

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

4

2013



JOVENE EDITORE

La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale

Sergio Bartole

SOMMARIO: 1. Disposizione e norma, loro distinta rilevanza normativa. – 2. La normatività della giurisprudenza costituzionale, molteplici punti di vista. – 3. Il ruolo dell'interpretazione dell'oggetto del giudizio e del parametro. – 4. Giurisprudenza costituzionale e dottrina del precedente. – 5. Filoni o tendenze della giurisprudenza costituzionale. Esempi di loro uso sistematico. – 6. Normatività *soft* dei precedenti, il caso dei principi costituzionali. – 7. Individuazione delle norme e motivazioni e dispositivi delle sentenze. – 8. Diffidenze in materia di creazione giurisprudenziale del diritto. La costituzione vivente. – 9. Conclusioni.

1. *Disposizione e norma, loro distinta rilevanza normativa*

Non è soltanto lo spirito di corpo di chi professa gli studi di diritto costituzionale che induce a sottolineare il grande rilievo che la giurisprudenza costituzionale ha assunto nel quadro dello sviluppo della dottrina giuridica italiana. Molto ha pesato indubbiamente la circostanza che essa è imputabile ad un organo di nuova istituzione con competenza accentrata ed esclusiva, il quale di necessità ha dovuto elaborare strumenti e tecniche di giudizio sconosciuti ai tradizionali organi di giurisdizione, con i quali è, tuttavia, venuto intessendo una rete di relazioni, per cui si è trovato a fare i conti anche con gli abituali modi di esercizio della giurisdizione. Ma poiché tali relazioni non sono state a senso unico, pure i giudici ordinari e speciali si sono dovuti confrontare, per loro conto, con le scelte fatte dalla Corte in sede di esercizio delle attribuzioni giurisdizionali di cui essa è titolare.

Terreno di confronto di questi bilaterali rapporti è stata inevitabilmente la qualificazione delle sentenze della Corte medesima, sin dai lavori della Costituente oscillante fra la più tranquilla appartenenza al novero delle pronunce giurisdizionali e l'innovativa apertura ad una normatività, la definizione della cui fisionomia non poteva non essere rimandata alla prassi, e quindi alla concreta e storica esperienza della giustizia costituzionale¹. Non è un caso che anche chi ha

¹ Conviene ricordare che già all'Assemblea Costituente l'on. Calamandrei, paventando che il potere della Corte di privare della loro efficacia le leggi incostituzionali po-

ribadito l'attuale vigenza nell'ordinamento italiano del principio che le decisioni giudiziarie «non hanno “forza di legge”», ammetteva che i giuristi hanno ricominciato a tale riguardo a ragionare di fonti “nelle sole ipotesi in cui certi tipi di decisioni risultano eccezionalmente dotati di una efficacia ben più ampia: ossia, principalmente, nei riguardi delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale”². E, d'altra parte, pur ammettendo che quelle sentenze producono “effetti normativi analoghi agli atti di legislazione c.d. positiva”, si è escluso che esse costituiscano “manifestazione di volontà normativa”, in quanto “esprimono un accertamento d'incompatibilità di una norma di legge con la costituzione”³. Questo cenno all'orientamento della volontà della Corte era già stato fatto proprio, andando aldilà delle sentenze costituzionali di accoglimento ed assumendo una più ampia prospettiva comparatistica, da chi, per meglio ragionare di un avvicinamento o meno dell'esperienza italiana a quella dei Paesi di *common law*, ha ritenuto necessario verificare, in presenza di “interventi... così penetranti da essere assimilati al concetto di fonte se la Corte sente certi suoi interventi come fonte di diritto parificabile a quella legislativa o no”⁴.

Della volontà della Corte la prassi non ha talvolta tenuto conto, come ha ricordato in un'occasione Vezio Crisafulli⁵. A solo titolo esemplificativo si possono ricordare talune sentenze e ordinanze che manifestano la volontà della Corte di imporre comunque le sue con-

tesse essere considerato “un vero e proprio potere legislativo”, aveva proposto di riconoscere alla Corte il potere di emettere sì, a conclusione del suo giudizio, una decisione generale e astratta di incostituzionalità, ma di rinviare ad un intervento emendativo degli organi legislativi la revisione della legge ritenuta incostituzionale: Camera dei Deputati. Segretariato generale, *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori della Assemblea Costituente VIII*, Commissione per la Costituzione, Roma, 1976, 2046.

² PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 98-99. Di recente hanno sostenuto che la Corte “sembra aver sfiorato e talvolta (anche se più raramente) superato i confini del modello costituzionale” CHELI - DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in AIC, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 151 ss., 167.

³ SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Milano, 1985, 122-123.

⁴ ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in *Quaderni costituzionali* 1984,7 ss., 10-11.

⁵ CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di Occhiocupo, Bologna 1978, 69 ss., 75-82, con riguardo alle sentenze c.d. manipolative.

clusioni interpretative. Ancora di recente essa si è rifiutata di accogliere, perché paradossale, l'interpretazione della legge indubbiata proposta dal giudice *a quo* (sent. n. 292/1998); ha dichiarato incostituzionale diritto vivente affermatosi in spregio dei principi ai quali essa si è costantemente richiamata per interpretare la disciplina della materia in modo conforme a Costituzione (sent. n. 299/2005); ha ritenuto inammissibile questione di costituzionalità proposta senza tenere nel debito conto una sua precedente decisione (sent. 149/2008); ed ha, per finire, riservato lo stesso trattamento ad una questione di costituzionalità proposta senza prendere in considerazione le "statuizioni della giurisprudenza costituzionale" (ord. 257/2009). Ma il problema va oltre i termini dell'atteggiamento soggettivo di quel giudice ed attinge il profilo della oggettiva presenza nel sistema delle sue pronunce. La questione ha, cioè, una portata più vasta e riguarda il contenuto di tutte quelle sentenze delle Corti costituzionali (anche di rigetto) che, «essendo... essenzialmente interpretative "finiscono" in pratica per dar luogo all'efficacia di precedente»⁶.

L'interrogativo riguarda allora il rapporto fra il testo normativo e la norma risultante dalla sua interpretazione, rapporto che la dottrina del precedente vuole essere di distinzione. La norma è il risultato dell'interpretazione di un testo normativo, e come tale accompagna l'applicazione di questo con la forza giuridica che di esso è propria, ma, d'altra parte, la sua esistenza ne resta indipendente e distinta, nella misura in cui, in ragione della sua competenza, l'autorità procedente può disattendere quella sua precedente interpretazione ed arrivare, secondo necessità e nel variare delle circostanze, a conclusioni diverse, e quindi a norme diverse⁷. Per vero, vi è stato chi ha sostenuto che "le interpretazioni... non si contrappongono ai corrispondenti testi normativi così interpretati, ma fanno corpo con essi"⁸. Si è detto che i precedenti giudiziari godono di "un'autorità normativa riflessa" al cospetto dei testi normativi interpretati⁹. Però,

⁶ ELIA, *op. cit.*, 9.

⁷ Per considerazioni parzialmente analoghe BIN, *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 Anzon, Caravita, Luciani e Volpi, Torino, 1993, 8 ss.

⁸ PALADIN, *op. cit.*, 99-100.

⁹ MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enciclopedia del diritto - Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 871 ss., 910.

un approccio analitico all'esperienza ci dice che anche nell'opinione comune degli operatori efficacia della legge/Costituzione e vincolatività del precedente vengono tenute distinte. Il risultato dell'interpretazione tende ad assumere un rilievo proprio e differenziato rispetto al testo, la norma anche se utilizzata in conformità al rango della disposizione da cui si ricava – tende a vivere una sua vita autonoma (nel persistere del vigore del testo scritto), per quanto effimera essa sia, come sempre effimera è la vita della giurisprudenza, sospesa, nel caso della Corte costituzionale, fra conferma, *distinguishing* ed *overruling*¹⁰. I mutamenti di giurisprudenza interessano la vita della norma, ma possono non toccare quella della disposizione.

2. *La normatività della giurisprudenza costituzionale, molteplici punti di vista*

A prima vista, può sembrare che queste osservazioni preliminari siano destinate a restare confinate nel recinto del tradizionale dibattito sulla collocazione o meno della giurisprudenza nel novero delle fonti del diritto¹¹. Ma nel diritto costituzionale italiano il problema degli effetti normativi delle sentenze della Corte costituzionale vuole essere esaminato da più di un punto di vista. Anzitutto quel problema ha una sua specificità se affrontato dal punto di vista dell'art. 136 Cost.¹². Se ne è già fatta menzione ricordando l'affermazione di chi, riprendendo un avviso espresso in sede di Assemblea Costituente, ha sostenuto che le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale producono "effetti normativi analoghi agli atti di legislazione c.d. positiva"¹³. La successiva menzione dell'elemento differenziante della mancanza in capo al giudice delle leggi di una specifica volontà normativa, è in linea con la ricostruzione dommatica di Crisafulli¹⁴, che, partendo dall'ipotetico contrasto fra forma giurisdizio-

¹⁰ PEDRAZZA GORLERO, *Introduzione ad una ricerca sul precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di Pedrazza Gorlero, Padova 2008, 1 ss., 10.

