

COSTITUZIONE E LINGUAGGIO NORMATIVO: UNA RIFLESSIONE DA UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA

CONSTITUTION AND NORMATIVE LANGUAGE: A REFLECTION FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

JACOPO PAFFARINI¹

RIASSUNTO: Il problema dell'interpretazione del linguaggio normativo costituisce una fonte di riflessione non solo per il giurista che rivolge la sua attenzione al proprio ordinamento, ma anche per il comparatista che si accinge a studiare il diritto straniero. Secondo un orientamento oramai consolidato all'interno della scienza comparatistica, per la corretta identificazione del «termine del confronto» non basta la conoscenza del «diritto scritto», ma è necessario apprendere le regole ermeneutiche praticate nell'«altro» contesto normativo. In tal senso, si è detto che il giudizio comparativo può definirsi rigoroso soltanto quando il giurista evita di trasferire «gli atteggiamenti mentali del suo diritto» nei termini della comparazione. Nel presente contributo si intende mettere in luce le regole comuni ed i limiti della logica giuridica, evidenziando come, attraverso la comparazione, la dottrina abbia preso coscienza dei fattori extragiuridici che intervengono inevitabilmente nel processo di creazione/interpretazione del diritto.

PAROLE CHIAVE: Ermeneutica; Logica Giuridica; Pragmatismo; Dialettica Sociale.

RESUMO: O problema de interpretação da linguagem jurídica é uma fonte de reflexão não só para o jurista que foca a sua atenção no suo ordenamento, mas também para o comparatista que vai estudar a legislação estrangeira. De acordo com uma orientação já consolidada na ciência comparatista, para a correta identificação do «termo da comparação» não é suficiente o conhecimento da «lei escrita», mas é preciso aprender as regras de hermenêutica praticadas no «outro» contexto legal. Nesse sentido, foi dito que o juízo comparatista pode ser definido rigorosamente somente quando o jurista evita a transferência de atitudes mentais do seu direito nos termos da comparação. O presente contributo destina-se a destacar as regras comuns e os limites da lógica jurídica, observando que, por meio da comparação, a doutrina tornou-se ciente de fatores extrajurídicos envolvidos inevitavelmente no processo de criação/interpretação do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; Lógica Jurídica; Pragmatismo; Dialética Social.

Artigo recebido em 09.03.2015. Pareceres emitidos em 30.03.2015 e 18.04.2015.

Artigo aceito para publicação em 30.06.2015.

¹ Dottore in Diritto Pubblico – Università degli Studi di Perugia, European Public Law Organization. Post-dottorato – Faculdade Meridional – IMED (Passo Fundo). jacov1983@gmail.com

ABSTRACT: The jurist should reserve a deep attention to the problem of interpretation, not only in examining the domestic law, but also when he/she approaches another legal system. According to the main trends inside comparative doctrine, looking at the “written norms” (whatever they are: statutes, sentences, public orders, etc.) cannot guarantee the correct identification of foreign law if their interpretation does not follows the hermeneutic rules practiced in that system. Thus, it has been stated that the comparative method may bring to correct and strict results only when the lawyer “resists to transfer” in the object of comparison the concepts and intellectual attitudes of its own legal system. This contribution aims to highlight common rules and limits of legal logics: the last aspect, in particular, is a frequent outcome of comparative studies, as the scholars became aware that non-normative factors ordinarily take part in the law-making and interpretation processes.

KEYWORDS: Hermeneutics; Legal Logic; Pragmatism; Social Dialectic.

SOMMARIO: 1. Introduzione – Il Linguaggio Normativo; 2. «Il Diritto come Progetto»; 3. La Struttura del Discorso Giuridico; 4. L'effettività della Norma e la Validità del Discorso Giuridico; 4.1 L'unità dell'ordinamento e l'applicazione delle Disposizioni; 5. L'interpretazione del Linguaggio Normativo; 5.1 L'argomentazione e la Manipolazione del Linguaggio Normativo; 6. Considerazioni Finali – L'interpretazione come “scoperta” e come “creazione”; Bibliografia.

SUMÁRIO: 1. Introdução – A Linguagem Normativa; 2. «O Direito como Projeto»; 3. A Estrutura do Discurso Jurídico; 4. A Efetividade da Norma e a Validade do Discurso Jurídico; 4.1 A Unidade do Ordenamento e a Aplicação das Disposições; 5. A Interpretação da Linguagem Normativa; 5.1 A Argumentação e a Manipulação da Linguagem Normativa; 6. Considerações Finais – A Interpretação como “descoberta” e como “criação”; Bibliografia.

SUMMARY: 1. Introduction – The Normative Language; 2. «Law as a Project»; 3. Structure of Legal Discourse; 4. Effectiveness of Rule and Validity of Legal Discourse; 4.1 Unity of Legal System and Application of Provisions; 5. Interpretation of Normative Language; 5.1 Argumentation and Manipulation of Normative Language; 6. Final Consideration – Interpretation as “finding” and as “creation”; Bibliography .

1. INTRODUZIONE – IL LINGUAGGIO NORMATIVO

La dottrina di diritto comparato ci insegna che per comprendere il funzionamento di un sistema normativo non si può fare affidamento al solo diritto scritto, perché questo *non sempre è diritto* o, comunque, *non è mai il solo diritto*. A questa regola non fanno eccezione i sistemi costituzionali: all'opposto, la storia ci testimonia la loro inevitabile “defettibilità”.

Si prenda ad esempio la Costituzione italiana: nonostante la posizione di superiorità che ricopre rispetto alle altre fonti dell'ordinamento nazionale, non tutte le sue disposizioni hanno ricevuto attuazione². Addirittura si è verificato che alcune previsioni siano state attuate in modo totalmente diverso rispetto a

² Ad esempio, l'art. 46 e l'art. 39 della Costituzione italiana: quest'ultimo, per la precisione, è stato realizzato solo nel suo primo comma. Si può sostenere che, rispetto a tali previsioni, la situazione di mancata attuazione sia oramai consolidata. In altri casi, infatti, l'inattuazione può essere dovuta a cause temporanee (spesso di natura politica) che poi vengono superate: si pensi alla tardiva introduzione delle Regioni o di istituti, quali il referendum abrogativo. Analogamente, per restare a tempi più recenti, si osservi la situazione di *empasse* in cui si trova, a dieci anni dalla Riforma del Titolo V, la realizzazione di alcune disposizioni, quali l'art. 119.

quanto il testo lasciasse intendere³ o che ad una medesima disposizione della Carta siano stati attribuiti significati diversi, e dunque differenti applicazioni, nel corso degli anni⁴.

In questa “distanza” tra la norma scritta e la sua attuazione, del resto, risiede una delle più notevoli caratteristiche del diritto in generale⁵: «law is both the propositional statement as such and its invested meaning – which jointly constitute the rule»⁶. Quando consideriamo il diritto costituzionale di un paese occorre tener presente che, come ogni altra fonte normativa, la Costituzione è anzitutto un atto linguistico⁷.

Il linguaggio normativo costituisce pertanto il primo oggetto di studio della scienza giuridica e, rispetto al linguaggio descrittivo delle scienze naturali, acquista una sua peculiarità sotto due profili: uno di natura *pragmatica*, l'altro di natura *semantica*. L'unico modo certo per poter qualificare un atto linguistico come espressione del linguaggio prescrittivo, infatti, è quello di guardare al suo concreto utilizzo. In questo senso, «descrittivo o prescrittivo è non l'enunciato in quanto tale (*type-sentence*), ma il suo uso, la sua concreta enunciazione (*token-sentence*), il suo proferimento (*utterance*) da parte di qualcuno in circostanze date»⁸. Ma gli enunciati prescrittivi si contraddistinguono anche da un punto di vista “*sostanziale*”: il loro significato, infatti, si risolve in una norma e non nella descrizione di un fatto. È “normativo”, pertanto, l'enunciato che può essere “eseguito o non eseguito”, non l'enunciato di cui si possa dire se sia “vero o falso”. Nell'analisi di un testo normativo dobbiamo, dunque, separare le *parole* (ossia la forma che ci descrive la presenza di una norma) e il *contenuto* (ossia la norma vera e propria).

³ Il potere di emanare decreti legge, ad esempio, è conferito al Governo dall'art. 77 solo «in casi straordinari di necessità ed urgenza», tuttavia questa condizione non viene rispettata nella stragrande maggioranza delle ipotesi in cui tale strumento viene utilizzato dall'Esecutivo.

⁴ Ad esempio, il testo dell'art. 59 c.2 della Costituzione italiana normalmente è stato interpretato nel senso che cinque è il numero massimo dei senatori a vita che può nominare il Presidente della Repubblica. Tuttavia, vi sono stati alcuni periodi storici, come durante la presidenza Pertini, in cui si è inteso nel senso che ciascun Presidente della Repubblica, entrando in carica, poteva nominare cinque senatori. Ulteriore dimostrazione proviene dalla giurisprudenza costituzionale, la quale giudica non tassativo (e, dunque, suscettibile di continui aggiornamenti) l'elenco delle materie sulle quali non può essere proposto referendum abrogativo, contenuto all'art. 75 c.2 della Costituzione italiana (sent. 16/1978).

⁵ A proposito della distanza tra il momento dell'individuazione della norma da applicare al caso concreto e quello della sua materiale realizzazione, è stato osservato che «l'ipotesi della perfetta corrispondenza fra il comportamento previsto ed il comportamento realizzato rappresenta un caso limite, una sorta di infinito ove i valori positivi e negativi si confondono», vedi PIZZORUSSO Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*, Milano: Giuffrè, 1983, p. 10.

