confronto con l’orientamento giurisprudenziale degli altri giudici – specie se supremi²² – e, *last but not least*, c) dalla legittimazione dei consociati.

Questi ultimi, in particolare, in tal guisa sembra che possano in qualche modo riappropriarsi – alla fine del “ciclo produttivo” di co-produzione normativa (un ciclo che, come visto, dalle «disposizioni» passa alle «norme» anche attraverso l’interpretazione dei «fatti» di causa) – della sovranità inizialmente delegata ai loro rappresentanti e che spesso, purtroppo, a sua volta viene oggi indebitamente lasciata esercitare da altri soggetti (si pensi ai poteri non democratici di alcune istituzioni europee e, su scala globale, all’influenza sulla normazione statale dei poteri economici delle multinazionali²³).

La funzione principale delle sentenze, infatti, si rinviene nella possibilità che il “popolo”, nel cui nome la giustizia viene amministrata, controlli, sia pure dall’esterno ed *ex post*, l’operato dei giudici (Caretti 1990, 6). I consociati cioè, attraverso la conoscenza delle norme concretizzate dai giudici nei casi di specie, sono messi nella condizione pratica di poter ridiscutere il potere normativo originariamente delegato al legislatore, nel senso che è data loro la possibilità di poterne decretare – di fatto – la *legittimazione* attraverso l’accettazione o il dissenso volta a volta espresso sulle norme effettivamente esistenti (co-prodotte) nell’ordinamento giuridico.

Nell’elaborazione teorica, tradizionalmente si adotta il termine «legittimità» in contrapposizione dialettica a «legalità». Quando si parla di legalità, come è noto, si indica la conformità del potere alla legge, mentre riconoscere un potere come legittimo significa condividere e/o ritenere giusti i fini che esso si propone di realizzare e l’assetto istituzionale e sociale che intende darsi (Castignone 1998, 62).

L’utilizzo del termine «legittimazione», fa invece riferimento specifico all’ulteriore distinzione delineata dalla dottrina tra *legittimità/legittimazione*²⁴. Difatti, mentre la prima (legittimità) fa riferimento ad una condizione statica del potere, la seconda (legittimazione) descrive un processo, un’attività dinamica di accettazione del potere, che appare più confacente ai fini che si propone la presente riflessione, tutta orientata a dimostrare che il reale fondamento di ogni potere, al di là di formali finzioni giuridiche, risiede effettivamente nella materiale disponibilità delle forze politico-sociali storicamente determinatesi.

Quel che si vuol dire è che il riconoscimento del fondamento sociale del sistema giuridico²⁵ (su cui provano a reggersi le pur brevi considerazioni qui svolte), come pure la sottolineatura dell’inevitabile tasso di politicità che ogni attività interpretativo/applicativa concernente i diritti fondamentali contiene, non possono che condurre a ritenere che «è

²² Sempre per restare al nostro ordinamento, si pensi all’art. 374, comma 3 del codice di procedura civile, il quale, dopo la novella del 2006 (D.lgs. n. 40/2006), prevede il vincolo per le Sezioni semplici della Corte di Cassazione di rimettere alle Sezioni Unite la questione se non intende condividere il «principio di diritto» da queste ultime già stabilito.

²³ Problemi per la democrazia questi, che possono essere meglio compresi leggendo le riflessioni e le analisi degli economisti più accorti. Tra questi, si veda Raj Patel (2010).

²⁴ Per approfondire tale prospettiva, si vedano, almeno, gli scritti di Lanchester (1998, 552 ss.), e D’Andrea (2005, 316 ss.). Inoltre, imprescindibile punto di riferimento di ogni riflessione intorno alla categoria della «legittimità del potere politico» è certamente la nota teorizzazione di Weber (1961, 210 ss.). Da ultimo, classico rimane, sulla dialettica legittimità/legalità, Schmitt (2013, 211 ss.).

²⁵ Sul fondamento sociale del sistema giuridico, si veda Cossutta (2011).

l'opinione pubblica, in fondo, a rendere effettive le sentenze; una giurisprudenza non dura se non incontra consenso. E' la critica a testare *rationes* e argomenti usati dai giudici per giustificare ognuna delle loro decisioni. E' la critica ad ammonire i giudici a non oltrepassare la sottile linea che ne delimita la funzione e a basare le loro decisioni su specifiche regole di diritto. E' la critica che può correggere il comportamento delle corti che discettano dei diritti senza avere un collegamento preciso con casi e fatti specifici» (Bin 2013, 98).