¹¹ Sul quale ampiamente PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, 706 ss.

¹² PIZZORUSSO, *ivi*, 536.

¹³ SORRENTINO, *op. cit.*, 122.

¹⁴ CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 925 ss., 946-947.

nale dell'atto e suo contenuto normativo, osserva che gli apparenti effetti normativi sono ad essa solo indirettamente riconducibili per disposto costituzionale, e non sono assimilabili a quelli abrogativi. Il che sembra condurre tutti questi autori ad escludere che le sentenze di accoglimento della Corte possano essere trattate come fonti e, quindi, siano suscettibili di oggettiva considerazione, come tali svincolate dalle intenzioni del loro autore e interpretabili in una prospettiva sistemica.

Eppure, alla luce di un'esperienza più che cinquantennale, proprio l'art. 136, se "caricato" dei significati assunti in virtù delle prassi giurisprudenziali della Corte, potrebbe in molte circostanze costituire la base di appoggio per un aperto riconoscimento alla Corte costituzionale di quella che, citando Gino Gorla, è stata definita la "forza istituzionalizzante della giurisdizione"¹⁵, e, probabilmente, per un approfondimento della specificità del fenomeno. È, invero, a quella disposizione che va rapportato, per la sua ricostruzione, il fenomeno delle sentenze c.d. manipolative di accoglimento, alla base delle quali lo stesso Sorrentino¹⁶ ravvisa elementi di politicità per quanto ha tratto alla scelta del dispositivo. Il che sembra ridimensionare la tesi di quanti accennano ad un mero accertamento dell'incompatibilità di una norma di legge con la Costituzione, di cui, del resto, l'autore ora citato ragiona nella stessa sede. Opportunamente¹⁷ si è insistito sulla convenienza di non perdere di vista il riferimento all'esperienza dei Paesi in cui la giurisprudenza è ufficialmente considerata come fonte, anche perché in tutti gli ordinamenti, incluso quello italiano, "applicazione di norme e attività libera da condizionamenti di carattere giuridico" convivono ben aldilà del novero delle fonti del diritto individuate secondo i canoni della dottrina tradizionale. Vi è, dunque, qualcosa di più di quella legislazione *a rime obbligate* di cui ragionava Crisafulli a proposito della manipolazione dei testi¹⁸.

Com'è noto, le sentenze c.d. manipolative nascono, lungo vari percorsi, dal ceppo delle sentenze interpretative di rigetto. In effetti,

¹⁵ ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Editoriale scientifica, 2007, 13.

¹⁶ *Op. cit.*, 124.

¹⁷ PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti*, Torino, 2005, 237-239.

¹⁸ CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni cit.*, 84.

in presenza delle difficoltà da queste ultime incontrate presso i giudici ordinari e speciali, restii a rinunciare alla propria libertà interpretativa ed a fare proprie le interpretazioni date dalla Corte alle leggi sottoposte a suo giudizio, il giudice delle leggi ha ritenuto di dover passare dal rigetto all'accoglimento della relativa questione di costituzionalità, e di poter intervenire sul testo delle disposizioni sottoposte al suo giudizio o sui significati (norme) ad esse attribuibili. Per un verso o per l'altro, l'interpretazione dei testi normativi e la conseguente elaborazione in funzione applicativa dei loro significati giuocano un ruolo rilevante nella progressiva epifania di questa tipologia di decisioni della Corte costituzionale, e non possono non chiamare in causa, in quanto agganciate ad una pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di legge, tutte le virtualità prescrittive dell'art. 136, primo comma, per cui la norma dichiarata incostituzionale "cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione". Ci si può, quindi, chiedere se l'effetto *erga omnes* acquisti anche un profilo positivo, ove con la pronuncia di incostituzionalità faccia corpo una manipolazione del testo o delle sue ricadute interpretative. L'interpretazione e ricostruzione della prassi in materia è importante, ove si voglia avere contezza del presente stato della giustizia costituzionale e dell'idea che se ne è fatta la dottrina. Perciò converrà proseguire nell'esposizione tenendo presenti ambedue questi filoni di indagine.

3. *Il ruolo dell'interpretazione dell'oggetto del giudizio e del parametro*

Come è già stato fatto osservare citando un contributo di Leopoldo Elia, nelle sentenze della Corte costituzionale l'interpretazione del diritto giuoca un ruolo primario in termini affatto diversi da quanto avviene nella normalità delle decisioni giurisdizionali. In queste ultime le scelte interpretative sono alla base della decisione finale del caso sottoposto al giudice, e riguardano, quindi, le norme che trovano applicazione per la sua soluzione. Nelle sentenze della Corte, quali almeno si presentano nel concreto dell'esperienza, al di là dell'identificazione della norma da applicare quale parametro di giudizio, l'interpretazione viene a costituire l'oggetto stesso della decisione, giacché in forza di essa si procede all'identificazione della

norma sulla quale verte il giudizio di costituzionalità. Ricordiamo che, di volta in volta, la Corte ha assolto alle sue funzioni ora proponendo interpretazioni conformi a Costituzione delle leggi sottoposte al suo giudizio nella convinzione che esse presupponessero “una determinata interpretazione della norma-parametro”¹⁹; ora disponendo che all’integrazione di testi normativi, colpiti da parziale sanzione di incostituzionalità, si provveda in via interpretativa, facendo ricorso a norme o principi costituzionali; ora indicando la via dell’interpretazione sistematica – con riguardo alla disciplina legislativa della materia considerata – delle disposizioni di legge giudicate parzialmente incostituzionali per violazione del principio di eguaglianza; ora prescrivendo il ricorso a principi costituzionali a copertura delle lacune derivanti dall’applicazione dell’art. 136 Cost.

Inoltre, opportunamente è stato fatto osservare che, contrariamente a quanto si mostrava di ritenere in un primo momento, limitando la particolare efficacia del precedente della Corte costituzionale all’interpretazione da essa data per motivi di costituzionalità alla legge impugnata²⁰, particolarmente forte deve ovviamente essere l’efficacia di precedente delle pronunce del giudice delle leggi «per quanto della decisione riguarda l’interpretazione della Costituzione (della quale la Corte costituzionale è il più autorevole tutore)»²¹. Il che avviene, ovviamente, ogni volta che la norma costituzionale sia rilevante con riguardo al caso di specie. Di recente, però, il giudice delle leggi ha reagito negativamente al tentativo di giudici ordinari di estendere il contenuto di pronunce additive a fattispecie normative analoghe²². In effetti, l’estensione dell’utilizzo in chiave normativa di precedenti della Corte ad altre leggi diverse da quella oggetto della prima pronuncia, anche quando si tratta di sentenze manipolative, è condizionato dall’ampiezza dei poteri del giudice che vi fa ricorso: nel caso citato, la Corte di cassazione non disponeva del potere di dichiarare incostituzionale una legge con gli effetti di cui all’art. 136 Cost.

Le vicende costituzionali sembrano confermare la scienza giuridica nella convinzione espressa in termini generali che la giurispru-

¹⁹ ELIA, *Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 ss., 1719.

²⁰ ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 89.

²¹ PIZZORUSSO, *Commentario*, cit., 536.

denza si configura “come autorità interpretativa della massima importanza... al punto di potersi considerare addirittura, in senso sostanziale e non formale, una fonte del diritto, che opera all’interno dell’ordinamento positivo, talora all’esterno creando nuove regole, se non qualche volta contro di esso, usando dei propri poteri interpretativi in modo molto libero”²³. Posizione, questa, molto aperta a prendere nota del nuovo che veniva emergendo, eppure, forse, non coraggiosa al punto da ammettere che sempre una pronuncia giudiziale ha portata innovativa, giacché non solo essa è creativa di norme quando enuncia nuove regole, non altrimenti rintracciabili nell’ordinamento, ma anche quando, come vuole Ota Weinberger, arriva all’enucleazione in norme del risultato dell’interpretazione di testi normativi, così conferendo a quelle norme vigenza sociale²⁴. Il che consentirebbe di collocare la valutazione della giurisprudenza costituzionale, per la sua carica interpretativa, nel contesto complessivo delle esperienze giurisprudenziali.

Lungi dall’affrontare i termini generali di questo discorso, la dottrina costituzionalistica si è prevalentemente concentrata sul problema della portata degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale, sviluppando il tema del rapporto fra la Corte e la magistratura, partendo dalle sentenze interpretative sino ad arrivare ai più vicini orientamenti, per cui vengono indicate ai giudici interpretazioni talvolta apparentemente poco conciliabili con la lettera dei testi normativi²⁵. Anche per questa via si è finito per mettere in tensione la stessa definizione di fonte del diritto. Ne traevano ulteriore conforto le censure di inammissibile provincialismo rivolte da Pizzorusso alla restrittiva tendenza della dottrina italiana a contenere la definizione

²² Corte costituzionale n. 110/2012, sulla quale SORRENTI, *Dalla Corte costituzionale un’esplicita battuta d’arresto all’estensione analogica in via giurisdizionale di sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 2013, 483 ss. Un’apertura nella direzione rifiutata dalla Corte si legge in BIN, *op. cit.*, 15-16.