⁶ Vedi LEGRAND, Pierre. *What “Legal Transplants”*. In: NELKEN, David and FEEST, Johannes (eds.). *Adapting Legal Cultures*, Oxford, 2001, p. 55.

⁷ *Ça va sans dire*, i “fatti normativi”(come ad esempio la consuetudine e le fonti *extra ordinem*), dal momento che non trovano il loro fondamento in atti di volontà, quanto piuttosto nell'effettiva osservanza ed accettazione di una regola da parte dei destinatari, producono diritto senza necessità del *medium* linguistico.

⁸ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*. Fondamenti Teorici. Milano: Giuffrè, 2010, p. 4 e ss.

A questo punto, possiamo dedurre le due prime caratteristiche costanti del discorso giuridico: l'una relativa al piano "semantico-strutturale", cioè la distinzione tra disposizioni e norme⁹, l'altra al piano "pragmatico-applicativo", ossia il processo di «specificazione» del significato dell'enunciato giuridico che viene comunemente chiamato "interpretazione".

2. «IL DIRITTO COME PROGETTO»

Nei suoi studi in materia di diritto costituzionale e di teoria del diritto G.U. Rescigno compie una riflessione molto importante per la comprensione della struttura e del funzionamento di un sistema giuridico. Egli osserva che il tempo è parte costitutiva dell'esperienza giuridica¹⁰ e che questo dona al diritto una delle sue più importanti caratteristiche: la progettualità.

Dal punto di vista "progettuale" ogni disposizione emessa dall'autorità normativa, a prescindere dal tempo in cui sia stata prodotta e dalla complessità della sua formulazione, può essere inquadrata all'interno di schemi di costruzione ben definiti, in cui distinguiamo delle "parti" necessarie ed altre la cui presenza è solo eventuale¹¹. Si può così notare uno "schema base": il soggetto o la categoria di soggetti (X) dalla quale si pretende il comportamento; l'indicazione della «modalità deontica» (obbligatorio, vietato o permesso); la descrizione del comportamento oggetto di prescrizione (f)¹². Qualora le circostanze lo richiedano, tuttavia, l'autorità normativa potrà anche indicare i destinatari del comportamento (B), le circostanze di tempo (t) e di luogo (l) della condotta prescritta. La regola di comportamento a questo punto avrà raggiunto il suo "schema completo" che si può esprimere nel modo seguente: "X deve, deve non, può fare f nei confronti di B nel periodo t e nel luogo l".

Lo schema completo della regola di comportamento, come è stato sopra sostenuto, invierà un comando puntale la cui "operatività" si esaurisce in circostanze di fatto (persone, luoghi, comportamenti,...) e di tempo ben definite. Lo "schema base", invece, delinea un progetto di comportamento la cui esecuzione avrà un numero indefinito di ripetizioni da parte di un numero indefinito di persone in un numero indefinito di luoghi.

Si osservi, inoltre, che come varia la struttura dell'enunciazione, possono variare anche i suoi destinatari (i soggetti attivi della condotta) nonché la descrizione del comportamento¹³. Così, riguardo al primo profilo, avremo una regola *particolare* (se è indirizzata ad un numero di persone determinato o, comunque, determinabile¹⁴) o *generale* (se l'insieme dei destinatari sia "aperto"

⁹ Con il termine "disposizione" intenderemo «ogni enunciato appartenente ad una fonte del diritto» Per "norma", invece, si intenderà «il suo contenuto di senso, il significato, che è una variabile dipendente dell'interpretazione». Vedi. GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 36.

¹⁰ Cfr. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *L'atto Normativo*. Bologna: Zanichelli, 1998, p. 2.

¹¹ *Ivi*, p. 12.

¹² In tal modo, si può individuare nell'espressione "X deve/deve non/ può fare f" l'esempio più elementare di regola giuridica che può essere fatto.

¹³ *Ivi*, p. 14.

¹⁴ Nel senso che i soggetti attivi della condotta siano individuabili uno ad uno.

e non definibile a priori: “i cittadini”, “i lavoratori”, “le madri”, ecc...). Sotto il secondo profilo, invece, una norma potrà essere definita *concreta* (se il comportamento che si vuole prescrivere sia determinato e precisamente collocato nel tempo e nello spazio) oppure *astratta* (se è indicata solamente la categoria di azioni od omissioni che si vuole comandare). Nella prassi giuridica, inoltre, queste quattro polarità tendono a combinarsi tra loro dando vita ad altrettante classi di regole di comportamento.

Ora, sebbene gli atti linguistici appartenenti alle classi di regole così delimitate costituiscano senza dubbio degli enunciati prescrittivi, tuttavia, non tutti potrebbero essere definiti “atti normativi”. Nel discorso giuridico, così come in quello comune, quando si parla di “norme” si è soliti riferirsi ad enunciazioni relative a fattispecie astratte e generali¹⁵. A partire dalla nascita del costituzionalismo l’atto normativo per eccellenza è la “legge”, attraverso la quale si esprime la volontà dei rappresentanti del corpo elettorale che siedono in Parlamento. Se si assume questa prospettiva, si comprende il motivo per cui si è insistito sull’elemento temporale e programmatico che l’atto normativo esprime rispetto al “presente” del corpo sociale. Utilizzando il termine “progetto” dunque presupponiamo, da un lato, che una “esecuzione” prima o poi avvenga, dall’altro, di trovarci in una fase temporalmente antecedente ad essa e, dunque, al verificarsi del caso concreto che diventerà oggetto della disciplina normativa.

È logicamente deducibile, nonché riscontrabile nella pratica giuridica, che quando l’autorità pubblica emette regole di comportamento particolari e concrete la fattispecie che si intende disciplinare si è già verificata o si sta verificando nella pratica. Ad esempio, quando la Pubblica Amministrazione si esprime con enunciazioni del tipo “Il soggetto x, poiché commerciante privo di licenza, deve pagare l’ammenda y entro il giorno t”, si vuole indirizzare il comportamento umano verso un risultato ben preciso: non siamo di fronte ad un “progetto razionale” che anticipa una serie indefinita di comportamenti, ma ad una semplice richiesta di esecuzione.

Gli attributi di astrattezza e di generalità, dunque, ci permettono di distinguere le “norme” dai “provvedimenti”: le prime hanno una forma “dispositiva” e costituiscono la base motivazionale dei secondi che hanno, invece, una forma limitatamente “imperativa”.

Nella sua ricerca il comparatista potrà riscontrare che tra le regole generali ed astratte (espresse dagli atti normativi) e le regole concrete (che trovano

¹⁵ Si esclude, pertanto, che le regole particolari e concrete possano essere espresse da atti normativi. Rispetto alle due classi intermedie che possono sorgere dalla combinazione delle due precedenti polarità (*regole generali e concrete, regole particolari ed astratte*) non si riscontra uniformità di opinioni in dottrina. Tuttavia, seguendo l’orientamento della letteratura da ultimo citata, sembra che l’elemento di distinzione determinante possa essere rintracciato nella tipologia di comportamento prescritto. Pertanto, gli atti che esprimono regole generali e concrete, sebbene si riferiscano ad una quantità di soggetti indeterminata, non possono essere definiti “normativi” dato che i comportamenti sono tutti previamente determinati; viceversa, gli atti particolari ed astratti «vengono sentiti come normativi». *Ivi*, p. 15.

applicazione con i provvedimenti) non vi è un “rapporto unico”. Questo perché l’esperienza giuridica nel suo complesso è scandita in ogni suo momento da differenti *livelli operativi*. Alcuni si collocano nell’ambito della “*scala della progettazione*” normativa e, dunque, interessano i rapporti tra atti normativi; gli altri riguardano l’“*attuazione*” di ciascuna scala del progetto, ossia l’applicazione delle disposizioni contenute negli atti normativi. Sotto il primo profilo si possono ricondurre i passaggi che operano «sul versante della formazione delle norme», ossia «quelli che consentono di passare da norme più generali a norme progressivamente più dettagliate, come ad esempio avviene quando una norma costituzionale è specificata ed attuata mediante una legge, oppure quando una legge è specificata ed attuata mediante un regolamento di esecuzione»¹⁶. Il secondo aspetto, ricomprenderà invece le più diverse ipotesi nelle quali l’operatore giuridico o i privati si trovino ad interpretare una qualsiasi norma giuridica.

La metafora del «diritto come progetto»¹⁷, dunque, ci insegna a guardare al discorso giuridico come un processo comunicativo che si sviluppa in più passaggi, nei quali dobbiamo distinguere due elementi: un “enunciato” ed una “decisione”. Il primo esprime quello che viene comunemente definito in dottrina “diritto teorico” e costituisce l’oggetto dell’attività di interpretazione. Dall’altra parte, invece, la decisione dà corpo alla nozione di “diritto vivente”, ossia «il complesso delle norme che in un dato momento storico hanno trovato attuazione mediante i comportamenti degli operatori»¹⁸, in altre parole, il risultato (storico) dell’attività interpretativa ed applicativa. La distinzione, oltre ad avere una finalità ricostruttiva della materia giuridica, ha un fondamentale rilievo pratico alla luce del fatto che normalmente (forse sempre, ma non è un problema che ora si vuole affrontare) «ad ogni disposizione corrispondono più norme congiuntamente»¹⁹.

