

RICCARDO GUASTINI

Conoscere il diritto. Un inventario di problemi

ABSTRACT:

“Knowing the law” can mean two rather different things: it can mean either knowing the sources of the law, or knowing the meaning of the sources of the law – the norms that are thereby expressed. These two types of knowledge – knowledge of legal sources and knowledge of legal norms – raise different if related sets of problems. The identification of legal norms presupposes the identification of the sources by which they are expressed – or “implied”, as the case may be. As a consequence every problem of identification of sources is by itself also a problem of identification of the norms in force. But knowing legal sources cannot exhaust the various problems related to the identification of legal norms, as between sources and norms there is no one-to-one correspondence.

“Conoscere il diritto” è una espressione ambigua, perché può riferirsi sia alla conoscenza delle disposizioni (gli enunciati contenuti nei testi normativi), sia alla conoscenza delle norme (il significato veicolati dagli enunciati contenuti nei testi normativi). La conoscenza delle disposizioni e, rispettivamente, delle norme solleva problemi distinti, anche se ovviamente connessi. L’identificazione delle norme suppone ovviamente la previa identificazione delle disposizioni che le veicolano (che le esprimono o che le “implicano” secondo i casi), sicché ogni problema di identificazione delle disposizioni vigenti costituisce di per sé un problema di identificazione anche delle norme vigenti. Ma la conoscenza delle disposizioni, come avremo occasione di vedere, non esaurisce affatto i problemi di identificazione delle norme, giacché tra queste e quelle non vi è corrispondenza biunivoca.

KEYWORDS:

Legal knowledge, legal sources, legal norms, drafting of legal texts, legal interpretation

Conoscenza giuridica, fonti, norme, redazione dei testi normativi, interpretazione

RICCARDO GUASTINI*

*Conoscere il diritto.
Un inventario di problemi*

1. Problemi di identificazione delle disposizioni vigenti – 1.1. Il disordine dei testi normativi – 1.2. Il sistema delle fonti – 1.3. La redazione dei testi normativi – 2. Problemi di identificazione delle norme vigenti – 2.1. Lo stile di formulazione dei testi normativi – 2.2. La dissociazione tra disposizioni e norme – 3. Limiti alla conoscibilità delle norme.

Nel linguaggio comune dei giuristi, il vocabolo “diritto” può riferirsi a due cose distinte.

(i) A volte, si parla di “diritto” per riferirsi, semplicemente, ad un insieme di testi normativi: le “leggi” (in senso materiale, naturalmente, e dunque: le leggi in senso formale, la costituzione, i regolamenti, i trattati internazionali, e quant’altro); ciascun testo normativo, a sua volta, altro non è che un insieme di enunciati normativi o, come si usa dire, “disposizioni”.

(ii) Altre volte, si usa la stessa parola per fare riferimento ad un insieme non di testi, ma di norme, intese come i significati ascritti (dagli interpreti) agli enunciati

* Professore Ordinario, Università di Genova. E-mail: guastini@unige.it.

normativi. Le “leggi”, da questo punto di vista, sono non già “il diritto”, ma solo le sue “fonti”¹.

Orbene, la conoscenza delle disposizioni e, rispettivamente, delle norme solleva problemi distinti, anche se ovviamente connessi. L’identificazione delle norme suppone ovviamente la previa identificazione delle disposizioni che le veicolano (che le esprimono o che le “implicano” secondo i casi), sicché ogni problema di identificazione delle disposizioni vigenti costituisce di per sé un problema di identificazione anche delle norme vigenti². Ma la conoscenza delle disposizioni, come avremo occasione di vedere, non esaurisce affatto i problemi di identificazione delle norme, giacché tra queste e quelle non vi è corrispondenza biunivoca.

¹ J.C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author’s notes, by R. Gray, New York, 1948, 124 s., 170: «After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statute»; «It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. [...] And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law*».

² Senza troppo sottilezzare, chiamo qui “vigente” ogni disposizione o norma di cui sia prevedibile l’effettiva applicazione da parte degli organi giurisdizionali.

1. *Problemi di identificazione delle disposizioni vigenti*

Gli ostacoli alla conoscenza delle disposizioni vigenti dipendono da almeno tre cose distinte: (1) il disordine dei testi normativi in quanto tali; (2) il vigente sistema delle fonti; (3) la tecnica di redazione dei testi normativi.

1.1. *Il disordine dei testi normativi*

A questo riguardo mi limito a segnalare tre ostacoli macroscopici alla conoscenza delle disposizioni vigenti.

(i) Un ostacolo abbastanza ovvio dipende dalla bulimia delle autorità normative, e quindi dalla vastità dell'oggetto che si vorrebbe conoscere, ossia dalla sterminata quantità di disposizioni sincronicamente vigenti nel nostro ordinamento, come del resto in ogni ordinamento contemporaneo.

Sia detto per inciso: le stesse leggi di interpretazione autentica, promulgate allo scopo (o con il pretesto) di chiarire il senso di leggi preesistenti, non hanno altro effetto che quello di aumentare il numero di disposizioni in vigore.