²³ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 90.

²⁴ WEINBERGER, *Fatti e descrizioni difatti, riflessioni logico-metodiche su un problema fondamentale nelle scienze sociali*, in MACCORMICK - WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990, 95 ss.

²⁵ ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in *Controllare i giudici*, a cura di Campanelli, Torino, 2009, 25 ss., 36. Per una recente ricostruzione dei rapporti Corte-giudici LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

delle fonti del diritto negli ambiti tradizionali, senza alcuna attenzione alle elaborazioni presenti in altri ordinamenti giuridici²⁶.

4. *Giurisprudenza costituzionale e dottrine del precedente*

Contenuto nei termini di cui si è detto, il problema dell'appartenenza della giurisprudenza costituzionale al novero delle fonti del diritto è stato anzitutto avvicinato alla luce delle teorizzazioni dottrinali in materia di precedente giudiziale²⁷. Adottare questo punto di osservazione significava andare aldilà del caso di specie. L'art. 136 consentiva qualche apertura ad una riconsiderazione delle sentenze della Corte costituzionale alla stregua di fonti normative direttamente ed immediatamente regolative delle materie già interessate dalle leggi dalla Corte sanzionate di incostituzionalità con decisioni di natura manipolativa. Andando oltre, la dottrina, che si chiedeva se le sentenze del giudice delle leggi potevano costituire precedente, coinvolgeva nel discorso anche le sentenze di rigetto, interpretative o meno, e si interrogava sulla loro vincolatività e nei confronti della stessa Corte costituzionale e degli altri giudici. Considerandole alla stregua di precedenti, ci si interrogava sulla possibilità che, quali che esse fossero, potessero proporsi come canoni di generale osservanza quanto all'estensione dell'interpretazione/applicazione delle norme considerate a casi assimilabili a quello originariamente deciso. Il che poteva implicare (ma non necessariamente, vista la peculiare specificità della casistica costituzionale), che – come si dice²⁸ – i precedenti andassero a “fare giurisprudenza”, si consolidasse in virtù del loro apporto “un certo indirizzo interpretativo o applicativo”. Ovviamente la presenza di numerosi precedenti concordanti e confluenti in un indirizzo uniforme poteva rafforzare il loro effetto vincolante. Ma, specie in materia di conflitti fra i poteri e, però, anche nel caso dei giudizi sulle leggi, le controversie di competenza della Corte costituzionale raramente si reiterano in termini di stretta similarità, per cui l'utilizzo dei precedenti avviene, per vicinanza delle fattispecie

²⁶ PIZZORUSSO, *Comparazione*, cit., 234-237.

²⁷ Cfr. *La dottrina del precedente e la giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Treves, Torino, 1971; ANZON, *il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985; PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*; CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 1279 ss.

²⁸ GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 97-98.

considerate e per comune gravitazione all'interno di un plesso di fattispecie su base sistematica piuttosto che nei modi propri del procedere per analogia, dispositivo da dispositivo. Ad essi la Corte e i suoi interpreti ricorrono per avere il quadro giurisprudenziale all'interno del quale collocare i nuovi casi della vita; si tratta evidentemente di operazione più complessa di quella per cui per la soluzione di una controversia si ricorre a precedenti decisioni riguardanti casi simili o materie analoghe.

Passando ad un esame di dettaglio, conviene ricordare che dell'utilizzazione della dottrina del precedente giudiziale si è anzitutto ragionato con riguardo alle sentenze costituzionali di rigetto. Un approccio positivo in questo senso pareva favorito dalla prassi della Corte costituzionale di chiudere con ordinanze di manifesta infondatezza i giudizi originati dalla riproposizione di questioni riguardanti la stessa normativa, e già decise con sentenza di rigetto²⁹. Una più recente ricerca, pur sottolineando l'esistenza di un "graduale avvicinamento delle due grandi famiglie giuridiche occidentali", con propensione degli ordinamenti di *civil law* ad accettare in qualche misura il principio dello *stare decisis*, è arrivata a conclusioni perplesse almeno per quanto attiene al comportamento della Corte costituzionale, che farebbe soltanto fittiziamente mostra di una certa coerenza per motivazioni e preoccupazioni di ordine politico³⁰. Va, però, osservato che le conclusioni sulla preferenza per le ragioni della politica rispetto a quelle della coerenza logico-giuridica vengono argomentate alla luce di una stretta interpretazione del principio dello *stare decisis*³¹, laddove nell'esperienza pratica, assegnando loro la rilevanza persuasiva di cui si dirà, di precedenti si ragiona in termini di maggiore rilassatezza. Quanto meno si ragiona, se non di una vincolatività dei precedenti, almeno di una loro persuasività, che impone all'interprete, sia esso la stessa Corte ovvero altro giudice o operatore costituzionale, una speciale attenzione alle ragioni che li sorreggono o un ragionato, eventuale distanziamento da quelle stesse ragioni.

²⁹ Esclude la riproposizione della stessa questione in un ulteriore grado dello stesso giudizio DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, 233 ss.; cfr. anche ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, a cura di Romboli, Torino, 2008, 31 ss., 113 ss. Non è, invece, esclusa una riproposizione sorto diverso profilo.

³⁰ CALVANO, *op. cit.*, 1279 e 1285-1289.

³¹ Come già in ANZON, *op. cit.*, *passim*.

Per vero non mancano in dottrina autori che, in una od altra occasione, hanno rilevato che, benché “il precedente abbia, e debba avere, parte importante nello sviluppo della giurisprudenza soprattutto costituzionale, la Corte costituzionale non ha una dottrina sulla sua giurisprudenza, anche perché questa vede la sua forza conservatrice attenuata dall’essere essa stessa sottoposta ad interpretazione e soggetta al mutare delle circostanze³²; ovvero perché il giudice delle leggi usa i suoi precedenti “in senso ampio”³³. Il che sembra escludere la possibilità che, salve le avvertenze avanzate nelle pagine che precedono, si possa ragionare a proposito delle sentenze della Corte costituzionale alla stregua di precedenti con effetti vincolanti (*binding*), come fa la dottrina inglese, mentre è possibile un avvicinamento tutto peculiare ai discorsi sulla persuasività dei precedenti che trovano larga eco nella dottrina statunitense³⁴.

Dalla giurisprudenza costituzionale, più che un vincolo a supporto di una data puntuale interpretazione, promana, anche per la Corte costituzionale³⁵, una autorità interpretativa³⁶, che la colloca accanto alle dottrine e teorie interpretative di cui normalmente gli interpreti si avvalgono.

Certo essa non rappresenta – come pure avrebbe voluto uno scrittore autorevole, secondo Marinelli³⁷ – una fonte di cognizione: la moderna dottrina è incline a superare l’idea che dietro ad ogni disposizione vi sia una sola norma, perciò preesistente all’intervento dell’interprete, la cui giurisprudenza andrebbe, quindi, ricostruita come un elemento di mera conoscenza di un diritto sempre eguale a sé stesso. E pare del pari difficile da percorrere la via di classificare la giurisprudenza costituzionale come una consuetudine applicativa, giacché di persuasività non sarebbe allora più possibile parlare, in quanto il ricorso alla fonte consuetudinaria comporterebbe la ricostruzione dei suoi indirizzi non più in termini facoltizzanti ma vincolanti³⁸.

³² ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 293-295.

³³ PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 7.

³⁴ PIZZORUSSO, *Comparazione*, cit., 38 e 255.

³⁵ ZAGREBELSKY, *Le fonti*, cit., 90, ma vedi anche *La legge*, cit., 289.

³⁶ PIZZORUSSO, *Commentario*, cit., 713, che parla esplicitamente di avvicinamento di ordinamenti.

³⁷ Si tratterebbe di Crisafulli, vedi MARINELLI, *op. cit.*, 908-909.

³⁸ PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 2.

5. *Filoni o tendenze della giurisprudenza costituzionale. Esempi di loro uso sistematico*

La mancata elaborazione ad opera della Corte costituzionale di una dottrina della sua giurisprudenza, *rectius* dei suoi precedenti, che vincoli essa e gli altri giudici ed operatori costituzionali, non deve indurre l'osservatore a troppo corrivamente concludere che ciò che vale per le singole decisioni, vale anche per la giurisprudenza come insieme o plesso delle pronunce costituzionali³⁹, considerate, se non nella loro unità complessiva, almeno con riguardo a determinati settori dell'ordinamento o determinate materie. La modesta elaborazione dell'efficacia persuasiva che va riconosciuta alle sentenze individualmente considerate come precedente, è largamente compensata dalla attenzione di crescente rilevanza ed incisività riservata dalla prassi a determinati filoni giurisprudenziali⁴⁰. Da questa prassi pare potersi ricavare la conclusione che il giudice delle leggi perviene alle sue conclusioni interpretative non già meramente ricalcando l'approccio ricavabile dalla soluzione data ad un determinato caso e trasferendolo ad un caso successivo simile o analogo, ma in termini sistematici, nello sforzo di collocare una determinata pronuncia all'interno dell'insieme delle precedenti sentenze interessanti fattispecie fra loro congiuntamente considerabili in ragione della prossimità della materia di cui si tratta, in ragione cioè – per così dire – della loro adiacenza. Vedremo qui di seguito alcuni esempi di questa fenomenologia, che danno allo stesso tempo giustificazione dell'attenzione prestata dalla dottrina alla giurisprudenza costituzionale, e pongono in termini peculiari i problemi della sua utilizzazione.