I pubblici poteri «possono, senza rischiare molto, ignorare l'espressione sparsa di opinioni individuali, ma non possono altrettanto facilmente ignorare le folle nelle strade, per quanto pacifiche, o le petizioni che contano migliaia di firme» (Manin 2013, 187). A voler guardare oltre le pastoie del formalismo imperante nella cultura giuridica, formalismo spesso imbevuto e sorretto da dogmi che ostacolano ogni reale conoscenza del fenomeno giuridico, sembra non possa farsi a meno di rilevare che «l'uso del potere ed il suo controllo si fondano sull'opinione pubblica» (Tesauro 1968). E tanto perché «il diritto è un prodotto della vita sociale, creato dagli uomini e per gli uomini che convivono in una determinata società». Legislatori e giudici «sono soltanto il tramite attraverso il quale si fanno valere le scelte e le istanze popolari che essi debbono limitarsi a cogliere e interpretare» (Giocoli Nacci 2004, 103).

Se ogni questione giuridica costituzionale – che piaccia o no – sembra in fondo destinata a sorreggersi necessariamente su delle basi argomentative governate dal principio di ragionevolezza costruito dall'intelligenza degli interpreti-applicatori e, tale principio, inteso quale «principio architettonico del sistema» (D'Andrea 2005, 203 ss.), viene a costituire nella dimensione giudiziaria una forma di «razionalità pratico-dinamica, aperta alle trasformazioni dell'ordinamento inteso come diritto vivente» (Morrone 2001, 419) idonea ad informare non soltanto le pratiche della giurisprudenza costituzionale, ma anche le decisioni del giudice comune²⁶; allora anche il problema della c.d. "ultima parola" si trasforma, a ben vedere, da mero fatto formalmente istituzionale (in cui, s'è detto, nessun organo ne esce definitivamente "vincitore") a questione sostanzialmente «sociale» in cui, a "parlare" per ultimi, saranno sempre e solo i consociati in qualità di membri sovrani dell'*uditorio universale*.

Il «normale», come la «norma» scrive Perelman (2013, 499), si definisce solo in rapporto a un uditorio, le cui reazioni danno la misura del normale e la cui adesione è fondamento delle norme di valore. Per questo, all'«uditorio universale», sembra necessario riconoscergli un'importante «funzione normativa».

A volerla dire con un'espressione suggestiva e al contempo realistica di Crisafulli (1970, 43), in fondo neppure «occorre professarsi giuristi per capire quel che la storia sta ad insegnarci»: l'opinione pubblica gioca un ruolo determinante sul piano dell'effettività dell'ordinamento giuridico. Se così non fosse, nessuna intelligenza umana avrebbe seriamente pensato di poterla manipolare al fine di acquisire o semplicemente consolidare posizioni di potere.

²⁶ Cfr. Ruggeri (2002, 311), che evidenzia come «la ragionevolezza è una tecnica non esclusiva della Corte costituzionale, proprio per quella sua capacità d'irradiarsi e diffondersi per l'intero ordinamento».

6. Legittimazione pubblica e razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale: qualche nota conclusiva

Poiché «la giustizia è, in primo luogo, una qualità possibile, ma non necessaria, di un ordine sociale», in quanto «soltanto subordinatamente essa è una virtù umana» (Kelsen 1966b, 393), ogni legislatura può produrre il suo diritto incostituzionale.

Il fatto che questa realtà non sempre venga concretamente rilevata è una condizione (oltre che culturale) formale-istituzionale che non contraddice tale ipotesi. Si tratta, infatti, della nota tesi Kelseniana della c.d. «clausola alternativa tacita», secondo cui sarebbero la legislazione e la stessa Costituzione ad ammettere diritto non conforme alle proprie prescrizioni, ossia ad ammettere la validità di diritto incostituzionale destinato virtualmente all'annullamento.

Scrivo a tal proposito il giurista praghese: «la Costituzione non solo ammette la validità della legge conforme alla costituzione, ma anche, in certo senso, la validità della legge incostituzionale [...]. Ciò che si chiama "incostituzionalità" della legge non è pertanto una contraddizione logica in cui si venga a trovare il contenuto della legge col contenuto della costituzione, ma una condizione posta dalla costituzione per iniziare un procedimento che conduce all'abrogazione della legge finora valida, e quindi costituzionale, o alla punizione di un determinato organo» (Kelsen 2000, 112-116; Id. 1966a, 304).