L’osservatore che intende conoscere in che modo un determinato problema pratico è regolato in un ordinamento giuridico, dunque, non conseguirà alcuna risposta “*effettiva*” considerando il solo linguaggio normativo, ma dovrà prestare attenzione anche alla prassi applicativa. Nella sua ricerca inoltre, egli potrà constatare che ogni formulazione viene, a seconda dei casi, *specificata* attraverso un ulteriore atto normativo (si pensi alle leggi di interpretazione autentica o ad una legge che dà attuazione ad un’altra anteriore ma di portata più generale) oppure *applicata* direttamente alla fattispecie concreta. In ambedue le ipotesi, il risultato dell’operazione (che sia una regola generale ed astratta o una regola di comportamento concreta e puntuale) presuppone un’attività interpretativa. La differenza sta nel fatto che, mentre nel secondo caso segue

¹⁶ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*, cit., p. 10.

¹⁷ Vedi RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La Costituzione come Progetto Apicale e Generale*. In: *Le Fonti del Diritto*, oggi: *Giornate di Studio in Onore di Alessandro Pizzorusso*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 32.

¹⁸ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*, cit., p. 13.

¹⁹ Così GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 36.

l'esecuzione, nel primo il discorso giuridico è destinato a proseguire e quindi sarà richiesta un'ulteriore interpretazione.

Riassumendo le considerazioni fin qui svolte, possiamo affermare che la distanza tra una previsione normativa astratta e il comportamento concretamente comandato è colmata da una serie di "fasi intermedie" in cui «ci possiamo trovare di fronte ad altrettante coppie di disposizioni e norme», la norma elaborata nella precedente fase costituisce la disposizione da interpretare ed applicare nella fase successiva²⁰. Da ciò si possono dedurre due conseguenze: in primo luogo, con la sola eccezione della Costituzione, ogni atto normativo è al contempo un atto di *applicazione* (in quanto comportamento linguistico che interpreta una precedente norma giuridica) e un atto di *creazione* del diritto (in quanto si risolve nella formulazione di una nuova proposizione giuridica, generalmente di contenuto più specifico). In secondo luogo, l'eventualità che possano esistere una serie di "fasi intermedie" tra previsione ed attuazione fa sì che la norma giuridica (generale ed astratta), a cui si dà esecuzione, possa essere identificata, alternativamente, con il significato (ossia il contenuto di senso) di un singolo enunciato normativo o di un segmento di enunciati normativi o di una combinazione di enunciati normativi²¹.

3. LA STRUTTURA DEL DISCORSO GIURIDICO

Un linguaggio si ritiene "rigoroso" quando siano state fissate ed accettate dai comunicanti sia le regole che presiedono la "*formazione*" del discorso (ossia le modalità in cui possono essere utilizzate le parole e gli enunciati che di quel linguaggio fanno parte) sia le regole che presiedono la sua "*riproduzione*" (ossia le condizioni in cui è "valido" ricavare preposizioni "derivate" a partire da quelle "originarie")²².

In questo caso si può affermare che il discorso possiede una propria logica e coloro i quali vogliono interagire non possono far altro che dividerne le regole costitutive, se vogliono comunicare comprendendosi. La rigorosità del linguaggio, dunque, non determina la verità "oggettiva" di ciò che viene affermato, quanto piuttosto la sua essenza "intersoggettiva": la possibilità che il contenuto della comunicazione venga compreso col numero minor numero di fraintendimenti²³.

Il linguaggio normativo, da parte sua, presuppone l'esistenza di un'organizzazione sociale, ossia di una pluralità di soggetti di cui si vuole disciplinare la "vita in comune". Proprio per questo, nel loro complesso, gli enunciati che formano l'ordinamento sono "organizzati" con lo scopo garantire

²⁰ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*, cit., p. 16.

²¹ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 35.

²² Cfr. BOBBIO, Norberto. *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950, p. 345-346.

²³ *Ivi*, p. 352: «[...] il concetto non è una copia della realtà, ma un mezzo di comunicazione [...]. Quindi un concetto non è più o meno vero, ma più o meno utilizzabile a seconda del maggiore o minore rigore usato nello stabilire le sue regole d'uso».

la *produzione continua di regole di comportamento*. Anzitutto, si considerino le disposizioni che si rivolgono a coloro che, in quanto detentori del potere politico, presiedono l'attività di creazione delle norme generali. Il diritto progetta, infatti, anche il "comportamento" delle istituzioni pubbliche: definisce i poteri degli organi, le procedure di elezione o di nomina, il funzionamento, etc. Questo complesso di regole normalmente viene identificato con il "diritto pubblico" delle organizzazioni statali ed assumerà forme e contenuti diversi a seconda degli ordinamenti che si prendono in considerazione.

La constatazione appena compiuta ci permette di dedurre che non tutti gli enunciati che formano il discorso giuridico esprimono un obbligo o un divieto o un permesso, ma assumono anche altri contenuti di vario genere. A tal proposito si considerino, in primo luogo, gli enunciati che esprimono le "regole costitutive", le quali ricollegano ad un determinato fatto la capacità di produrre un determinato effetto giuridico, in modo che il primo si manifesta come condizione (fattuale o immateriale²⁴) del secondo. Appartengono a questa categoria le norme definitorie, le norme abrogatrici, le norme di interpretazione autentica²⁵: spesso l'effetto giuridico (il dover essere) che esse prescrivono contribuisce a formare la protasi, ossia l'antecedente logico, di altre regole (anche di comportamento) di carattere ipotetico²⁶. In secondo luogo, di notevole importanza sono le "regole attributive di competenza", ossia quelle che ci informano, rispetto ad una determinata "fonte-atto normativo", *chi* sia tenuto alla sua emanazione. Si tenga presente che l'autorità normativa indicata, normalmente, è legittimata a produrre quel determinato tipo di fonte in via esclusiva, cosicché tali regole, da un lato, vietano ad altre autorità normative di produrre quel tipo di "fonte-atto", dall'altro, forniscono un criterio di identificazione necessario (ma non sufficiente) della fonte in questione²⁷. Questo tipo di norme si differenzia sia dalle regole di comportamento, sia dalle regole costitutive: dalle prime in quanto l'attribuzione di un potere non implica di per sé alcun obbligo relativo al suo esercizio, dalle altre per il fatto che «attribuire un potere non è ricollegare un effetto (giuridico) ad un fatto, ma semmai stabilire chi ha il potere di produrre l'effetto»²⁸.

Ancor più spesso, però, le regole sulla competenza sono accompagnate da enunciati che esprimono un "dover essere" relativo *all'esercizio* del potere normativo: *al suo oggetto* e, talvolta, anche al *modo* in cui quest'ultimo deve essere disciplinato. Tali enunciati formano quelle che vengono definite dalla

²⁴ Vedi RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *L'atto Normativo*, cit., p. 39: «Il fatto (che la regola dice essere produttivo di quello specifico effetto con il suo solo accadere) può essere un fatto fisico-naturale [...] oppure un atto cioè qualcosa in quanto voluto da un soggetto[...]».

²⁵ Vedi GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 22.

²⁶ Ad esempio: "il soggetto A se è tutore legale di un soggetto minore allora è obbligato a provvedere all'educazione"; "il comportamento A se c'è abrogazione della norma che lo vieta allora è divenuto lecito"; "Se la norma x esprime il contenuto y allora y è il suo significato", ecc...

²⁷ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 28.

²⁸ Vedi RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *L'atto Normativo*, cit., p. 42.

dottrina “norme sulla produzione”, tra le quali si distinguono quelle che riguardano il dato “formale” e da quelle che riguardano l’aspetto “materiale” delle fonti cui si rivolgono. Al primo gruppo devono essere ricondotte le norme attributive di competenza e quelle che disciplinano il procedimento di formazione della fonte-atto. Nel secondo, invece, sono comprese le norme che circoscrivono o riservano l’oggetto di disciplina e quelle che limitano “direttamente” (attraverso comandi e divieti) o “indirettamente” (circoscrivendo le opzioni possibili al “legislatore”) il contenuto che può assumere la disciplina dettata da una fonte²⁹.

Le regole sulla produzione giuridica non si contrappongono alle altre per la loro struttura sintattica ma in quanto assumono la qualità di “norme sulle norme” o “norme di secondo grado”, dal momento che esse regolano appunto la formazione, l’interpretazione, ecc. delle disposizioni e delle norme che costituiscono l’ordinamento giuridico³⁰. Le regole costitutive e quelle attributive di competenza, dunque, non prescrivono alcun comportamento: il loro contenuto sussiste e si realizza senza che se ne richieda una concreta esecuzione, proprio perché si colloca su un piano ideale e non materiale. Diversamente, le regole sulla produzione “vengono o non vengono eseguite”: tuttavia, proprio per la loro funzione chiaramente strumentale rispetto alla formazione delle regole di comportamento “in senso stretto”, vengono distinte da queste ultime e definite “*norme secondarie*”. La funzione di queste *tre tipologie di regole*, dunque, è quella di dare forma e struttura tanto al sistema quanto al discorso giuridico, costruendo i “passaggi” necessari all’individuazione della norma giuridica (generale ed astratta).

4. L’EFFETTIVITÀ DELLA NORMA E LA VALIDITÀ DEL DISCORSO GIURIDICO

Il problema che di seguito verrà affrontato costituisce uno dei principali argomenti di confronto per i costituzionalisti a partire dal XX secolo fino ad oggi. Con le costituzioni del dopoguerra, infatti, si inizia a distinguere tra le norme sulla produzione che detengono una supremazia gerarchica, cioè derivata «dalla diversa forza politica che sta alla base delle manifestazioni di volontà dello Stato (Costituzione, legge, regolamento, ecc.)»³¹, e quelle la cui supremazia invece è «fondata su un rapporto di strumentalità logica rispetto alle norme prodotte»³².