In effetti, è in questa prospettiva che è corretto ragionare di una Corte costituzionale che, invece di ritenersi indiscriminatamente subordinata ai suoi precedenti, preferisce farvi richiamo in senso ampio, praticando con frequenza le tecniche del *distinguishing* e dell'*overruling*⁴¹, le quali entrambe presuppongono la ricerca di argomentazioni (*rationes decidendi*) che siano in grado di convivere con la tendenza

³⁹ Cfr. GUASTINI, *op. cit.*, 97.

⁴⁰ Si ricordi, del resto, la decisione presa dalla Corte sotto la presidenza Saja di raggruppare “i processi pendenti secondo criteri di omogeneità, affinità o connessione di materie ricordata da CONSO in *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive* a cura di Carnevale e Colapietro, Torino, 2008, 189 ss., 193.

⁴¹ PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 10.

giurisprudenziale prevalente, senza, però, ricalcarne pedissequamente gli esiti. Ed opportunamente è stato detto, con discorso riferibile anche alla giurisprudenza costituzionale, che “la pluralità delle tendenze è ciò che fa vivere la giurisprudenza rendendola adeguata alle esigenze sociali emergenti”, giacché “esiste una naturale tendenza della giurisprudenza, ove non esistano forti ragioni che spingano in contrario, ad uniformarsi alle tendenze interpretative in atto”⁴².

Se la giurisprudenza – ed è discorso che vale per la materia di cui qui ci si occupa come per altri settori dell’ordinamento – svolge e completa i precetti e della Costituzione e delle leggi⁴³, difficilmente si può negare che spetta ad essa una funzione prescrittiva preziosa per gli organi decidenti come per gli interpreti ed operatori pratici del diritto. Ma – come dice ancora Zagrebelsky⁴⁴ – «i precedenti “vivono” restringendosi o allargandosi», ed è dunque evidente che ciò che finisce per pesare, ai fini della valutazione della loro rilevanza, non è la pedissequa sequela ripetitiva della casistica in cui si manifestano, ma la collocazione dell’attività dell’interprete e delle conclusioni alle quali egli giunge nel quadro della giurisprudenza complessivamente considerata, che ha un senso se approcciata sistematicamente in tutte le sue parti componenti, inclusi gli *obiter dicta* e le argomentazioni di *distinguishing* e *overruling*. Ed è appunto all’insieme della giurisprudenza che resta così affidato il compito di definire i termini di accettabilità delle nuove decisioni in rapporto a quelle precedenti. In effetti, le stesse operazioni di *distinguishing* e *overruling* implicano che si dia rilievo – contrariamente a quanto di recente si è mostrato di supporre⁴⁵ – alla giurisprudenza come sistema, nella misura in cui l’interprete trova in essa motivo per arrivare a differenziare le *rationes decidendi* del nuovo caso o a abbandonare le vecchie *rationes* per nuove e più adeguate. E, d’altra parte, sono proprio gli *obiter dicta*, cui nella nostra esperienza si riserva maggiore considerazione che in altri contesti normativi, a fungere da ponte di collegamento fra *rationes decidendi*, che spesso nella loro individualità fra loro difficilmente comunicano⁴⁶. È, in fin dei conti, a

⁴² ZAGREBELSKY, *Le fonti*, cit., 88.

⁴³ MARINELLI, *op. cit.*, 909.

⁴⁴ ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 293.

⁴⁵ CALVANO, *op. cit.*, 1297.

⁴⁶ PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 22.

queste prassi argomentative che si rifà chi ricorda che “un precedente determina un’influenza persuasiva in virtù del principio – di portata generale ed indipendente dalla sua recezione in disposizioni scritte – che richiede di seguire il precedente finché non vi sono valide ragioni per discostarsene”⁴⁷.

Può essere utile ed indicativo ricordare a questo punto l’uso dei precedenti in alcuni filoni della giurisprudenza costituzionale, quali – ad esempio – quelli interessanti la posizione e la funzione del Capo dello Stato, da un lato, e l’ordinamento regionale, dall’altro lato.

Quando il Presidente della Repubblica ha sollevato conflitto di attribuzioni a seguito dell’attività di intercettazione telefonica svolta nell’ambito di procedimento penale pendente presso la Procura della Repubblica di Palermo, nel corso della quale erano state captate sue conversazioni telefoniche, la Corte (sent. n. 1/2013), ribadendo il suo ruolo di unico giudice delle controversie fra i poteri (sentenza n. 231/1975), ha, per un verso, fatto appello ad una argomentazione di ordine sistematico da essa già sviluppata in precedente sentenza, e, dall’altro lato, ha meglio precisato l’estensione degli atti funzionali per cui può aversi responsabilità penale del Capo dello Stato ai sensi dell’art. 90 Cost. Mentre si è ribadito il principio che cariche istituzionali “diverse non soltanto per le fonti di investitura, ma anche per la natura delle funzioni”, esigono un trattamento differenziato in relazione alle loro peculiarità e caratteristiche (sent. n. 24/2004), per cui deve considerarsi improponibile ogni analogia in funzione dell’assimilazione del trattamento ad esse riservato, si è anche chiarito, in parziale correzione e più puntuale precisazione di quanto affermato in precedente sentenza (sent. 154/2004), che in ragione delle stesse attribuzioni spettanti al Presidente della Repubblica non vanno trattate alla stregua di atti afferenti la sua sfera privata tutte quelle attività informali che costituiscono esercizio del “potere di persuasione”, e sono destinate ad affiancare l’esercizio dei “poteri formali, che si estrinsecano nell’emanazione di atti determinati e puntuali”. La concezione che sta a base del ragionamento è che in tema di prerogative costituzionali non vi è bisogno “di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali”, per cui è lecito “operare... al di là delle ipotesi espressamente previste dalle fonti sopraordinate” (sent. 148/1983). La giuri-

⁴⁷ PIZZORUSSO, *Comparazione*, cit., 256.

sprudenza precedente viene così a costituire il quadro all'interno del quale si dispiegano argomentazioni che sviluppano affermazioni già fatte dal giudice delle leggi, ovvero anche implicitamente rettificano, pur richiamandole, opinioni a suo tempo espresse. La Corte non si accontenta, pertanto, di ribadire i suoi precedenti, ma tende a trattarli come un sistema, cui le nuove decisioni in varia guisa si raccordano. L'osservatore non può certo fare a meno di rilevare che la sentenza del 2013 non fa espresso riferimento alla sentenza n. 200/2006 della stessa Corte costituzionale, ove pure questo giudice aveva fatto proprie argomentazioni ripetutamente sviluppate dalla dottrina a sostegno della prassi favorevole all'esistenza di atti del Capo dello Stato adottati a sua iniziativa in parziale deroga della lettera dell'art. 89 Cost., e, però, a ben vedere l'identikit del Presidente tracciato nella più recente decisione costituisce chiaramente uno sviluppo conseguente della descrizione, fatta nel 2006, del Capo dello Stato "quale organo *super partes*", rappresentante dell'unità nazionale", estraneo a quello che viene definito il "circuito" dell'indirizzo politico governativo".

Altre volte alla costruzione del sistema giurisprudenziale di riferimento si arriva nel tempo, raccogliendo e raccordando le decisioni in un determinato ambito attorno ad una decisione capostipite, cui altre successive si collegano condividendone le linee direttive. È tipico il caso della interpretazione delle nuove disposizioni in materia di ordinamento regionale, adottate con la legge di revisione costituzionale del 2001, a proposito dei criteri di riparto della funzione legislativa tra lo Stato e le Regioni. Capotosti, il quale assegna grande rilievo alla "continuità della giurisprudenza", ha ricordato che dopo l'avvento della riforma la Corte avvertì di non avere più "la rete di protezione costituita dalla sua precedente giurisprudenza"⁴⁸. Degli sviluppi intervenuti successivamente almeno due aspetti delle tendenze della giurisprudenza in materia meritano di essere rammentati, ed ambedue si riconnettono alla sentenza n. 303 del 2003.