Nella realtà della dimensione giuridica spetta quindi agli applicatori il dovere di adeguare il "fisiologicamente incostituzionale" a Costituzione attraverso costanti sperimentazioni interpretative nei casi concreti. Tale dovere interpretativo lo ha del resto imposto da tempo la stessa Corte costituzionale a tutti i giudici a partire dalla nota sentenza n. 356 del 1996, stabilendo che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»²⁷.

Il dovere di interpretazione conforme e la «morfologia» del giudizio di ragionevolezza – inteso quest'ultimo come sindacato giurisdizionale diretto a individuare la norma adeguata al caso nella dialettica tra «testi» e «contesto» applicativo (Morrone 2001, 418) – spostano dunque il baricentro della *razionalità del sistema* dalla logica di tipo formale alle effettive dinamiche della ponderazione «ragionevole» degli interessi sociali storicamente venutesi a determinare in funzione dei bisogni materiali e concreti dei consociati.

Se il diritto si produce secondo queste logiche imperfette, ne discende che non sembra allora possibile nettamente distinguere, nella realtà applicativa, concetti come quelli di «razionalità», «ragionevolezza» e «giustizia». Una tale distinzione può valere in teoria, quando cioè si raffigurano solo astrattamente le possibili dinamiche di funzionamento degli ordinamenti costituzionali.

Solo a «bocce ferme» è infatti possibile ritenere che: a) è «irrazionale» un ordinamento giuridico in cui si verifica la rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento

²⁷ Su tale pronuncia, si vedano le opportune osservazioni di Modugno (2008, 260), il quale bene mette in evidenza che non si tratta tanto di «impossibilità», quanto di «improbabilità» di interpretazioni conformi a Costituzione nel caso di specie, che obbligano il giudice *a quo* a sollevare la questione di legittimità costituzionale. Come a dire, *a contrario*, che la creatività dell'interprete può rendere costituzionalmente «possibile» ogni interpretazione.

formale, retto su un altrettanto formale «principio di non contraddizione»; b) è «irragionevole» un ordinamento che non è congruente rispetto a «valori superiori», al punto che, materialmente, ciò che è «razionale» può non essere «ragionevole»; infine c) la «giustizia», a sua volta, si distingue dalla «razionalità» e dalla «ragionevolezza» in quanto il suo criterio appartiene a una sfera di valore «prepositiva», la rispondenza alla quale si considera condizione necessaria della «legittimità» dell'ordinamento positivo²⁸.

Nella realtà, invece, tali distinzioni sfumano e perdono di senso perché nell'esperienza giuridica sono fisiologiche le *connessioni* tra fatti, diritto e morale. In una decisione non c'è mai uno solo di essi ma sempre, in misura variabile a seconda – come s'è detto – della complessità dei casi, della “qualità” della legislazione e del protagonismo dell'interprete-applicatore, tutti e tre gli elementi assieme.

A voler rispolverare ancora altri “classici” del positivismo giuridico moderno, si apprende che il diritto non costituisce un sistema chiuso. Anzi, si è già accennato anche a questo, tutt'altro. Lo stesso Herbert Hart (1958), rileggendo la *Jurisprudence* di Austin, ha dimostrato che finanche quest'ultimo ammetteva un certo margine di discrezionalità nell'opera del giudice e riconosceva la legittimità di una attività in una certa misura creatrice di diritto. L'attività dell'interprete non può essere meramente logica perché non consiste nella deduzione «meccanica» delle conseguenze da premesse rigidamente determinate. Qualche anno dopo, dialogando con Ronald Dworkin, anche Hart (2002) si mostra sensibile alle funzioni sociali esercitate dalle norme giuridiche, tenendo conto della realtà sociale a cui si riferiscono. Come dichiara esplicitamente nel *Poscritto* al suo *The Concept of Law*, il suo positivismo ammette oltre ai «fatti» anche i «valori».