Vi è da dire che in molti casi è possibile incontrare norme sulla produzione munite di una superiorità, oltre che “logica”, anche “gerarchica” rispetto alle fonti di produzione a cui si riferiscono: così, ad esempio, nell’ordinamento italiano la

²⁹ Per esigenze di sintesi, si preferisce schematizzare così le classificazioni della dottrina giuridica. Per un approfondimento ulteriore, cfr. GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 27-33.

³⁰ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*, cit., p. 18. Dello stesso A., cfr. *Delle Fonti del Diritto*. In: SCIALOJA e BRANCA (a cura di). *Commentario al Codice Civile*, Bologna-Roma: Zanichelli, 1977, p. 6.

³¹ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto*, cit., p. 12.

³² *Ivi*, p. 11.

Costituzione e i regolamenti parlamentari che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi, mentre, a loro volta i regolamenti governativi trovano la loro disciplina in atti legislativi (come in Italia, nella L.400/1988). Tuttavia, la “gerarchia basata sul carattere strumentale delle norme” non necessariamente opera in parallelo a quella “basata sull’efficacia delle norme” stesse³³. Il diritto, in quanto discorso, presuppone necessariamente una sua logica formale, mentre la norma giuridica, in quanto progetto, ne presuppone un’altra di contenuto più ampio che la comprenda e le dia fondamento. Il fatto che poi quest’ultima venga espressa da fonti dotate di “forza” maggiore secondo la gerarchia materiale, è un dato riscontrabile negli ordinamenti dotati di una Costituzione “rigida”, mentre in quelli aventi Costituzione “flessibile” la gerarchia rimane soltanto sul piano “strutturale” o “formale”³⁴. In ogni sistema giuridico, pertanto, si possono rintracciare norme secondarie, a prescindere dal rango da esse concretamente assunto³⁵.

L’esistenza di una norma, dunque, implica la sua appartenenza ad un qualche ordinamento giuridico e generalmente troverà fondamento sulle “norme secondarie” di quest’ultimo, giacché ciascun ordinamento ne possiede. Tuttavia, questa ricostruzione non basta a dare spiegazione di due questioni. In primo luogo, anche ammesso che vi sono delle norme sulla produzione che, a loro volta, trovano fondamento in altre norme sulla produzione³⁶ (di rango pari o superiore), è chiaro che non si può procedere in un regresso all’infinito: dunque, devono necessariamente esistere delle norme “auto fondate”. In secondo luogo, il rapporto tra norme “primarie” e “secondarie” non è un rapporto “necessario”, in quanto è possibile riscontrare delle regole di comportamento che non trovano fondamento alla luce delle norme sulla produzione e vengono pertanto chiamate «*extra ordinem*». Si pensi alla regolarità con cui nell’ordinamento italiano veniva data applicazione, anche in caso di manifesta antinomia con le leggi nazionali, al diritto comunitario derivato (regolamenti e direttive): la presenza di questa fonte, legittimata dalla

³³ Anzi, vi è un unico caso in cui ciò avviene necessariamente: «è quello delle norme istitutive di singole fonti [...] le quali non possono assegnare agli atti normativi o alle norme derivanti dalle fonti che istituiscono, un’efficacia superiore alla propria». Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto*, cit., p. 9.

³⁴ Si distingue pertanto tra una relazione di gerarchia “formale”, ossia quando il rapporto di dipendenza si manifesta solo sul piano (strutturale) della “costruzione” del sistema giuridico e una relazione di gerarchia “materiale” o “contenutistica” in base alla quale le norme di rango inferiore non possono assumere contenuto contrastante con quelle di rango superiore. Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come Linguaggio*. 2. ed., Torino: Giappichelli, 2006. p. 96.

³⁵ Cfr. ESPOSITO, Carlo. *Validità delle Leggi: Studi sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. Padova: CEDAM, 1934, 59 e ss.

³⁶ Ad esempio, la L. 400/1988 che disciplina la potestà regolamentare del Governo, in quanto fonte primaria, trova fondamento sulle norme della Costituzione che disciplinano il procedimento legislativo (art. 70 e ss.). Allo stesso modo, fino alla riforma costituzionale del 2001, non esistendo alcun riferimento costituzionale alle fonti comunitarie derivate (regolamenti e direttive), si riteneva che queste trovassero il loro fondamento nella legge di ratifica dei Trattati. In questo modo però si smentiva chiaramente il principio per cui nessuna fonte può istituire un’altra di rango superiore.

giurisprudenza costituzionale con una interpretazione piuttosto ampia dell'art. 11 Cost.³⁷, è stata formalizzata soltanto nel 2001, con la modifica dell'art. 117 Cost. Allo stesso modo si potrebbe prendere in esame una tendenza che si è affermata recentemente in diversi paesi e che è inscrivibile nell'ambito della *lex mercatoria* transnazionale: la primazia del diritto arbitrale sulle fonti legislative. Al di là del forte incremento del numero dei paesi firmatari della *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958)³⁸, è opportuno registrare un dato significativo che ci permette di comprendere in pieno l'attualità del problema del riconoscimento delle fonti *extraordinem*. Il limite della liceità delle decisioni arbitrali si sta infatti progressivamente riducendo, come in Canada o in Svizzera dove le rispettive Corti Supreme hanno stabilito che i lodi possono essere respinti solo se contrari all'«*ordine pubblico*», mentre possono sicuramente prevalere sulle leggi che non sono riconducibili a tale concetto³⁹.

Alla luce di queste considerazioni possiamo ribadire che nessun sistema giuridico può trovare la spiegazione della sua esistenza in sé stesso e che, invece, necessariamente la sua fondazione risiede nei “fatti sociali”, ossia in fatti e attività dei membri di una determinata comunità. Più precisamente, in diversi casi, la produzione di norme non avviene all'interno della logica del sistema giuridico, ma attraverso un percorso “pratico”. Tutto ciò malgrado le fonti *extra ordinem* costituiscano una “anomalia” all'interno dell'esperienza giuridica, dal momento che la loro esistenza costituisce una deroga al principio della “certezza” del diritto⁴⁰, senza la quale diviene superfluo “progettare comportamenti futuri” attraverso enunciati prescrittivi.

La complessità della fenomenologia giuridica, dunque, non si può districare soltanto attraverso la logica del linguaggio normativo: occorre fuoriuscire dal sistema e considerare le norme in base alla loro “effettività”, ossia alla materiale accettazione ed osservanza da parte della generalità dei consociati.

Il “principio di effettività”, tuttavia, assume un diverso connotato a seconda che venga chiamato a dare giustificazione alle fonti sulla produzione (e, di conseguenza, all'intero ordinamento) oppure a norme singole (le fonti *extra ordinem*). Nel primo caso, il principio di effettività viene in rilievo quale «base razionale, di tutto il sistema di produzione del diritto [...] cioè come la norma fondamentale del sistema delle norme sulle fonti, che ha il suo grado successivo nel complesso delle norme sulla produzione giuridica ed il terzo nelle norme prodotte»⁴¹. Diversamente, con riferimento ad una singola norma

³⁷ Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale 98/1965, 232/1975 e 170/1984. Su questo tema cfr. GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 474.

³⁸ Alla fine del 2014 la Convenzione conta 154 paesi firmatari: più di un terzo di questi ha aderito dopo l'inizio del nuovo millennio, più della metà dopo la caduta dell'Unione Sovietica.

³⁹ Per approfondimenti sul tema cfr. PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 103.

⁴⁰ Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto*, cit., p. 21.

⁴¹ *Ivi*, p. 11-12.

il principio di effettività ci indica che essa «deve considerarsi giuridicamente esistente anche se non risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente», in quanto generalmente accettata ed osservata dai destinatari; oppure, «non può considerarsi giuridicamente esistente anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente qualora non sia per nulla accettata ed osservata dai suoi destinatari»⁴². Esiste, pertanto, un limite al “discorso giuridico” dal momento in cui si può riscontrare un fondamento extralegale, non solo per l'intero ordinamento, bensì anche per la singola norma. Il principio di effettività non si ricava da norme giuridiche, bensì dai fatti o, come è stato detto⁴³, dalla “necessità”: esso nulla ci dice rispetto alla norma a cui si riferisce, se non che “opera effettivamente”, ossia che viene accettata ed osservata dai suoi destinatari. Il “progetto” disegnato dalle norme sulla produzione viene così interrotto e il discorso giuridico ricomincia da premesse differenti e non conformi con quelle delle restanti fonti del diritto che seguono la gerarchia formale e materiale vigente nell'ordinamento giuridico.

In questo senso, le fonti *extra ordinem* sono state definite «fonti originarie»: la loro creazione è avvenuta in assenza di limiti e di pretese di correttezza rispetto ad una qualsiasi altra norma. Sono piuttosto il prodotto di un potere *costituente*, il quale non può che trovare fondamento nella “materiale necessità” manifestatasi nel corso della *storia*.

L'esistenza della norma giuridica, dunque, “richiede assai meno” della sua validità. Poniamo il caso in cui un atto normativo sia stato prodotto da un organo palesemente incompetente o vi siano state evidenti violazioni delle norme sulla procedura di produzione nel suo processo di creazione: potremmo dire che l'atto normativo è invalido, ma da questa affermazione non possiamo dedurre che non esista alcuna norma. Si ponga l'ipotesi, sicuramente eccezionale, in cui per un qualsiasi motivo l'invalidità dell'atto non venga rilevata dall'organo competente e il suo *contenuto* venga comunque osservato ed accettato dalla generalità dei cittadini. In questo caso, esattamente come per le fonti *extra ordinem*, saremmo di nuovo davanti ad un riconoscimento “*ex post*” della norma. Si è parlato, pertanto, di «effettività legittimante» proprio con riferimento alla capacità che ha il principio in questione di “rovesciare” i tempi della produzione giuridica e, dunque, la sequenzialità logica tra le norme sulla produzione e quelle di comportamento. Il fatto normativo fondato sul principio di effettività è stato definito «normogeno bivalente» poiché esprime, in due differenti momenti, sia la norma prodotta che la norma sulla produzione: quest'ultima, infatti, «è espressa a posteriori», ossia «dallo stesso fatto normativo all'atto del suo affermarsi»⁴⁴.