In primo luogo, la Corte reagisce alla scomparsa del limite dell'interesse nazionale, che, in virtù della conversione della questione di merito in questione di legittimità, le consentiva di sottrarre a censura di incostituzionalità sostanziose incursioni del legislatore statale

⁴⁸ CAPOTOSTI, in *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, cit., 237 ss., 238-239.

in materie apparentemente riservate alla competenza concorrente del legislatore regionale. Essa fa, quindi, appello in termini generali al principio di sussidiarietà, per escludere che possano ritenersi incostituzionali disposizioni legislative dello Stato dettate per disciplinare funzioni amministrative in materie rispetto alle quali lo Stato non vanta potestà legislativa esclusiva, funzioni che vengono ricondotte alla sfera di competenza dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie. A questo precedente ci si rifece, poi, nella sentenza n. 6/2004 per chiarire che esso consentiva operazioni analoghe, se condotte nel pieno rispetto dei requisiti di cui al principio di sussidiarietà, anche in materie comunque assegnate alla competenza regionale, di cui all'art. 117, commi 3 e 4, Cost. La citazione della sentenza del 2003 chiaramente rivela l'idea della Corte che la sua giurisprudenza costituisce un quadro sistematico di riferimento, quali che siano le competenze e le materie di spettanza regionale in giuoco, e manifesta un'evidente fedeltà all'orientamento volto a definire in termini di interessi nazionali o regionali le funzioni di fatto esercitabili dagli enti in conflitto.

In secondo luogo, la Corte nella stessa sentenza n. 303/2003 ha escluso che, in assenza della menzione di una data materia nei numeri 2 e 3 dell'art. 117 Cost., questa debba necessariamente essere annoverata fra le materie assegnate alla competenza regionale residuale. Al riguardo, si è anzi ulteriormente precisato che, giacché la definizione delle materie di spettanza dello Stato compete a quest'ultimo, in mancanza di un suo intervento definitorio non si possono comunque, seppure "in via provvisoria", riconoscere alle Regioni, come è stato successivamente precisato con la sentenza n. 359 dello stesso anno 2003, "poteri illimitati di legiferare".

Questo indirizzo interpretativo finisce per enfatizzare l'importanza dell'appartenenza allo Stato di alcune materie chiave (come l'ordinamento civile nella citata sentenza n. 359, che riguardava la disciplina ad opera della Regione Lazio del *mobbing*), e per dare nuovo risalto – anche dopo la riforma del 2001 e la connessa revisione degli elenchi delle materie di competenza regionale – all'antica dottrina già elaborata, nella vigenza del testo originario della Costituzione, che «la stessa ragion d'essere dell'ordinamento regionale "presuppone" l'esistenza di interessi regionalmente localizzati... affidati alla cura di enti di corrispondente estensione territoriale» (sentenze nn.

138 e 139/1972). Il che consentiva di individuare interessi nazionali anche in ambiti materiali regionali. Rispondendo alle preoccupazioni indotte dalla riforma, il giudice delle leggi si riaggancia ad un orientamento formatosi nella vigenza del testo costituzionale originario. Come la definizione di una materia quale l'ordinamento civile chiama in giuoco, secondo la Corte, l'interesse nazionale ad una sua unitaria ed uniforme disciplina, così, più in generale, l'utilizzo del principio di sussidiarietà mette oggi in discussione la idoneità dei vari livelli di governo ad affrontare i problemi della comunità nazionale. Ma ciò che anzitutto viene in rilievo, anche se talvolta l'approccio consente la presenza delle Regioni accanto allo Stato nello stesso ambito, è in generale la scelta di un modello di ordinamento regionale in cui è comunque riconosciuta allo Stato una posizione di prevalenza o supremazia (cfr. sent. 401/2007). Da qui trae origine una lunga sequela di decisioni, che sono venute a riprendere e sviluppare gli orientamenti espressi nella sent. n. 303, anche se non sono mancate precisazioni e puntualizzazioni come quelle che si ritrovano nella sentenza n. 6/2004 e quelle riguardanti le materie c.d. trasversali⁴⁹. Sono scelte che finiscono per pesare sull'assetto del sistema costituzionale innovando in misura tale che a qualcuno⁵⁰ è sembrato addirittura che la Corte abbia talvolta (sent. 383/2005) "superato i confini del modello costituzionale, ancorché di questi confini si sia orientati a dare una lettura molto estesa e favorevole all'espansione del controllo di costituzionalità".

Viene spontaneo suggerire che il modo di procedere della Corte è assimilabile a quello dei giudici ordinari quando decidono nell'ambito di dottrine elaborate dalla loro giurisprudenza: con essi il giudice delle leggi condivide, seppure con peculiarità tutte sue, quel momento di discrezionalità che è alla base delle potenzialità innovative della giurisprudenza⁵¹. Ovviamente, per valutare adeguatamente le modalità della formazione e del consolidamento della giurisprudenza costituzionale, è inevitabile tenere conto degli indici di frequenza dei casi che costituiscono occasione per l'epifania di quella giurisprudenza. Ad esempio, mentre per alcune vicende (vedi quelle sull'appli-

⁴⁹ Vedi da ultimo BIN, *il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 2013, 509 ss.

⁵⁰ CHELI - DONATI, *op. cit.*, 167.

⁵¹ MARINELLI *op. cit.*, 906.

cazione dell'art. 68 Cost.) la frequenza delle controversie può dare ragione a Valerio Onida che ha ragionato di una Corte divenuta ormai la Corte dei conflitti⁵², nel caso del Capo dello Stato la costruzione del sistema giurisprudenziale si è avvalsa di una casistica molto limitata, che è stata, tuttavia, utilizzata dal giudice delle leggi per darsi un quadro di riferimento immediatamente e direttamente utilizzabile in caso di necessità. Certo, in casi siffatti si potrebbe essere tentati di contenere il discorso nei modi più ristretti di un rapporto fra singoli e puntuali precedenti⁵³, evitando di ragionare nei termini di tendenze o indirizzi giurisprudenziali. Ma è anche vero che – salvo per alcuni elementi comuni apicali – nella casistica riguardante il Capo dello Stato appariva difficile cogliere *rationes decidendi* agevolmente trasferibili da un caso all'altro, mentre risultava più agevole ricondurre le *rationes* dei singoli casi ad un quadro sistematico unitario conformato secondo i principi individuati come applicabili al Presidente della Repubblica. E in materia di rapporti fra Stato e Regioni, a fronte dell'apparente frequenza delle controversie e conflitti fra gli enti interessati l'utilizzo in senso stretto dei precedenti non sarebbe certo agevole stante le peculiarità dei singoli casi, mentre trova modo di manifestarsi il ricorso agli orientamenti complessivi della Corte in materia di relazioni fra fonti diverse, nazionali e regionali, e di ruolo centrale dello Stato nell'implementazione del disegno costituzionale.

6. *Normatività soft dei precedenti. Il caso dei principi costituzionali*

Dopo questi chiarimenti conviene ritornare al discorso sulla efficacia normativa dei precedenti della giurisprudenza della Corte costituzionale. Come in parte si è già anticipato, alla giurisprudenza costituzionale si può anzitutto attribuire una normatività *soft*, di cui sarebbe epifania la persuasività che essa dispiega nei confronti della generalità degli operatori, dalla stessa Corte costituzionale ai giudici ordinari e speciali, alla stregua di quanto avviene per la giurisprudenza di ogni magistratura⁵⁴. I giudici utilizzano la giurisprudenza

⁵² ONIDA, *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale*, 20 gennaio 2005, in *Giur. cost.*, 2005, 851 ss., 861.

⁵³ Come fa CALVANO, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁴ Sulla rilevanza della regola dello *stare decisis* indipendentemente dal suo formale accoglimento nel nostro ordinamento BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione*,

del giudice delle leggi come quadro sistematico di riferimento per verificare la correttezza e credibilità delle loro conclusioni interpretative in materia di interpretazione del testo costituzionale. Ma se – secondo le premesse – ragioniamo dello statuto normativo dei precedenti giurisprudenziali distinguendolo da quello delle disposizioni interpretate, il nostro discorso ci riporta al ruolo dell'interpretazione nella giurisprudenza costituzionale. La quale per due aspetti almeno rientra nell'ambito di quegli approcci ermeneutici, che a detta della migliore dottrina⁵⁵ portano necessariamente ad esiti normativi.

Sin qui ci siamo soffermati sull'utilizzo delle tendenze o linee evolutive della giurisprudenza costituzionale ed abbiamo osservato come spesso di essa ci si avvalga per la soluzione di nuovi casi secondo approcci sistematici, che di per sé conducono ad ulteriori risultati che possono essere definiti come normativi in ragione della loro innovatività. Essi integrano le conclusioni interpretative cui è già arrivata la precedente giurisprudenza. Facendo un ulteriore passo nella direzione dell'accertamento dei possibili effetti normativi di questa, ci si può dunque anzitutto rifare all'opinione largamente accettata che, in ragione della intrinseca discrezionalità ad esso rilasciata, ogni intervento interpretativo produce risultati innovativi che dall'*open texture* dei testi normativi⁵⁶, che vanno considerati, appunto, come potenzialmente normativi, almeno in ragione della loro persuasività. Tutta la storia delle tendenze o linee evolutive della giurisprudenza costituzionale è necessariamente intessuta dal reiterarsi di effetti normativi che si aggiungono gli uni agli altri nel continuo succedersi delle vicende di interpretazione/applicazione della Costituzione.