In quest'ottica, «affermare che il principio di ragionevolezza non appartiene alla razionalità-logico formale di tipo deduttivo non può allora equivalere a degradarlo ad una forma di “pensiero debole”. Al contrario, il ragionevole esprime una ragione potenziata e più adeguata all'ambito dei comportamenti umani che essa è chiamata a conoscere attraverso il diritto. Il controllo di ragionevolezza esige una ragione concreta, “situata”, che conosce l'ordinamento nella sua vitale commistione con l'esperienza giuridica» (Cartabia 2013, 16).

In definitiva, mentre in uno Stato *legocentrico* (ossia incentrato sulla esclusiva “forma” della legge) è più facile che l'interprete possa “algebricamente” compiacersi di una «giustificazione interna» al sistema formale – nel quale, si ritiene, i poteri e gli interessi finiscono non di rado per mimetizzarsi – in cui è sufficiente dimostrare la coerenza tra le premesse (legislative) della decisione e la decisione stessa; in uno «Stato inter-costituzionale» quale quello contemporaneo (incentrato anche sulla “sostanza” di principi e diritti fondamentali non solo nazionali), non ci si può accontentare di semplificazioni logico-formali di tal tipo perché, come visto, il vero problema è proprio quello di individuare una “forma” democratica di razionalità sociale delle determinazioni di quelle premesse.

Per tali ragioni, in un tale scenario, l'attività interpretativo-applicativa, se capace di trovare una «giustificazione esterna» nell'«uditorio universale», ossia se in grado di raggiungere un consenso diffuso all'interno del gruppo sociale in cui avvengono le trasformazioni normative co-prodotte dagli organi istituzionali, essa può ben divenire uno strumento efficace per l'affermazione di una vera e propria *forma democratico-dialettica* di

²⁸ Per queste distinzioni, (Zagrebelsky e Marcenò 2012, 195-213).

razionalità sociale del sistema, in cui la logica formale e i poteri delle maggioranze di governo trovano spazio fintanto che si mostrino effettivamente compatibili con il rispetto dei superiori principi di *eguaglianza sostanziale* e *dignità umana* posti a fondamento della nostra democrazia sociale.

Del resto, anche a non voler ritenere che l'opinione pubblica costituisca essa stessa una norma vera e propria e pertanto un concetto giuridico, deve pur sempre riconoscersi che «il sistema normativo, però, la presuppone implicitamente come grandezza sociale, che funziona secondo aspettative presumibili nel senso di determinate garanzie di diritti fondamentali e di singoli precetti pubblici» (Habermas 2005, 274). Come rilevato da Landshut (1953, 586), lo Stato moderno presuppone la sovranità popolare come principio della sua propria verità; e questa, a sua volta, deve essere l'opinione pubblica. Senza questa responsabilità, senza l'assunzione dell'opinione pubblica come origine di ogni autorità per le decisioni che vincolano l'intero corpo sociale, manca alla democrazia la sostanza della sua verità. E' in questo senso che l'opinione pubblica, come sostiene Rousseau (2014), «forma la vera costituzione dello Stato».

D'altro canto l'opinione pubblica serve al controllo del potere, perché sia legittimo e non semplice dominio. E' l'espressione del *potere culturale* della popolazione, linfa vitale di una società realmente pluralistica (Matteucci 1980, 429-430). Consentendo ai consociati di «decidere al di fuori del Parlamento»²⁹, bisogna evitare che essa rimanga vittima di un pensiero unico di maggioranza. Sarebbe falsa coscienza ideologica.

Piuttosto, per esprimere al meglio le sue potenzialità, dovrebbe atteggiarsi come una sorta di implicito *diritto-dovere di resistenza* alle sempre possibili oppressioni provenienti dai poteri pubblici, quando cioè maggioranze politiche e ottuse ragioni di Stato (oggi in larga parte determinate dall'economia finanziaria mondiale) mettono in discussione le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione³⁰. In questi casi la «disobbedienza civile» appare una reazione legittima, perché è un atto di coscienza pubblica a richiederla, ossia un atto politico non violento «guidato e giustificato da principi politici, cioè dai principi di giustizia che regolano la costituzione e le istituzioni sociali» (Rawls 1986, 302-304).

Il problema maggiore da risolvere una volta che di fatto si individua come “custode” effettivo dell'ordinamento positivo l'opinione pubblica, riguarda il grado di consapevolezza e la qualità delle informazioni a cui possono accedere i soggetti che la determinano.