⁴² Vedi GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 75.

⁴³ Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto*, cit., p. 11; cfr. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II. Padova: CEDAM, 1993, p. 193 e ss.; cfr. MODUGNO, Franco. *Appunti dalle Lezioni sulle Fonti del Diritto*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 168 e ss.

⁴⁴ Cfr. MODUGNO, Franco. *Appunti dalle Lezioni sulle Fonti del Diritto*, cit., p. 167.

4.1 L'unità dell'ordinamento e l'applicazione delle Disposizioni

Il termine della comparazione deve essere contestualizzato nella complessità e nella totalità delle fonti del diritto presenti in un dato ordinamento. È opportuno considerare, infatti, che «l'esistenza (e la stratificazione) di una pluralità di fonti influisce sul procedimento metodologico: il comparatista deve esaminare l'oggetto del suo studio nei diversi livelli di soluzione in rapporto alla scala gerarchica in cui le fonti trovano collocazione»⁴⁵. In altre parole, nel momento in cui ci addentriamo in un altro ordinamento giuridico, la conoscenza delle norme sulla produzione ci permette di entrare in contatto con le *condizioni di validità* del discorso giuridico all'interno di quell'ordinamento stesso.

In realtà, dovremmo ammettere che la validità non è tanto un prodotto delle norme, quanto piuttosto delle tesi della dottrina che studia quel determinato ordinamento. Il concetto di validità è dunque necessario alla dogmatica giuridica per assicurare l'*unità* del sistema⁴⁶, la quale si realizza per mezzo della gerarchia strutturale e materiale, nonché, prima ancora, per mezzo del criterio "cronologico" *lex posterior derogat priori*.

A tal proposito, si parla di "*validità formale*" di un atto normativo quando sono state rispettate le norme sulla produzione poste alla base *struttura dinamica* dell'ordinamento, ossia le regole che individuano l'organo legittimato all'esercizio del potere normativo in relazione ad determinata fonte del diritto (regole attributive di competenza) e le regole che disciplinano il procedimento di esercizio del potere normativo stesso. L'oggetto del giudizio di validità formale è pertanto l'atto normativo in sé, ossia il "contenitore" della norma (anche se è logico che poi, l'eventuale dichiarazione di invalidità dell'atto, impedisca di produrre qualsiasi effetto anche al suo contenuto).

Il giudizio di *validità materiale*, invece, si rivolge direttamente al "significato" dell'atto normativo, ossia le norme in senso stretto ricavate dalla disposizione. In questo senso, la norma è materialmente valida quando si trova in una relazione di *non incompatibilità* con le norme giuridiche derivate da fonti gerarchicamente superiori.

L'obiettivo dell'unità dell'ordinamento giuridico, dunque, non può che essere rimandato al momento dell'applicazione, per due ragioni. In primo luogo, poiché così residueranno solo le "antinomie materiali", ossia le contraddizioni tra norme che non possano essere ordinate secondo il criterio cronologico o di competenza (territoriale o materiale). In secondo luogo, perché, posto che il principio di certezza richiede che la norma concreta ed individuale possa essere soltanto una, è ugualmente riscontrabile che «si danno effettivamente [...] diverse e discordanti ricostruzioni dell'unità dell'ordinamento, quindi diverse possibili soluzioni delle antinomie che in questo si manifestino, in funzione del diverso significato attribuibile alle varie norme»⁴⁷.

⁴⁵ Vedi SCARCIGLIA, Renato. *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato*. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 80.

⁴⁶ *Ivi*, p. 206.

⁴⁷ *Ivi*, p. 209.

L'interpretazione costituisce quindi il principale terreno di prova delle varie ricostruzioni del sistema giuridico, le quali necessariamente influiscono sulla individuazione della norma relativa al caso concreto. Ovviamente la questione assume un'importanza fondamentale con riferimento alla validità materiale, dal momento che ogni disposizione può esprimere alternativamente o congiuntamente più "significati", ossia più norme, delle quali può darsi che solo uno o alcuni abbiano un contenuto non contrastante con le norme sovraordinate. È evidente a tal proposito la centralità assunta dalle "sentenze interpretative" dei tribunali costituzionali, i quali, pronunciandosi sui possibili significati di una disposizione, possono dichiarare l'invalidità di una o più norme facendo tuttavia "salva" la disposizione nel suo insieme. Soltanto quando nessuno dei significati ricavabili dall'enunciato linguistico non sia contrastante con le norme materialmente sovraordinate, l'invalidità colpirà l'intera disposizione⁴⁸.

5. L'INTERPRETAZIONE DEL LINGUAGGIO NORMATIVO

La costruzione di un discorso giuridico in relazione alla soluzione di un caso concreto costituisce uno dei problemi principali dell'esperienza giuridica. Il giudice, ad esempio, non ha soltanto il dovere di individuare la regola di comportamento, ma deve anche giustificare perché ritiene che quella sia la *sola* validamente applicabile. La motivazione della sentenza, in questo senso, dovrebbe ricostruire l'iter logico che ha portato alla definizione della disposizione (la norma generale e astratta) dalla quale è stata ricavato il dispositivo della sentenza (la norma puntuale e concreta)

Come già abbiamo detto, la ricerca delle disposizioni normative e la loro interpretazione è contraddistinta da una notevole quantità di variabili che sono determinate dalla *percezione* del tessuto normativo maturata dall'interprete⁴⁹. La "descrizione", ossia il complesso di enunciati che esprime la percezione, acquista un valore "intersoggettivo" in quanto "accettata" dagli altri partecipanti al dialogo⁵⁰. Dati questi presupposti, si potrà argomentare che la maggiore o minore estensione del "consenso" attorno ad una determinata "comprensione"

⁴⁸ In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale italiana (sent. 448/2007), affermando che «nessuna disposizione di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo perché suscettibile di essere interpretata in contrasto con i precetti costituzionali, ma dev'esserlo soltanto quando non sia possibile attribuirle un significato che la rende conforme alla Costituzione».

⁴⁹ Nel momento in cui inizia la comunicazione si sviluppa attraverso il "dialogo" una «produzione teorica multipla». Ciò avviene in quanto, «per cogliere i fenomeni che li circondano e li preoccupano, ma anche per consentire l'esistenza di una comunicazione sociale, gli uomini producono dei "discorsi"», vedi MIAILLE, Michel. *Introduzione allo Studio Critico del Diritto*. Roma: Savelli, 1979, p. 23. A ciò si aggiunga, come si è chiarito e si provvederà ad approfondire, che, se intendono "comunicare comprendendosi", gli uomini non possono fare a meno stabilire delle regole circa la "formazione" e la "riproduzione" dei loro discorsi.

⁵⁰ Così, come osserva BOBBIO, Norberto. *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*, cit., p. 346, «la scienza ha inizio con la formazione del cosiddetto linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva».

circa l'oggetto del discorso è definita dalla maggiore o minore "correttezza" degli atti linguistici che la descrivono. Ciò vale per tutti i tipi di dialogo: com'è stato autorevolmente rilevato, anche in ambito scientifico la fondatezza dei risultati di una ricerca richiede la *razionalità* del linguaggio con la quale essa viene comunicata che si verifica qualora «le [...] preposizioni costituiscano un sistema coerente di enunciati»⁵¹.

Venendo alla scienza giuridica, l'oggetto di studio del giurista sono le regole di comportamento, le quali, a partire dall'epoca illuminista, sono per la maggior parte formulate in preposizioni scritte, in opposizione alla tradizione medievale in cui, invece, vi era una prevalenza della fonte consuetudinaria. Il compito del giurista, pertanto, è quello di «trasformare il discorso legislativo in un discorso rigoroso»⁵². Così, mentre nelle scienze naturali gli enunciati del discorso degli studiosi riguardano "fatti" ed "eventi" reali, nella scienza giuridica l'oggetto della descrizione sono le "parole" dell'autorità normativa⁵³. L'interpretazione è pertanto l'insieme delle operazioni intellettuali che hanno come obbiettivo la specificazione del significato delle disposizioni normative: il "medium" tra la *comunicazione* del legislatore e la *comprensione* da parte dell'autorità operante⁵⁴.

È opportuno richiamare un'ulteriore precisazione compiuta in apertura: il diritto oggettivo (le norme ricavabili dalle disposizioni), è costituito da enunciati appartenenti al discorso prescrittivo (né veri né falsi, ma soltanto eseguibili), mentre la dottrina giuridica, nella misura in cui sviluppa un discorso scientifico, utilizza enunciati "descrittivi" (veri o falsi). Questa constatazione ci permette di comprendere una delle principali problematiche dell'interpretazione giuridica⁵⁵.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*, cit., p. 346.

⁵² *Ivi*, p. 350.

⁵³ «Le scienze naturali sono discorsi che hanno ad oggetto fatti non linguistici o extra linguistici[...]. Il linguaggio della scienza [naturale] è ontologicamente eterogeneo rispetto al suo oggetto». La scienza giuridica, invece, «è un discorso che ha ad oggetto nulla più che un altro discorso». Vedi GUASTINI, Renato. *Il Diritto come Linguaggio*, cit., p. 211.