Le osservazioni che precedono si legano molto bene con i risultati dell'esperienza storica riguardante la formazione e gli effetti dei primi precedenti di giurisprudenza costituzionale addebitabili ai primi utilizzi delle disposizioni della Costituzione. Bisogna a tale proposito rammentare che la nostra carta costituzionale è intessuta di principi, i quali proprio attraverso una lunga storia giurisprudenziale vengono oggi utilizzati non solo come parametri della legitti-

le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme della legge, in *La circolazione dei modelli*, cit., 201 ss., 217-219.

⁵⁵ TARELLO, *L'interpretazione delle leggi*, Milano, 1980, 341 ss.

⁵⁶ Così fin da HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 146 ss.

mità costituzionale delle leggi, ma anche come norme direttamente ed immediatamente applicabili ai casi della vita⁵⁷. Per ottenere questi risultati, determinante è stato l'apporto dell'interpretazione del testo della Costituzione, la quale ha prodotto effetti integrativi e completativi della lettera dei precetti che vanno ben al di là – proprio in ragione della presenza dei principi – della normale portata innovativa (normativa) dell'interpretazione delle leggi. Per generale ammissione, i principi costituiscono norme di delegazione implicita di potere disposta dal legislatore (sia esso ordinario o costituzionale) a vantaggio dell'interprete, e quindi in primo luogo dei giudici⁵⁸. Spetta a questi ultimi svolgerne in tutte le loro potenzialità le indicazioni espresse o implicite, con conseguenze in termini applicativi che ben si possono definire normativi in tanto in quanto aggiungono un *quid novi* ai contenuti prescrittivi del testo costituzionale. Tipico è il caso dei risultati delle operazioni di bilanciamento in cui la norma finalmente individuata nasce dalla verifica della concorrenza rispetto ad una determinata fattispecie di principi volti alla tutela di interessi diversi⁵⁹. Le conseguenze di questo intervento si risentono ovviamente anzitutto per il caso di specie, dal quale trae occasione l'intervento interpretativo di cui trattasi, caso alla cui regolazione concorrono sia le indicazioni normative direttamente ricavabili dalle locuzioni espresse del testo che i risultati delle ulteriori elaborazioni di questo addebitabili al giudice/interprete in virtù della discrezionalità ad esso concessa.

E, però, quelle conseguenze si proiettano nel tempo, e così ritorniamo al punto da cui siamo partiti, cioè alla considerazione degli effetti di lungo periodo dei plessi giurisprudenziali in cui si manifestano tendenze e orientamenti del giudice delle leggi. L'impatto normativo dei precedenti di cui si compone la giurisprudenza costituzionale non può non essere caratterizzato da una certa continuità, con effetti nel lungo periodo ed oltre il caso di specie che per primo a quella giurisprudenza ha dato origine. Più di altre la Costituzione

⁵⁷ Cfr. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana* Bologna 2004, 163 ss., e BIN, *L'applicazione diretta*, cit., 219 ss.

⁵⁸ FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978, 433.

⁵⁹ Vedi BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, 159 ss., 169-171.

vuole essere norma destinata a durare nel tempo, e l'utilizzo degli standard interpretativi, che si sono venuti assemblando attorno ai suoi disposti, è di conseguenza – salvo motivate e diverse ragioni – tenuto a corrispondere ai principi di certezza ed eguaglianza⁶⁰, che costituiscono in prospettiva il fondamento della persuasività normativa della giurisprudenza in generale, e di quella costituzionale in particolare.

7. *Individuazione della norma e motivazioni e dispositivi delle sentenze*

Seppure nei modi di una efficacia normativa *soft*, spesso riproposta – come si è visto – in termini di persuasività, la normatività della giurisprudenza in generale, e di quella costituzionale in particolare, pone il problema della collocazione della stessa giurisprudenza fra le fonti del diritto in una prospettiva distinta da quella delle fonti della cui interpretazione essa è espressione. Si tratta di valutare la sua vincolatività separatamente da quella di queste ultime, di comprendere, cioè, quale efficacia dispiega l'interpretazione giudiziale in rapporto a suoi possibili cambiamenti, correzioni e travolgimenti. Ferme restando le disposizioni delle fonti che sono oggetto di interpretazione, quali criteri regolano la collocazione delle interpretazioni che gli operatori istituzionali ne danno? Si parla di operatori istituzionali, in quanto nel caso non è in giuoco l'interpretazione scientifica del diritto, ma l'interpretazione che ne danno gli organi investiti di potere chiamati ad applicare la legge e, quindi, a darne, secondo necessità e nel variare delle circostanze, un'interpretazione autoritativa, della cui efficacia, appunto, ci si interroga.

Si è parlato di una fonte del diritto senza disposizione⁶¹. Se si vuole intendere che nel caso manca una redazione scritta, dichiarativa dei contenuti precettivi che nella giurisprudenza trovano espressione, si trascura la circostanza⁶², che nelle decisioni giudiziali trovano svolgimento le argomentazioni cui è affidata la loro persuasività

⁶⁰ ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 289-291.

⁶¹ A. PIZZORUSSO, *Commentario*, cit., 708, ma vedi anche le riflessioni di PINELLI, *Recensione a A. Pizzorusso, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, in questa *Rivista*, 2012, 389 ss., 392.

⁶² PIZZORUSSO, *ivi*, 539.

anche al di là del caso di specie: “l’efficacia di precedente si desume soprattutto dalla motivazione delle decisioni”. Conviene inoltre ricordare che proprio nelle motivazioni spesso trovano prima formulazione principi taciti o inespressi che l’interprete ricava dalla considerazione sistematica dell’ordinamento, e della Costituzione in particolare. Ed infine, con riguardo specifico al diritto costituzionale, è bene rammentare che la dottrina dedica particolare attenzione alle scelte che il giudice delle leggi compie ai fini della formulazione delle sue decisioni, sottolineandone la politicità: questa non solo è “insita nell’interpretazione delle norme costituzionali”, ma riguarda anche, in una con l’individuazione del dispositivo da adottare, “la disponibilità degli effetti normativi”⁶³. Il che finisce per interessare sia l’incidenza della sentenza nel caso di specie che gli effetti di lungo periodo prodotti dalla sentenza stessa nel tempo, al di là del caso di cui al giudizio, poiché spesso alle tecniche decisionali della Corte vanno riconosciute “possibilità assai vaste di innovare l’ordinamento”⁶⁴.

Come si è già in parte accennato, le scelte tecniche della Corte dipendono dalla formulazione per principi del testo costituzionale, dal rapporto fra questo e le leggi ordinarie in presenza del mutare delle circostanze, ovvero dalla pervicacia del legislatore nel rifiutare di conformare l’ordinamento alle indicazioni della Costituzione. Per un complesso di ragioni, quindi, la giurisprudenza costituzionale ha attinto livelli normativi che vanno bene al di là di quanto ipotizzato nell’art. 136 Cost.

Ovviamente, secondo l’insegnamento tradizionale, questa ricostruzione deve di necessità fare i conti con la dottrina che riconduce le interpretazioni al testo interpretato, nel senso che esse farebbero corpo con quest’ultimo⁶⁵, con la conseguenza che i precedenti hanno la forza della disposizione interpretata. Queste posizioni sono corrette, ma al tempo stesso dimenticano che l’atto interpretativo si affianca come un *quid novi* alla fonte, che è oggetto di interpretazione, e, quindi, aggiunge l’efficacia propria a quella della fonte *de qua*. Ed è, appunto, di questa forza aggiuntiva che si ragiona quando si af-

⁶³ SORRENTINO, *op. cit.*, 124.

⁶⁴ PIZZORUSSO, *Commentario*, cit., 546.

⁶⁵ PALADIN, *Le fonti*, cit., 99. CRISAFULLI, che non credeva alla creazione di nuovo diritto ad opera della Corte, auspicava che almeno si chiarisse che “si tratterebbe di una legislazione a rime obbligate”: *La Corte Costituzionale ha vent’anni*, cit., 84.

fronta il tema della normatività dei precedenti giurisprudenziali. Le norme desunte dalle disposizioni in virtù delle necessarie operazioni ermeneutiche debbono essere utilizzate nel rispetto della collocazione in gerarchia della relativa disposizione. Ma, in quanto risultato di atti di interpretazione, le norme elaborate dalla giurisprudenza hanno la vita effimera che questa può avere, in quanto soggetta a possibili cambiamenti di orientamento ed indirizzo dei suoi autori. La proposta distinzione fra testo interpretato e risultato interpretativo trova supporto e giustificazione nell'ormai classica dottrina che individua nella norma il risultato dell'interpretazione di una disposizione⁶⁶. Questo insegnamento consente di identificare il precedente con la norma, attribuendo a quest'ultima quei margini di variabilità e transeunte efficacia che – come si è già detto – la possibilità di *distinguishing* ed *overruling* all'atto della loro interpretazione ed utilizzazione consente di riconoscere ai precedenti giudiziali.