In una «società di massa o di isteria di massa» quale quella contemporanea, in cui l'omologazione e il conformismo sociale prodotti dalla forza sconfinata delle istituzioni e dei soggetti economici operanti nei mercati tendono sempre più ad anestetizzare le capacità critiche dei consociati, l'opinione pubblica rischia infatti di trasformarsi nella peggiore attentatrice delle democrazie costituzionali. Viene in mente, qui, il pensiero di Hannah Arendt (2015, 43), quando nelle sue riflessioni sulla «dimensione del pubblico» sottolinea l'importanza del mantenimento di posizioni e prospettive sociali diverse per

²⁹ L'espressione è di Marx (1946, 303-304).

³⁰ Quasi a voler riecheggiare e dar senso a quanto del resto fu proposto, senza successo, dall'on. Dossetti durante i lavori dell'Assemblea costituente. Infatti, il secondo comma dell'art. 50 del Progetto di Costituzione italiana, recitava: «Quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione e diritto e dovere del cittadino». Sul «diritto di resistenza», cfr., di recente, Denuzzo (2014), a cui si rinvia anche per i molti e puntuali riferimenti di letteratura.

evitare la «distruzione del mondo comune». Come scrive senza alcuna esitazione, la fine di questo mondo «è destinata a prodursi quando esso viene visto sotto un unico aspetto e può mostrarsi in una sola prospettiva».

Affinché i governati possano sempre avere la possibilità di dare voce a un'opinione collettiva "critica", che differisca da quella delle plutocrazie dalle quali i governanti sembrano oggi eccessivamente influenzati, è necessario pertanto che l'ordinamento giuridico realizzi «condizioni di vita e metodi di documentazione che riducano al minimo il numero di opinioni pubbliche manipolate, aberranti o, addirittura, fondate sulla fantasia», e favorisca invece «la formazione di un'opinione comune documentata ed obiettiva, spontaneamente formatasi alla base» (Loiodice 1971, 473).

Se a livello globale l'informazione, i programmi e le metodologie di studio scolastico, le linee di ricerca universitaria e ogni altra forma di conoscenza continueranno ad essere influenzate dall'interesse egoistico dei soggetti economici (*id est* da ciò che vuole il mercato), il modello vincente sarà definitivamente quello burattinesco-individualista dell'*homo oeconomicus*, non già quello costituzionale dell'*homo dignus* fondamentale disegnato dagli artt. 2, 3 comma 2, della Costituzione repubblicana. Un modello di società, il primo, abilissimo nel mettere la «maschera democratica» alle oligarchie economico-finanziarie oggi al potere, mimetizzando la propria carica antidemocratica fra le forme di ordinamenti costituzionali che, di democratico, sembrano in realtà conservare soltanto la facciata (Canfora e Zagrebelsky, 2014).

Gli ordinamenti giuridici devono cioè, nella massima misura possibile, assicurare le condizioni più favorevoli alla diffusione di strumenti di conoscenza idonei a combattere ogni forma di pensiero unico, promuovendo una ricerca scientifica libera e non condizionata nei risultati dalle logiche mercantili proprie del (post)moderno «*turbo-capitalism*» (la suggestiva espressione è di Luttwak 1999). Devono potere, in altre parole, condurre all'emancipazione di tutte le istituzioni pubbliche di formazione/informazione da qualsiasi possibile forma di oppressione esercitabile dalle oligarchie regnanti sul pianeta³¹. E questo, a ben vedere, è possibile farlo soltanto garantendo loro una solida autonomia economica, capace realmente di assicurare un servizio pubblico universale della conoscenza fatto di saperi liberi ed indipendenti.

Solo così, in una democrazia costituzionale pluralistica che ripudia la mercificazione in atto dell'esistente imposta a gran parte dell'umanità dalla "religione" neoliberista, l'opinione pubblica può forse svolgere una funzione consapevole di giudice di ultima istanza dei suoi diritti e delle sue stesse libertà fondamentali. Solo così, i consociati, nel provare essi stessi a dare una risposta alla domanda "che cos'è la giustizia?", possono realmente essere incentivati, seppur con «saggezza rassegnata» come suggerisce Kelsen (1966b, 391-392), a cercare di porsi continuamente questa domanda in un modo mai definitivo e sempre migliore.

Bibliografia

Agamben, G. (2014), *Stato di eccezione*, II ed., Torino, Bollati Boringhieri.