⁵⁴ Cfr. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Comunicare, Comprendere, Interpretare nel Diritto*, cit., p. 694. Ai fini del ragionamento che si intende fare in questo paragrafo si ritiene sufficiente non approfondire ulteriormente circa il significato del termine "interpretazione". Vengono qui condivise, a tal proposito, le osservazioni dell'A., per il quale spesso si usa ricondurre sotto la parola interpretazione «cose troppo diverse» (*ivi* p. 722), mentre in realtà andrebbero almeno distinte quelle attività attraverso le quali, come vedremo, si "aggiungono frammenti di testo" alle preposizioni normative. A tal proposito, è stato messo in luce che una prima importante distinzione va compiuta tra coloro che adottano un "concetto ristretto di interpretazione", per i quali essa avrebbe luogo solo nei casi in cui «il testo [risulta] oscuro o in una situazione di dubbio applicativo» e coloro che, invece, sostengono che l'interpretazione vi è sempre in quanto la decisione attorno al significato rappresenta un «presupposto necessario per l'applicazione», vedi GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come Linguaggio*, cit., p. 129. Il secondo orientamento coglie, in linea di principio, la contrapposizione tra l'elemento *semantico* e *pragmatico*, per cui qualsiasi attribuzione di significato venga compiuta nei confronti di un testo normativo, essa deve sempre trovare giustificazione alla luce della fattispecie concreta a cui si vuole applicare.

⁵⁵ STAFFEN, Marcio Ricardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Dostoiévski e a Polifonia do Direito: o eterno marido na era das súmulas vinculantes*. São Leopoldo: RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, n° 2, p. 182-190, 2011.

Il punto di partenza dal quale i giuristi sono soliti costruire una logica del discorso giuridico è l'analisi del linguaggio legislativo e, dunque, dalle regole che stabiliscono l'utilizzo delle parole espresse dagli enunciati dell'autorità normativa e delle regole di produzione delle preposizioni "derivate". Rispetto alle prime, occorre precisare che gran parte dei termini del discorso legislativo seguono le regole di utilizzo del linguaggio comune. Va altresì detto, tuttavia, che vi sono parole che richiamano concetti di una certa rilevanza per il linguaggio normativo o che non vengono usate secondo la prassi comune e, pertanto, si esige un maggior grado di rigosità nella loro specificazione⁵⁶. Quanto alle "regole di trasformazione", come si è visto, il diritto, esattamente come disciplina i comportamenti umani, regola la sua stessa creazione e riproduzione: le norme sulla produzione ed i criteri ordinatori delle fonti costituiranno pertanto i punti di riferimento attraverso i quali il giurista dà luogo a costruzioni teoriche relative alle qualità della norma ("validità/invalidità", "efficacia/inefficacia", "esistenza/inesistenza", etc.).

Ricomponendo il quadro d'insieme fin qui descritto, possiamo distinguere due livelli di discorso giuridico: quello del legislatore e quello della scienza giuridica. Pertanto, si tratta ora di comprendere quali relazioni si instaurano tra linguaggio legislativo e linguaggio della dottrina, nonché quali pretese di correttezza il secondo può vantare rispetto al primo.

Per iniziare, si tenga presente che, per la qualità degli enunciati che esprimono, il discorso del legislatore e quello della dottrina sono cose ben diverse. Allo stesso modo, tuttavia, questa differenza è destinata ad offuscarsi nel momento in cui si dà applicazione al primo. Nei ragionamenti giuridici gli enunciati che formano le premesse e le conclusioni del discorso non sono "norme", ma "proposizioni normative"⁵⁷, ossia enunciati che asseriscono determinate qualità delle norme. Un conto è «l'asserto che afferma che il diritto dispone una certa cosa, ed è una preposizione normativa vera o falsa», un altro è l'asserto che prescrive o dispone alcunché, ossia la norma giuridica di cui si può dire solo se sia stata eseguita o meno⁵⁸. Tuttavia, se le regole di comportamento «siano prive di valori di verità, non sono però prive di valori di verità le preposizioni che vertono su di esse»⁵⁹. Di conseguenza, le regole

⁵⁶ Si pensi a parole come «buon costume», «proprietà», «utilità sociale» o «finalità sociali», ecc... È da notare che spesso, in ambito dottrinale, si usa circoscrivere o specificare il loro "contenuto" mediante il collegamento con altri enunciati normativi, gerarchicamente o materialmente subordinati.

⁵⁷ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come Linguaggio*, cit., p. 192. Sul punto, si veda anche BULYGIN, Eugenio. *Il Positivismo Giuridico*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 89, il quale distinguendo tra *norme* e *proposizioni normative*, sostiene il carattere sostanzialmente descrittivo di queste ultime che, pertanto, potranno dirsi "normative" in quanto "relative a norme", ossia poiché «affermano che una determinata norma esiste, appartiene ad un determinato ordinamento, è applicabile ad un certo caso, o è efficace». L'A. sviluppa queste riflessioni sulla scorta della teoria di VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma e Azione. Un'analisi Logica*. Bologna: Il Mulino, 1989; successivamente ripresa e sviluppata anche da ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo. *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*. In: *Logique et Analyse*, 12, 1969.

⁵⁸ Cfr. BULYGIN, Eugenio. *Il Positivismo Giuridico*, cit., p. 41.

⁵⁹ Vedi GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come Linguaggio*, cit., p. 190 e ss.

della logica potranno applicarsi alle norme indirettamente, «per il tramite delle preposizioni normative che le ripetono e le descrivono»⁶⁰.

I valori di verità possono dunque trasmettersi alle norme *in via riflessiva* per mezzo dei discorsi della scienza giuridica che aspirano a soddisfare una pretesa di correttezza. Ma costruire un insieme di enunciati “coerente” e “unitario” è utile anche a ridurre i rischi di incomprendimento tra l'autorità normativa e gli organi dell'applicazione: il processo conoscitivo della dottrina dunque viene sistematicamente trasferito nella pratica del diritto. Si pensi a come la dottrina interviene nel processo di interpretazione del significato delle disposizioni, da un lato, mediante la selezione degli usi linguistici *validi* (tra i quali dunque troveremo non solo quelli posti dall'autorità normativa⁶¹, ma anche quelli indicati dalla scienza giuridica stessa), dall'altro, attraverso i suoi contributi in merito alla volontà e dalle finalità perseguite dall'autorità normativa⁶². Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, l'interpretazione non fuoriesce dal contesto linguistico: qualsiasi indagine circa lo “spirito” di un determinato istituto o “l'intenzione del legislatore” dovrà necessariamente prendere le mosse dagli enunciati normativi in materia o, meglio, dalle “preposizioni normative” che ne descrivono il contenuto⁶³: la “sistemazione dei concetti” svolta dalla dottrina giuridica adempie esattamente a tale scopo.

Questo rilievo è assai importante per il giurista che intende studiare il diritto costituzionale di altri paesi, in quanto lui stesso non potrà fare a meno di interpretare le disposizioni che incontra nella sua ricerca. Di conseguenza, è evidente che sarà tenuto a conoscere il metodo ermeneutico utilizzato nell'ordinamento oggetto del suo studio⁶⁴.

In conclusione, in astratto non sarebbe necessario fuoriuscire dal linguaggio dell'autorità ed immergersi in altri campi della scienza (la filosofia, la sociologia, l'etica, ecc...) per definire il significato del linguaggio legislativo: è evidente che il diritto conosce e “fa proprie” valutazioni del campo “morale” o di altre discipline scientifiche. Cionondimeno, gli organi dell'applicazione sono soliti modificare i contesti linguistici al fine di conferire un significato nuovo alle disposizioni e di adattare il discorso normativo ai mutamenti della realtà⁶⁵.

⁶⁰ Vedi GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come Linguaggio*, cit., p. 192.

⁶¹ Ad esempio, l'art. 12 delle “preleggi” del codice civile.

⁶² Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. *Presentazione*. In: BULYGIN, Eugenio. *Il Positivismo Giuridico*, cit., p. LX.

⁶³ Sul punto si veda BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica e Analisi del Linguaggio*, cit., p. 354-5, per il quale «il passaggio dall'interpretazione della lettera all'interpretazione dello spirito non rappresenta altro che l'estensione delle indagini sull'uso della parola in questione a contesti di preposizioni sempre più numerose e via via sempre meno affini al contesto iniziale».

⁶⁴ Cfr. SCARCIGLIA, Renato. *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato*, cit., p. 60.

⁶⁵ Senza che ciò determini, come si è detto, che il linguaggio normativo si “colorisca” di preposizioni provenienti da altri rami delle scienze umane. Qui si vuole affermare che i mutamenti della realtà influiscono sulla scelta delle argomentazioni degli organi dell'applicazione, non che le premesse normative del ragionamento giuridico vadano interpretate facendo rinvio a preposizioni o ricerche di altri rami delle scienze.

5.1 L'argomentazione e la Manipolazione del Linguaggio Normativo

Qualora si ipotizzi un linguaggio legislativo unitario e coerente, la *ricerca* della disposizione da applicare non dovrebbe dar luogo ad esiti incerti⁶⁶: essa sarà rintracciabile seguendo le "indicazioni" offerte dagli enunciati dell'autorità normativa.

Nella prassi giuridica, tuttavia, è possibile registrare due situazioni alternative: in alcuni casi, agli occhi dell'organo dell'applicazione, l'ordinamento "fornisce" in modo chiaro e inequivoco la regola di comportamento relativa al caso concreto, in altri, invece, permangono degli elementi di incertezza.