Ma nel caso della giurisprudenza costituzionale bisogna andare oltre la motivazione, giacché tali conclusioni richiedono puntuale qualificazione e meritano diversificata accoglienza, a seconda che l'atto di applicazione/interpretazione della Corte si sia tradotto o meno in una decisione del tipo delle sentenze manipolative. In effetti, in queste ultime sentenze ha particolare rilievo il relativo dispositivo, poiché con la formulazione di questo la Corte intende introdurre precetti normativi nuovi che entrano a far parte – come effetto positivo delle sentenze di accoglimento ed in forza dell'art. 136 – della normativa vigente con effetti *erga omnes* comparabili a quelli della normativa cui accedono, e, quindi, con una rilevanza che va al di là dell'efficacia persuasiva di cui si è detto. In questi casi il dispositivo della sentenza costituzionale è il risultato di operazioni interpretative, ma diventa poi anche oggetto di interpretazione, con il vincolo che il suo testo è immodificabile ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 137 Cost., a meno che esso non sia sottoposto al giudizio della Corte per altri e nuovi profili e la Corte vi intervenga. Ma in un momento successivo anche una decisione siffatta può costituire la base di partenza per ulteriori avanzamenti giurisprudenziali, giacché, manipolative o meno, tutte le sentenze della Corte concorrono alla formazione della giurisprudenza di questa, ne evidenziano gli orien-

⁶⁶ Per tutti, su posizioni diverse, CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss. e WEINBERGER, *op. cit.*, *passim*.

tamenti e tendenze e, in quanto tali, costituiscono quadro di riferimento per ulteriori sviluppi⁶⁷.

8. *Diffidenze in materia di creazione giurisprudenziale del diritto. La costituzione vivente*

Evidentemente conclusioni positive sulla collocazione della giurisprudenza fra le fonti del diritto possono essere accettate solo con più di una cautela da quanti pongono limiti alle capacità innovative dell'attività di interpretazione del diritto, ricavandoli da una lettura restrittiva delle potenzialità semantiche dei testi interpretati, ovvero ragionando di confini insuperabili dalla creazione giudiziale del diritto⁶⁸. Certamente la loro posizione differisce da quella di chi fa rientrare senza esitazioni la giurisprudenza fra le fonti del diritto⁶⁹. Alla base di queste più prudenti posizioni vi è la preoccupazione “di distinguere il dover essere dall'essere” in uno Stato quale quello costituzionale, “che può radicarsi solo sul rispetto e sullo sviluppo contestuale del principio democratico e dei diritti fondamentali”⁷⁰. Il fatto è che, per altro verso, proprio nel contesto dello Stato costituzionale e con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale si sostiene, sul fronte del diritto comparato, che spetta ai giudici assumersi una qualche forma di rappresentatività di ragioni ed interessi sociali trascurati dalle maggioranze che siedono in Parlamento, in qualche modo compensando l'incapacità di questo di rispecchiare appieno gli orientamenti presenti nella società⁷¹. Ed è pur vero che la stessa esperienza della nostra Corte costituzionale ha dato testimonianza, specie in anni recenti, della sua disponibilità a rispondere a domande nuove e pressanti attraverso una rilettura del testo della Costituzione. Il che sembra dimostrare che l'apertura, di cui è detto, è accettabile e credibile tanto più quando viene rapportata all'esigenza di colmare con strumenti ed argomentazioni giuridiche le apparenti lacune della Costituzione, nel quadro sistematico comples-

⁶⁷ Con la limitazione dalla Corte apportata con la sentenza di cui alla nt. 20.

⁶⁸ GUASTINI, *op. cit.*, 99 e ROMBOLI, *L'attività creativa*, cit., *passim*.

⁶⁹ Come ZACCARIA, *op. cit.*, 33.

⁷⁰ PINELLI, *op. cit.*, 391.

⁷¹ SAJO, *Courts as representatives, or representation without representatives*, in *www.venice.coe.int cdl-ju(2013)008*, 17 ss.

sivo dello Stato costituzionale contemporaneo. Questo recepisce e sviluppa il principio democratico, ma contempera questa scelta con la consapevolezza delle inadeguatezze della realizzazione di quel principio⁷². Di conseguenza poteri neutrali e garanzie del pluralismo si affiancano in un disegno istituzionale più elaborato e complesso di quello dello Stato rappresentativo tradizionale⁷³. Riproporre oggi l'esigenza di "un minimo di equilibrio fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale"⁷⁴ non può implicare il rinvio alla modellistica tradizionale, ma anzi esige di ripensare in forme nuove la convivenza di legislazione e giurisdizione, non solo per i compiti di integrazione dei testi normativi che a quest'ultima spettano, ma anche per la possibilità che, nello sforzo di trarre dalla Costituzione risposte nuove alle sempre nuove domande sociali il giudice costituzionale arrivi a forzare il dettato della legge ben al di là di quanto ritenuto accettabile dagli stessi giudici ordinari e speciali⁷⁵.

L'analisi delle tendenze e degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale riveste particolare utilità quando è in giuoco la valorizzazione del concetto di costituzione vivente. Se questa è considerata come l'epifania degli indirizzi interpretativi della vigente Costituzione, se cioè essa ci dà il quadro dei risultati dell'attuazione/interpretazione di questa e, quindi, dell'inveramento dei suoi significati di diversa rilevanza nel concreto dell'esperienza storica, è evidente che il plesso delle decisioni della Corte che concorrono a formare la sua giurisprudenza è, nei limiti dell'osservanza della loro normativa persuasività, parte costitutiva, appunto, della costituzione vivente. Alla quale non si pretende di riconoscere un'efficacia sostitutiva della Costituzione formale in vigore⁷⁶, ma si assegna più modestamente il compito di dare contezza delle prassi interpretative della Carta.

Che in questo contesto la costituzione vivente possa dispiegare un'innegabile utilità, è dimostrato dal fatto che, ad esempio, nei suoi rapporti con il Parlamento spesso il Capo dello Stato si è avvalso

⁷² Così SAJO, *op. cit.*, *passim*.

⁷³ Vedi le conclusioni di BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012, 173 ss.

⁷⁴ PINELLI, *loc. ult. cit.*

⁷⁵ Per un caso rilevante ai fini del ragionamento sviluppato nel testo cfr. ROMBOLI, *op. cit.*, 40.

⁷⁶ Vedi BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, cit., 166 ss., differenziandosi dagli scritti ivi citati di Strauss e Ackerman.

della giurisprudenza costituzionale nei suoi rinvii e nelle sue osservazioni in materia di leggi approvate dalle Camere. Il fenomeno ha assunto particolare importanza con la presidenza Ciampi. Si è assistito ad una correzione di rotta con il Presidente Napolitano, il quale ha, tuttavia, giustificato il suo riserbo con l'appartenenza alla Corte costituzionale del potere di decidere in ultima istanza in materia di costituzionalità delle leggi, ma ha comunque dimostrato particolare attenzione per le pronunce della Corte⁷⁷. In definitiva, può, quindi, dirsi che vale per le tendenze della giurisprudenza costituzionale nel suo complesso, e con riguardo alla comprensione del sistema costituzionale nella sua unità, ciò che vale, secondo la migliore dottrina⁷⁸, per i singoli precedenti della Corte costituzionale come per quelli di altri giudici: si tratta, cioè, di essenziali strumenti interpretativi dei testi normativi, dai quali non si può prescindere se si vuole dare all'interpretazione del diritto adeguata prospettiva storica in termini di coerenza e certezza, e rispettare le regole della deontologia giudiziale⁷⁹. Aldilà degli effetti diretti sulla disciplina legislativa dei fatti della vita, il plesso ordinato dei precedenti che nasce dalla loro continua rimediazione e reinterpretazione in un processo di formazione progressiva⁸⁰ assume nell'esperienza concreta una funzione persuasiva, la quale giustifica che si parli, anche con riguardo alla giurisprudenza, di efficacia normativa *soft*. Forse solo parzialmente possono trovare applicazione in materia costituzionale quelle norme recenti del Codice di procedura civile, che, secondo Pizzorusso⁸¹, introducono modalità di sanzione dell'inosservanza dei precedenti della cui esistenza altri ha dubitato⁸². Sintetizzando, si deve comunque riconoscere che – anche in assenza delle ora citate innovazioni codicistiche – un giudice, sia esso un giudice ordinario o speciale, o la stessa Corte costituzionale, non può decidere senza tenere nel debito conto la giurisprudenza riguardante le norme di diritto che è chiamato ad applicare, con un espresso obbligo di motivazione nel caso in cui intenda discostarsene.

⁷⁷ BARTOLE, *op. cit.*, 179-182.

⁷⁸ PIZZORUSSO, *Commentario*, cit., 717.