³¹ Sul pericolo del sapere al servizio del capitale, e sulla critica del progresso tecnico-scientifico visto come parte integrante dello sviluppo capitalistico, si veda Bevilacqua (2012, 117-143).

Alexy, R. (1998), *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Milano, Giuffrè.

Arendt, H. (2015), *Vita activa. La condizione umana* (1958), XX ed., Milano, Bompiani.

Azzariti, G. (2010), *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza.

Baldini, V. (2015), *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, Editoriale Scientifica, spec. pp. 203-225.

Barbera, A. (2015), *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, Giuffrè.

Bartole, S. (2012), *Il potere giudiziario*, II ed., Bologna, Il Mulino.

Bevilacqua, P. (2012), *Elogio della radicalità*, Roma-Bari, Laterza.

Bin, R. (1993), *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi, Torino, Giappichelli.

Bin, R. (2004), *Lo Stato di diritto*, Bologna, Il Mulino.

Bin, R. (2013), *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli.

Bobbio, N. (2013) *Prefazione* a Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca (2013), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, Einaudi.

Boccalatte, S. (2008), *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam.

Bognetti, G. (2012), *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 4.

Bongiovanni, G. (2005), *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.

Canale, D. (2013), *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, Giappichelli.

Canfora, L. e G. Zagrebelsky (2014), *La maschera democratica dell'oligarchia. Un dialogo*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza.

Carcattera, G. (1974), *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè, p. 7 ss.

Caretti, P. (1990), *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana.

Caretti, P. (2016), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, Napoli, ESI.

Cartabia, M. (2013), *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, consultabile in www.cortecostituzionale.it.

Cassese, S. (2015), *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino.

Castignone, S. (1998), *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza.

- Chessa, O. (2014), *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli.
- Coleman, J.L. e B. Leiter (1995), *Determinacy Objectivity, and Authority*, in *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, ed. by A. Marmor, Clarendon Press, Oxford, pp. 203-278.
- Comaducci, P. (1999), *Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli.
- Constant, B. (1999), *Riflessioni sulle costituzioni e le garanzie (1814)*, Roma, Ideazione.
- Cossutta, M. (2011), *Interpretazione ed esperienza giuridica (vol. I). Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, Edizioni Università di Trieste (EUT).
- Crisafulli, V. (1964), *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, pp. 195 ss.
- Crisafulli, V. (1970), *Lezioni di diritto costituzionale. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, I, Padova, Cedam.
- D'Andrea, L. (2005), *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè.
- Denuzzo, A. (2014), *L'elaborazione concettuale del diritto di resistenza: itinerari per un excursus di storia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 20 novembre.
- Dworkin, R. (1996), *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Dworkin, R. (2010), *La giustizia in toga (2006)*, Roma-Bari, Laterza.
- Esser, J. (1983), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto (1972)*, Napoli, ESI.
- Ferrajoli, L. (2016), *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- Fioravanti, M. (2014), *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 2.
- Giocoli Nacci, P. (2004), *Norma giuridica e coscienza sociale*, in *La Costituzione tra interpretazione e istituzioni*, a cura di P. Giocoli Nacci e A. Loiodice, Bari, Cacucci.
- Gozzi, G. (1998), *Storia e prospettive del costituzionalismo*, in *La filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, a cura di G. Bongiovanni, Bologna, CLUEB, pp. 9-28.
- Grossi, P. (2007), *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè.
- Grossi, P. (2007), *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Grossi, P. (2015), *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Guastini, R. (2015), *Interpretare, costruire, argomentare*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2.
- Gusmai, A. (2015), *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, Cacucci.
- Habermas, J. (2005), *Storia e critica dell'opinione pubblica (1962)*, Roma-Bari, Laterza.
- Hart, H.L.A. (1958), *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «*Harvard Law Review*», Vol. 71, n. 4, pp. 593-629.