È stato osservato che, generalmente, questa seconda circostanza può verificarsi per tre ragioni: in primo luogo, può darsi che dalle disposizioni non possa ricavarsi alcuna norma che si riferisca al caso (*lacuna normativa*); in secondo luogo, è possibile che nell'ordinamento esistano due o più norme riconducibili alla fattispecie concreta, ma che esse manifestino soluzioni contrastanti (*contraddizione normativa*); infine, si può riscontrare una norma applicabile al caso concreto, ma la sussunzione risulta essere impraticabile a causa dell'indeterminatezza dei concetti utilizzati dal legislatore nel descrivere la fattispecie astratta (*lacuna di riconoscimento*)⁶⁷.

Come abbiamo già anticipato a proposito del giudizio di validità delle norme giuridiche, il momento dell'*applicazione* costituisce una "verifica" sull'unità e la coerenza dell'ordinamento giuridico. Immaginiamo, pertanto, il possibile atteggiamento del giudice nelle situazioni appena descritte. In ognuna di queste ipotesi, l'intervento del giudice si risolve in una "innovazione" del diritto⁶⁸: nel caso in cui riscontri una lacuna normativa sarà costretto ad "aggiungere" una (nuova) norma relativa al caso specifico (ricavata per analogia da casi simili o da disposizioni di principio o altro ancora); nel caso di

⁶⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica e Analisi del Linguaggio*, cit., p. 350. L'A., tuttavia, illustra la possibilità che nel linguaggio normativo, così come nei discorsi concernenti altri campi scientifici, si presentino lacune ed antinomie, senza che ciò comporti il "crollo" del sistema scientifico: *ivi* p. 362.

⁶⁷ Cfr. BULYGIN, Eugenio. *Il Positivismo Giuridico*, cit., p. 64.

⁶⁸ La risposta dovrebbe essere differenziata a seconda degli ordinamenti che si prendono in considerazione, dal momento che, in linea teorica, il giudice potrebbe "non esprimersi" ed evitare di "creare" una nuova norma. Cionondimeno, nell'ordinamento italiano (art. 12 delle "preleggi" del Codice civile) il giudice è tenuto comunque a far ricorso alle «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» oppure «ai principi generali dell'ordinamento giuridico» nell'ipotesi in cui non vi sia una disposizione specifica che regoli la fattispecie concreta. Questo tipo di risposta al problema delle "lacune normative" è condiviso da diversi ordinamenti ed è coerente con la tradizione liberale dello Stato di diritto. Il codice napoleonico, infatti, allo scopo di impedire che il giudice facesse ricorso a riferimenti normativi "esterni" (in particolare alla tradizione giuridica legata al periodo precedente la Rivoluzione) all'art. 4 stabiliva che «il giudice che rifiuterà di giudicare, con il pretesto del silenzio, dell'oscurità, o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di diniego di giustizia». Da queste basi, sorgerà la tradizione interpretativa del "corredato disposto" e del riferimento "alle intenzioni del legislatore", quali strumenti ulteriori finalizzati a chiarire il significato delle disposizioni.

conflitto tra due norme il giudice dovrà “scegliere” di applicarne una escludendo le restanti; nell’ultima ipotesi, infine, il giudice, decidendo se ricondurre o meno la fattispecie concreta in quella astratta prevista in via legislativa, allarga o restringe la “descrizione” di quest’ultima.

Questi esempi ci permettono di affermare che ogniqualvolta il giudice riscontri una lacuna o un’antinomia nel linguaggio normativo la sua attività di interpretazione si dissocia dalle regole del discorso legislativo: attraverso la sua argomentazione egli acquista la legittimazione a “creare” la norma nel caso concreto.

Nel tentativo di offrire delle conclusioni (necessariamente) approssimative, si potrebbe sostenere che nelle operazioni di applicazione degli operatori giuridici è opportuno distinguere tra “un’attività interpretativa” ed una che andrebbe più propriamente definita “manipolativa” o “creativa”⁶⁹.

La prima si risolve nell’identificazione dei significati che esprimono le disposizioni secondo le regole ermeneutiche comuni. Essa, pertanto, ha uno scopo “cognitivo” in quanto informa l’interprete che una determinata disposizione (D), sul piano linguistico, può essere “compresa” in modi differenti e, dunque, esprimere differenti contenuti prescrittivi⁷⁰. All’interno della “cornice” di significati (ad esempio: N1, N2, N3) ricavati dall’interpretazione cognitiva, l’operatore giuridico *deciderà* la norma (ad esempio: N2) che utilizzerà come giustificazione del provvedimento concreto.

Ora, può anche darsi che la scelta dell’operatore giuridico ricada al di fuori della “cornice” di significati ricavabile secondo le tecniche interpretative in uso. In questo caso sono due gli elementi che vengono in rilievo: in primo luogo, il fatto che in tal modo si procede alla creazione di una norma “inespressa” in quanto non ricavabile dalla disposizione (D); in secondo luogo, la norma risultante (poniamo: N4), costituisce una “*creazione in senso forte*” del tutto analoga ad un qualsiasi atto di produzione normativa⁷¹. Da parte sua l’interprete potrà argomentare che in realtà la manipolazione venga compiuta allo scopo di applicare una certa disposizione: egli nega di voler *prescrivere* un qualcosa, ma afferma di voler semplicemente *spiegare* il significato di una disposizione. In altri casi, al contrario, si dichiara l’intento di *aggiungere, sostituire, rimuovere* dei frammenti linguistici, allo scopo di adeguare l’applicazione della disposizione a determinati principi di giustizia. A prescindere dalla motivazione che verrà utilizzata, in entrambe le ipotesi non si argomenta al fine di raggiungere un significato, bensì al fine di creare una diversa preposizione dalla quale si possa estrarre una norma che presciva qualcosa di diverso e che non era ricavabile dalla preposizione originaria⁷².

⁶⁹ Cfr. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Comunicare, Comprendere, Interpretare nel Diritto*, cit., p. 714.

⁷⁰ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto*, cit., p. 403.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cfr. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Comunicare, Comprendere, Interpretare nel Diritto*, cit., p. 724-725.

6. CONSIDERAZIONI FINALI – L'INTERPRETAZIONE COME “SCOPERTA” E COME “CREAZIONE”

Nell'ordinamento italiano soltanto la Corte Costituzionale potrebbe legittimamente praticare il tipo di operazioni di cui si è appena parlato. Pertanto, di fronte ad un caso concreto, a meno che non sussistano “lacune” o “contraddizioni” tra le disposizioni, l'ordinamento non permetterebbe ai giudici comuni di “manipolare” le premesse normative.

I giudici sarebbero quindi “obbligati” ad applicare quanto il diritto dispone nel caso in cui l'ordinamento detti in maniera univoca disposizioni relative al caso concreto.

Cionondimeno, occorre puntualizzare alcuni aspetti della questione al fine di evitare fraintendimenti. Anzitutto, l'obbligatorietà è un attributo che attiene al linguaggio prescrittivo, ossia alla norma giuridica, e non alle preposizioni normative, che sono invece enunciati del linguaggio descrittivo. Come è stato detto, per l'identificazione di una prescrizione non è sufficiente un'indagine semantica: affinché si possa dire di una disposizione che essa “appartiene” all'ordinamento giuridico, e sia perciò “esistente”, è necessario che sia *effettivamente usata* per prescrivere (indagine pragmatica).

Il *diritto “vivente”* non può essere logicamente dedotto dal testo delle preposizioni, nemmeno nel caso in cui esse presentino un testo privo di ambiguità, dal momento che l'univocità semantica non coincide e non garantisce l'*effettività* della norma giuridica. Il risultato dell'interpretazione, come si è visto, dipende anche dalle argomentazioni messe in campo dall'operatore giuridico in merito alla coerenza e alla completezza dell'ordinamento (a prescindere dal fatto che esse trovino o meno fondamento su un concetto giuridico o morale di giustizia). Sul piano pragmatico, pertanto, tutte le disposizioni sono potenzialmente ambigue, anche se semanticamente univoche.

Le tecniche argomentative sono gli strumenti attraverso i quali l'interprete, a seconda dei casi, “*crea*” o “*colma*” le lacune giuridiche qualora non ritenga di aver riscontrato sufficiente univocità nel linguaggio normativo⁷³. Così, ad esempio, viene creata una lacuna quando si interpreta un termine in senso “restrittivo” o mediante l'argomento “a contrario”, escludendo così che la disposizione possa estendere la sua operatività oltre un certo numero di fattispecie. In maniera analoga, con l'argomento della “dissociazione” viene introdotta all'interno di una classe di fattispecie una distinzione non prevista dalla sua formulazione: la norma (astratta) finisce col regolare solo una sottoclasse di comportamenti lasciando scoperti gli altri ai quali, il senso letterale della disposizione, sembrava pur riferirsi.

Anche al di fuori dei casi in cui il giudice è “costretto” a creare nuovo diritto a causa delle ambiguità presenti nelle formulazioni rispetto ad un caso

⁷³ Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. *La Defettibilità nel Diritto*. In: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2, 2008.

determinato, possono darsi delle ragioni per la sostituzione delle preposizioni giuridiche con altre di diverso significato. Il giudice “comune” può avere delle ragioni morali o prudenziali per cui decide di dare la prevalenza agli “obblighi morali” della propria coscienza, piuttosto che a quelli “giuridici” enunciati dall’ordinamento⁷⁴. La decisione relativa al se e come utilizzare tali argomenti, come già visto, rappresenta il frutto di valutazioni che l’interprete compie nella propria mente in base a fattori (di ordine razionale o etico) di volta in volta differenti. In tal modo, l’interpretazione risulterebbe essere sempre un atto di “creazione”, in quanto, sebbene sul piano semantico vi possa essere un’immediata comprensione del linguaggio del legislatore, è l’elemento pragmatico che definisce le premesse decisionali.

