

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Call for papers

Confronto sul tema

A che punto è la dottrina del diritto vivente?

La dottrina del diritto vivente, come altri aspetti della giustizia costituzionale, è sintomo della natura della Corte costituzionale e del ruolo da essa assunto. Le ricostruzioni che di essa sono state date nel tempo, dalla dottrina ma anche (e soprattutto) dallo stesso giudice costituzionale, appaiono come delle fotografie del modo di concepire, di volta in volta, di tempo in tempo, il rapporto tra la Corte costituzionale e il potere giudiziario. I protagonisti sono gli stessi, ma la rappresentazione che di essi è data muta.

Sin dai primi anni della sua attività la Corte ha prestato attenzione alla interpretazione della disposizione di legge per come vive, per come è applicata nella vita giuridica, pur senza negare però il suo autonomo potere di interpretazione della disposizione denunciata. L'attenzione al rispetto dell'analogo potere dei giudici non costituzionali ha indotto la Corte ad abbracciare la dottrina del vivente come autolimitazione della propria facoltà d'interpretare: solo quando non sia possibile ritenere l'esistenza di una norma vivente – o perché non ancora potutasi formare su leggi troppo recenti, o perché contrastata dall'esistenza di divergenti correnti interpretative –, la Corte suggerisce la propria interpretazione della legge, contribuendo con la propria proposta interpretativa alla formazione di un diritto vivente; in presenza di diritto vivente, invece, secondo tale dottrina, la Corte deve astenersi dal dare la propria interpretazione e deve assumere l'altrui consolidata interpretazione a base del proprio giudizio.

L'affermarsi del canone della interpretazione conforme ha consentito una attenuazione di questa rigida alternativa: il giudice rimettente, infatti, chiamato a ricercare, tra i significati possibili, quello costituzionalmente corretto, è legittimato dalla stessa Corte costituzionale a dar seguito all'interpretazione che reputa adeguata alla Costituzione, pur in presenza di una (diversa) norma vivente. Il giudice non è solo abilitato a discostarsi dal diritto vivente, ma deve farlo quando dalla disposizione censurata è possibile trarre una interpretazione conforme. Infatti, la questione sollevata senza che si sia tentata senza esito l'interpretazione conforme è dichiarata inammissibile. La norma vivente diviene cedevole di fronte a una qualunque diversa interpretazione che il singolo giudice ritenga preferibile, con l'avallo della Corte costituzionale, se non circa il contenuto di tale interpretazione, almeno circa il potere di adottarla al posto di quella vivente.

Negli anni più recenti anche l'obbligo di interpretazione conforme subisce delle attenuazioni: la presenza di interpretazione conforme non può risultare vincolante e tale da condurre alla inammissibilità della questione, poiché la valutazione circa la sua percorribilità attiene non alla fase della ammissibilità della questione, quanto al merito della stessa.

Sembra una sorta di scansione cronologica. Eppure, in quest'anno si registrano alcune decisioni che paiono percorrere contemporaneamente strade diverse.

Nella sentenza n. 2 del 2023, con riferimento al divieto di possesso o uso dei telefoni cellulari quale misura di prevenzione, si legge che «[l]a premessa interpretativa da cui muovono entrambe le ordinanze di rimessione è dunque fedele alla costante lettura fornita dalla descritta giurisprudenza di legittimità, che costituisce ormai, come ricordato, diritto vivente. Ciò fugge ogni dubbio quanto all'ammissibilità delle questioni sollevate» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

Nella sentenza n. 45 del 2023, in tema di imparzialità-terzietà del giudice nel processo civile, si legge che le istanze «possono ben transitare anche attraverso una interpretazione sistematica e adeguatrice alla Costituzione dell'art. 51, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., relativamente alla nozione di "altro grado del processo". Nondimeno le esigenze di certezza, particolarmente avvertite nella materia processuale, unitamente alla varietà e alla peculiarità delle ipotesi potenzialmente riconducibili alla *ratio* del gravame interno allo stesso ufficio giudiziario – come attesta il diffondersi di previsioni legislative che tipizzano la norma generale – sono tali da rendere la pronuncia additiva, invocata dal giudice rimettente, un rimedio funzionale alle citate esigenze» (punto 10 del *Considerato in diritto*).

Nella sentenza n. 54 del 2023, in materia di continenza tra giudizio di cognizione e azione di merito preannunciata nel ricorso cautelare *ante causam*, la Corte afferma che il giudice rimettente «erroneamente ha ritenuto che sulla interpretazione contestata si sia formato un diritto vivente e, promuovendo l'incidente di legittimità costituzionale, ha inteso conseguire dalla Corte un avallo ad una delle possibili opzioni ricostruttive» (punto 4 del *Considerato in diritto*). Di conseguenza, la questione di legittimità costituzionale così proposta è inammissibile, con assorbimento di ogni altro profilo di inammissibilità.

Certamente altre decisioni avrebbero potuto essere assunte come spunto per una riflessione. Ma è la pubblicazione così ravvicinata di quelle qui riportate che suggerisce l'opportunità di interrogarsi sulla definizione, sempre aperta, di diritto vivente; sulla individuazione dell'organo deputato alla qualificazione di una norma come vivente; sulla tenuta della dottrina del diritto vivente e sulla sua relazione con il canone dell'interpretazione conforme; sulla incidenza della nuova giurisprudenza sul rapporto tra Corte costituzionale e giudici non costituzionali e, dunque, sul modello di giustizia costituzionale. Suggerisce, cioè, l'opportunità di una nuova fotografia.

La Direzione della Rivista ha ritenuto pertanto di particolare interesse un *confronto sul tema* descritto.

Il *confronto* è rivolto a giovani studiosi (assegnisti, dottorandi, ricercatori). La Direzione si riserva comunque di richiedere singoli contributi.

Per partecipare è necessario inviare un abstract di circa 3500 caratteri (spazi inclusi), all'indirizzo Giurcost@giuffrefl.it entro il 20 settembre 2023, con l'indicazione di nome e cognome, qualifica e Università di provenienza, indirizzo mail istituzionale, titolo provvisorio del contributo.

Le proposte saranno esaminate dalla Direzione della Rivista che ne selezionerà 5. L'esito della selezione sarà comunicato entro il 10 ottobre 2023. I contributi saranno pubblicati nel numero 5 del 2023 della Rivista.