- Hart, H.L.A. (2002), *Il concetto di diritto* (1961), Torino, Einaudi, pp. 307-352.
- Holmes, S. (1988), *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in J. Elster, R. Slagstad (ed. by), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Jellinek, G. (1905), *Allegemeine Staatslehre* (1900), Berlin, Verlag von O. Häring.
- Kelsen, H. (1959), *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), III ed., Milano, Edizioni di Comunità.
- Kelsen, H. (1966a), *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi.
- Kelsen, H. (1966b), *Che cos'è la giustizia?* in Id., *I fondamenti della democrazia*, Bologna, Il Mulino.
- Kelsen, H. (1981), *Chi deve essere il custode della costituzione?* (1931), in *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, pp. 229-291, ma spec. § 4.
- Kelsen, H. (1982), *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato* (1924), in Id., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè.
- Kelsen, H. (1985), *Teoria generale delle norme* (1979), Torino, Einaudi.
- Kelsen, H. (2000), *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), II ed., Torino, Einaudi.
- Lanchester, F. (1998), *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il politico*, fasc. n. 4.
- Landshut, S. (1953), *Volkssouveränität und öffentliche Meinung*, in *Festschrift für Laun*, Hamburg.
- Loiodice, A. (1971), *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè.
- Lombardi Vallauri, L. (1981), *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam.
- Luhmann, N. (1995), *Osservazioni sul moderno* (1922), Roma, Armando, 1995.
- Luttwak, E.N. (1999), *La dittatura del capitalismo. Dove ci porteranno il liberalismo selvaggio e gli eccessi della globalizzazione*, Milano, Mondadori.
- Manin, B. (2013), *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna, Il Mulino.
- Marx, K. (1946), *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, in *Il 1848 in Germania e in Francia*, Roma, Società editrice L'unità.
- Matteucci, N. (1980), *Opinione pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffrè.
- Merkl, A. (1987), *Sul problema dell'interpretazione* (1916), in Id., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè.
- Modugno, F. (2008), *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, ESI.
- Morrone, A. (2001), *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè.
- Nisticò, M. (2015), *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, Giappichelli.
- Omaggio, V. e G. Carlizzi (2010), *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Paladin, L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino.
- Patel, R. (2010), *Il valore delle cose e le illusioni del capitalismo* (2009), Milano, Feltrinelli.
- Penasa, S. (2015), *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in www.forumcostituzionale.it, 17 dicembre.

- Perelman, Ch. e L. Olbrechts-Tyteca (2013), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, Einaudi.
- Rawls, J. (1986), *Una teoria della giustizia* (1971), Milano, Feltrinelli.
- Rawls, J. (1994), *Liberalismo politico* (1993), Milano, Edizioni di Comunità.
- Ross, A. (2001), *Diritto e giustizia* (1958), Torino, Einaudi, pp. 108 ss.
- Rousseau, J.-J. (2014), *Il contratto sociale*, Milano, Feltrinelli, VII ed., Libro II, Capitolo XII, pp. 129-131.
- Ruggeri, A. (1994), *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in id. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Ruggeri, A. (2002), *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica.
- Ruggeri, A. (2006), *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2.
- Ruggeri, A. (2013), *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 4.
- Ruggeri, A. (2015), *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, fasc. III.
- Ruggiu, I. (2015), *Dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", dal titolo "*La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*", svoltosi nell'Università degli Studi del Molise, Campobasso, il 19-20 giugno 2015 e reperibile in www.gruppodipisa.it.
- Sacco, R. (2007), *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Santacroce, G. (2015), *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, reperibile in: www.cortedicassazione.it.
- Scarpelli, U. (1986), *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza.
- Schmitt, C. (2013), *Legalità e legittimità* (1932), in Id., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino.
- Silvestri, G. (1985) *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, pp. 671-720.
- Spagna Musso, E. (1969), *Giudice (nozione e profili costituzionali)* in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, pp. 934-936.
- Tarello, G. (1974) *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, spec. p. 145 ss.
- Tarello, G. (1980), *L'interpretazione della legge*, in A. Cicu, F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, I, pp. 39 ss.
- Tesaurò, P. (1968), *Democrazia e informazione*, in *Rass. dir. pubbl.*, p. 236.
- Weber, M. (1961), *Economia e società* (1922), I, Milano, 1961, Edizioni di Comunità.
- Wróblewski, J. (1986), *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza.

Zaccaria, G. (1991), *Sul concetto di positività del diritto*, in Id., *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli.

Zagrebelsky, G. (1996), *Storia e costituzione*, in *Il futuro della democrazia*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi.

Zagrebelsky, G. (2009), *Contro l'etica della verità*, II ed., Roma-Bari, Laterza.

Zagrebelsky, G. e V. Marcenò (2012), *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino.

** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Bari – ant.gusmai@gmail.com

Forum di Quaderni Costituzionali