Ricapitoliamo quanto si è voluto fin qui esprimere. In primo luogo, abbiamo parlato dell’ordinamento giuridico come di un vastissimo insieme di atti linguistici, il cui “contenuto” esprime ciò che noi definiamo “diritto oggettivo”. Si è aggiunto che, tuttavia, quest’ultimo non coincide a sua volta con il “diritto vivente”, dal momento che la forma semantica delle disposizioni non ci dà sufficienti spiegazioni rispetto a “se” ed “in che modo” verranno applicate. Il profilo semantico e quello pragmatico, cioè “l’essere” dalla formulazione e il “dover essere” della decisione applicativa, convivono come “opposti necessari” in contraddizione dialettica. Entrambi formano parte costitutiva del processo interpretativo, benché uno tra i due (quello pragmatico) prevalga in via di fatto e retroagisca sui risultati ottenuti in ambito semantico, confermandoli o modificandoli secondo ciò che è ritenuto opportuno dall’interprete⁷⁵.

Tutto ciò, come è stato notato, non è in contraddizione rispetto al dato empirico per cui si riscontra una convergenza nel tradurre le disposizioni secondo il senso che esse semanticamente esprimono: una cosa è il dato pratico, un’altra quello razionale. Mentre il secondo è il frutto dell’analisi logica del linguaggio normativo, il primo è invece la conseguenza di elementi contingenti che determinano le scelte dell’interprete⁷⁶. Su questa base, dunque, si forma ciò che viene definito “diritto vivente”: la *ratio decidendi* diviene in tal senso “fatto normativo”, esattamente come l’atto che produce la norma generale ed astratta.

L’estensione del consenso raggiunto in giurisprudenza o in dottrina rispetto ad una determinata soluzione interpretativa, poi, contribuisce a dare maggiore o minore stabilità al “diritto vivente”, ma non può mutare in verità le norme ricavate da una certa disposizione. A tal ragione, costituiscono un esempio tangibile i diversi orientamenti che nel corso degli anni sono stati dati a medesime disposizioni anche non equivoche dal punto di vista semantico⁷⁷.

⁷⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Los Límites de la Interpretación Constitucional: De nuevo sobre casos trágicos*. In: *Isonomía*, 6, 1997, pp. 7-30.

⁷⁵ Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. *Presentazione*, cit., p. LXV.

⁷⁶ L’interprete, pertanto, sceglierà se adottare un atteggiamento più o meno “conformista” rispetto all’orientamento interpretativo prevalente.

⁷⁷ A tal proposito si è prodotto l’esempio dell’art. 59 c.2 della Costituzione italiana (Cfr. supra Cap I)

Ciò dimostra che il linguaggio del diritto, a differenza di quello della logica analitica, non si ponga al di fuori del tempo e delle contingenze materiali che lo caratterizzano.

Come si è detto sopra parlando delle fonti originarie, la necessità «opera come presupposto del funzionamento o anche della creazione di una o più norme giuridiche»⁷⁸. In altre parole, così come la necessità sta alla base delle fonti originarie e dell'eventuale presenza di fonti *extra ordinem*, allo stesso modo costituisce la ragione delle convergenze riscontrabili sul piano delle prassi interpretative e, dunque, delle possibili “manipolazioni” a cui può andare incontro l'atto linguistico normativo. Sembra tuttavia proficuo, su tale questione, richiamare quanto detto in apertura a proposito della derivazione delle regole di comportamento da “fonti sociali”. Il diritto, come le altre scienze umane (l'economia, la politica, etc.), è parte integrante della “*produzione della vita sociale*” poiché progetta (o meglio, intende progettare) la generalità dei comportamenti futuri.

A tal proposito, si consideri l'insegnamento di Michel Mialle :

«la società intesa come modo di produzione, unità complessa di istanze autonome, non può essere compresa nel suo funzionamento e nella sua evoluzione se non in riferimento alle determinazioni che emanano da tutti i livelli, da tutte le istanze. Quest'insieme di determinazioni costituisce una *struttura* che può essere considerata esplicativa del rapporto causale sociale»⁷⁹.

Indagare la *struttura* che l'esperienza giuridica contribuisce a comporre, dunque, significa iniziare a guardare al diritto non più come mero “linguaggio” né come semplice “fatto”, ma come una *pratica sociale* con la quale si sviluppa un progetto, più o meno cosciente e condiviso, sia attraverso la produzione di atti normativi sia attraverso la manipolazione del linguaggio del legislatore. Questa seconda prospettiva ci permette di comprendere come il c.d. attivismo giudiziario sia una realtà imprescindibile a fronte del crescente dinamismo politico, economico e culturale che caratterizza il nostro tempo.

il quale, nonostante la sua univocità semantica, sotto la presidenza Pertini è stato interpretato nel senso che ciascun Presidente della Repubblica fosse autorizzato a nominare cinque senatori a vita e non nel senso che i senatori a vita dovessero essere in tutto cinque. Ancor più emblematica, sul medesimo punto, è la posizione della Corte Costituzionale (sent. 16/1978) rispetto all'art. 75 c.2: nonostante il testo della disposizione riporti un elenco, per cui potrebbe essere dedotta l'intenzione del Costituente di individuare in maniera tassativa le materie sulle quali non può essere proposto referendum, i giudici di legittimità ritengono che in realtà si tratti di una prescrizione a “fattispecie aperta” e, pertanto, l'elenco sarebbe suscettibile di continuo aggiornamento (come effettivamente lo è stato).

⁷⁸ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto*, cit., p. 11.

⁷⁹ Vedi MIALLE, Michel. *Introduzione allo Studio Critico del Diritto*, cit., p. 72. Secondo l'A., dunque, «non è il livello economico, politico o ideologico che spiega tale o tal'altro gesto che io compio, è la struttura complessa delle causalità che appartengono a questi diversi livelli a essere la “causa” di questo gesto».

Come sostiene Thornhill:

«the fact that the pluralistic design of contemporary constitutions gives emphasis to powerful judicial actors, usually producing and applying normative principles (rights) at a high level of international uniformity, replicates the original adaptive functions of constitutionalism»⁸⁰.

Di questa tendenza del diritto moderno deve tener conto il comparatista, il quale non potrà limitarsi a descrivere i “fatti” normativi (leggi, regolamenti, sentenze, tesi dottrinali, etc.) ma dovrà volgere lo sguardo anche a quelle componenti che fungono da «elementi di integrazione» del sistema giuridico e che, pertanto, conferiscono a quest'ultimo stabilità e identità.

BIBLIOGRAFIA

- ALCHOURRÒN, Carlos Eduardo. *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*. In: *Logique et Analyse*, 12, 1969.
- ATIENZA, Manuel. *Los Limites de la Interpretacion Constitucional: De nuevo sobre casos trágicos*. In: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 6. Alicante: Doxa, 1997, pp. 7-30.
- BOBBIO, Norberto. *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950.
- BULYGIN, Eugenio. *Il Positivismo Giuridico*. Milano: Giuffrè, 2007.
- CHIASSONI, Pierluigi. *La Defettibilità nel Diritto*. In: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2, 2008.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II. Padova: CEDAM, 1993.
- ESPOSITO, Carlo. *Validità delle Leggi: Studi sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. Padova: CEDAM, 1934.
- GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto: fondamenti Teorici*. Milano: Giuffrè, 2010.
- _____. *Il Diritto come Linguaggio*. 2. ed., Torino: Giappichelli, 2006.
- LEGRAND, Pierre. *What “Legal Transplants”*. In: NELKEN, David and FEEST, Johannes (eds.). *Adapting Legal Cultures*, Oxford, 2001.
- MIAILLE, Michel. *Introduzione allo Studio Critico del Diritto*. Roma: Savelli, 1979.
- MODUGNO, Franco. *Appunti dalle Lezioni sulle Fonti del Diritto*. Torino: Giappichelli, 2005.
- PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 1983.
- _____. *Delle Fonti del Diritto*. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di). *Commentario al Codice Civile*. Bologna-Roma: Zanichelli, 1977.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *L'atto Normativo*. Bologna: Zanichelli, 1998.
- _____. *La Costituzione come Progetto Apicale e Generale*. In: *Le Fonti del Diritto, oggi: Giornate di Studio in Onore di Alessandro Pizzorusso*. Milano: Giuffrè, 2006.

⁸⁰ Vedi THORNHILL, Chris. *Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Powers*. In: *Global Constitutionalism*, Issue 3, 2012, p. 393.

_____. *Comunicare, Comprendere, Interpretare nel Diritto*. In: *Diritto Pubblico*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2009. Bologna DOI: 10.1438/32545. Disponibile in: <<http://www.rivisteweb.it/doi/10.1438/32545>>. Acesso: Gennaio 2015.

SCARCIGLIA, Roberto. *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato*. Bologna: Il Mulino, 2006.

STAFFEN, M. R.; MORAIS DA ROSA, A. *Dostoiévski e a Polifonia do Direito: o eterno marido na era das súmulas vinculantes*. São Leopoldo: RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, nº 2, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/293>>. Acesso em: Jan. 2015.

THORNHILL, Chris. *Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Powers*. In: *Global Constitutionalism*, Issue 3, 2012.

TRIBE, Lawrence H.; DORF, Micheal. *Leggere la Costituzione*. Una Lezione Americana. Bologna: Il Mulino, 2005.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma e Azione*. Un'analisi Logica. Bologna: Il Mulino, 1989.