⁷⁹ BIN, *L'applicazione diretta*, cit., 218-219.

⁸⁰ PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 21.

⁸¹ *Op. ult. cit.*, 719-721, 724 ss.

⁸² PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 11.

9. Conclusioni

Le peculiarità delle sentenze di accoglimento e di rigetto adottate in questi anni dalla Corte costituzionale rendono – come si è visto – più agevole all'interprete riconoscere alle pronunce di questo giudice portata normativa innovativa. Ma ne deriva che conviene distinguere fra le decisioni del giudice delle leggi in prospettiva temporale dei loro effetti. Mentre almeno delle sentenze manipolative può immaginarsi una normatività che non si esaurisce nell'immediato, in quanto, assistite dalla forza di cui all'art. 136 Cost, richiedono un'osservanza reiterata nel tempo, al di là del caso di specie per il quale sono state adottate, altro e diverso problema è dato dall'efficacia di precedente di quelle stesse sentenze non più rispetto al caso di specie ed eventuali sue reiterazioni insorgenti nel tempo, ma con riguardo a casi che siano ad esso, per così dire, adiacenti e con esso presentino solo una qualche similarità. Anche per la soluzione di questi casi è, almeno per esigenze deontologiche in qualche modo fatte proprie dalle prassi che orientano l'attività degli organi giudicanti⁸³, doveroso rifarsi ai principi o alle ragioni di precedenti decisioni.

Nel primo caso, per l'oggetto stesso del giudizio di costituzionalità, le manipolazioni apportate dalla Corte ad una legge, ovvero all'interpretazione di questa per assicurarne la conformità alla Costituzione, sono normative al di là del caso del giudizio *a quo*. I tagli apportati a determinate locuzioni verbali del legislatore o la dichiarazione di incostituzionalità di solo talune norme deducibili da una disposizione sono atte a dispiegare effetti potenzialmente normativi ogniqualvolta insorga necessità di fare ricorso alla legge oggetto di manipolazione. In questo caso è oggi fuori discussione che la sentenza del giudice delle leggi concorre ad innovare ed integrare il tessuto ordinamentale.

Altro discorso va evidentemente fatto quando viene in rilievo l'efficacia di mero precedente che le sentenze della Corte sono in condizione di dispiegare. Ne sono in particolare interessate le sentenze di rigetto, siano esse interpretative o meno, ovvero le sentenze

⁸³ Cfr. BIN, *L'applicazione diretta*, cit., 217 ss. Ad altro discorso può condurre il già ricordato tentativo di PIZZORUSSO di ragionare dell'estensione alla giurisprudenza costituzionale delle regole codicistiche in materia di precedenti. cfr. nt. 75.

relative a giudizi in via principale di costituzionalità delle leggi, di conflitti di attribuzione e di ammissibilità di richieste referendarie, che per ragioni di connessione o similarità delle relative fattispecie possono – nel quadro dell'uso sistematico della giurisprudenza – influire sulla decisione di casi successivi ad opera della stessa Corte o di pronunce di altri giudici collegate *ratione materiae*. In tali casi si ragiona di normatività in chiave di persuasività, anche se gli autori sono orientati di massima a riconoscere agli interpreti chiamati a confrontarsi con tali precedenti una qualche flessibilità e libertà operative⁸⁴.

Il tema è affrontato seguendo ragionamenti di una qualche perentorietà da chi sottolinea che la Costituzione è norma di durata⁸⁵, derivando, quindi, la normatività della giurisprudenza da forti esigenze di continuità, certezza ed eguaglianza degli standard interpretativi. Si tratta di conclusioni di per sé accettabili, la cui utilizzazione è, però, resa più difficile e pericolosa dall'impostazione di fondo dello stesso loro autore, che, in un intervento sul giudice quale artefice del diritto⁸⁶, prende le mosse dalla contrapposizione fra legge e diritto, e arriva a definire assurda l'idea di ancorare il discorso sulla giuridica normatività della giurisprudenza al monismo legalista kelseniano⁸⁷. In particolare, si lamenta che, secondo questo approccio, i precedenti e la giurisprudenza che essi concorrono a costituire, acquisirebbero giuridica rilevanza (o meglio, normatività) solo in quanto riconducibili a scelte effettuate all'interno dell'arco delle possibilità interpretative dei testi normativi. Se, così ragionando, si vuole dire che il discorso sulla giurisprudenza non può, facendo appello alla legge, trascurare il ruolo intermediativo e creativo dei suoi autori, la critica a Kelsen può anche essere accettabile, per quanto ne presenti in termini riduttivi il pensiero, e usi il vecchio Maestro come un bersaglio di pretesto. Ma se, però, si vuol dire che nell'esercizio della sua libertà, o meglio discrezionalità interpretativa, che è normalmente considerata come il fondamento della normatività della giurisprudenza, il giudice non è tenuto ad operare nel quadro di un ordinamento giuridico dato, che egli è chiamato ad interpretare ed

⁸⁴ PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 15 e PIZZORUSSO, *Commentario*, cit., 724.

⁸⁵ ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 289-291.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, *Il giudice artefice del diritto*, Napoli, 2007, 8 ss.

⁸⁷ *Ivi*, 19.

applicare, ci si espone al rischio di svincolare la definizione dei compiti del giudice dai tratti propri e tradizionali di uno Stato costituzionale, che vuole essere al tempo stesso rispettoso dei principi della democrazia rappresentativa e dello Stato di diritto di ascendenza *civil law*.

È però evidente che su questi ragionamenti pesa l'andamento della discussione sull'utilizzo dei principi costituzionali come di quelli dell'ordinamento, categoria all'interno della quale la giurisprudenza ha individuato i principi supremi dell'ordinamento⁸⁸. Se si accetta che fra questi non rientrano soltanto i principi espressamente enunciati in Costituzione e nella legge⁸⁹, è evidente che la considerazione dei c.d. principi inespressi implica approcci tangenziali a quelli proposti da Zagrebelsky per superare la necessaria riconduzione della giuridica normatività della giurisprudenza alla legge in senso stretto. Una linea di discriminazione può probabilmente essere tracciata tenendo ferma l'idea prevalente nella dottrina italiana che anche l'individuazione dei principi inespressi deve essere effettuata nel quadro dell'ordinamento vigente e, quindi, partendo dalle fonti di diritto scritto da cui questo è anzitutto costituito, il che non significa che l'interpretazione dei testi normativi, cioè l'attribuzione agli stessi di significati ai fini della loro applicazione, non possa risentire degli andamenti riscontrabili nello sviluppo sociale della comunità nazionale e, quindi, di fatto extralegislativi⁹⁰. È generalmente accettato che nelle operazioni che concorrono al farsi della giurisprudenza, intervengono elementi culturali, sociali e di dottrina giuridica che ne condizionano i risultati, seppure attraverso il filtro della Costituzione e delle legge⁹¹. Sono, questi, indirizzi che anche la nostra giurisprudenza costituzionale ha largamente elaborato ed utilizzato. Il *quid novi* di cui essa è apportatrice nella funzione integratrice dei principi costituzionali deve comunque essere riconducibile alla Costituzione nei modi propri dell'interpretazione sistematica, di cui, però, non a caso si sono sottolineate le potenzialità creative. Che sono state sfrut-

⁸⁸ In merito la tesi di dottorato di ricerca in diritto costituzionale (Università di Ferrara) FARAGUNA, *L'enigmatico statuto dei principi supremi*.

⁸⁹ Cfr. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa 1941.

⁹⁰ Di *fact-value complexes* ha parlato STONE, *From principles to principles*, in *The Law Quarterly Review*, 1981, 224 ss.

⁹¹ Vedi per tutti TUORI, *Ratio and Voluntas*, Farnham-Burlington, 2011.

tate dalla Corte, da un lato, sino a riconoscere la primazia dei principi all'interno di una gerarchia materiale delle norme ricavabili dalla Costituzione, e, dall'altro, ai fini di un controllo delle aperture del nostro ordinamento giuridico ad ordinamenti esterni quali l'ordinamento canonico (a partire dalla sentenza n. 30/1971) e quello dell'Unione Europea (vedi per tutte la sentenza n. 232/1989), sino a trattare i principi c.d. supremi come limite insuperabile dalla revisione costituzionale (sentenza n. 1146/1988). Ma in ogni caso il giudice delle leggi ha pur sempre argomentato muovendosi all'interno della Costituzione e nei modi propri della tradizionale ermeneutica giuridica.

Se così stanno le cose, è evidente che la tesi che vuole la giurisprudenza artefice del diritto è destinata a due esiti alternativi, ma entrambi insoddisfacenti. Come descrizione di una fenomenologia in atto essa non trova corrispondenza nelle prassi della nostra giurisprudenza (e nella descrizione che ne dà la dottrina), e come teoria prescrittiva dell'operato dei giudici, e della Corte costituzionale in particolare, essa pare destinata ad entrare in conflitto con la prevalente concezione dei rapporti fra giurisdizione e diritto.