(ii) Un ostacolo ulteriore dipende dal fatto che non sempre le disposizioni in questione sono riunite in codici o testi unici: per lo più sono disperse in una enorme quantità di documenti normativi distinti e, per giunta, dotati di diverso rango nella gerarchia delle fonti.

Si osservi che, nel nostro ordinamento, i testi unici costituiscono una genuina ed efficace semplificazione del diritto vigente (inteso qui come insieme di testi normativi) solo quando hanno forza di legge, essendo adottati nella forma di decreti legislativi (delegati), ai sensi dell'art. 76 cost., e dunque non sono meramente compilativi o ricogni-

tivi di disposizioni normative previgenti³, ma *sostituiscono* le fonti previgenti sulla materia. Anche perché un testo unico privo di forza di legge non può validamente abrogare le norme di rango legislativo previgenti, e, se le lascia in vita, non produce alcun effetto di semplificazione: al contrario, *incrementa* la quantità di testi vigenti.

(iii) Un ostacolo addizionale deriva dalla instabilità diacronica dei testi normativi, giacché ogni giorno nuovi testi sono promulgati o emanati – spesso *praeter necessitatem* – sicché sempre nuovi enunciati normativi sono introdotti nell’ordinamento, mentre enunciati previgenti sono derogati, o soppressi e sostituiti.

Si noti che il mutamento normativo è, sovente, repentino e ripetuto. Un solo esempio molto eloquente: la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato introdotta dal d. lgs. 368/2001 è stata modificata ad oggi (se ho contato bene) almeno nove volte: nel 2005, nel 2007, nel 2008, nel 2011, tre volte nel 2012, due volte nel 2013⁴.

1.2. *Il sistema delle fonti*

Nel nostro ordinamento, peraltro, difficoltà non meno importanti hanno a che vedere con l’assetto del sistema delle fonti. Nuovamente, mi limito a segnalare alcuni problemi macrosopici.

(i) Malgrado il principio di divisione dei poteri, alle leggi formali si affiancano atti governativi con “forza di legge”,

³ I testi unici compilativi sono ora disciplinati dall’art. 17 bis, l. 400/1988 (articolo introdotto dall’art. 5, c. 2, l. 69/2009).

⁴ L. 266/2005, l. 247/2007, d.-l. 112/2008 convertito con modificazioni dalla l. 133/2008, l. 183/2011, d.-l. 5/2012 convertito con modificazioni dalla l. 35/2012, l. 92/2012, l. 134/2012, dal d.-l. 76/2013, l. 97/2013.

cioè competenti ad abrogare leggi, modificare leggi, derogare a leggi.

Con l'aggravante che i più importanti (sia dal punto vista politico, sia dal punto di vista quantitativo) fra gli atti in questione – alludo ovviamente ai decreti-legge – hanno una esistenza totalmente precaria, non solo nel senso che l'atto stesso in quanto tale è soggetto a decadenza ove non convertito (art. 77, c. 3, cost.), ma anche e ancor più nel senso che ogni sua singola disposizione è soggetta a possibile modifica, sostituzione, e soppressione, in sede di conversione, pure dopo che ha già trovato provvisoriamente applicazione. Ed è appena il caso di ricordare ciò che tutti sanno, e cioè che nella prassi costituzionale, malgrado l'art. 77, c. 1, cost., il decreto-legge tende ormai a soppiantare la legge formale come strumento *ordinario* di legislazione.

(ii) Alle leggi statali si affiancano ovviamente le leggi regionali, che, specie dopo la sciagurata revisione del titolo V della parte seconda della costituzione (legge cost. 3/2001), interferiscono in vari modi con la legislazione statale.

Non si tratta solo della interferenza “strutturale” della fonte regionale con la fonte statale nelle materie soggette a competenza legislativa ripartita o concorrente. Si tratta anche della fatale confusione di competenze derivante dal modo goffo e dilettantesco in cui sono disegnate le diverse “materie” nel nuovo art. 117 cost. Tanto per esemplificare: lo Stato ha «legislazione [sic] esclusiva»⁵ in materia di «rapporti internazionali dello Stato», ma le materie «rapporti internazionali» delle Regioni e «commercio con l'estero» sono anche oggetto di potestà legislativa (detta, nuovamente, «legislazione») concorrente. Lo Stato ha competenza esclusiva in materia di «moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari», ma in materia di «casse di ri-

⁵ Palesemente il vocabolo “legislazione” è qui impropriamente usato in luogo del sintagma “potestà legislativa”.

sparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale», la competenza è ripartita. O ancora: sono di competenza dello Stato le «norme generali sull'istruzione», ma la materia «istruzione» è anche oggetto di competenza legislativa concorrente.

(iii) E ancora: alle leggi statali si affiancano altresì quei regolamenti governativi che non hanno natura meramente esecutiva di leggi, ma che al contrario, per così dire, si sostituiscono alle leggi, in quanto fonti di disciplina dell'una o dell'altra materia: mi riferisco ai regolamenti cosiddetti "indipendenti" e, rispettivamente, "delegati" (come si usa chiamarli in dottrina).

Su questi ultimi, peraltro, non è fuori luogo un'osservazione ulteriore. L'art. 17, c. 2, legge 400/1988 prevede che la cosiddetta "delegificazione" (sostituzione della disciplina legislativa di una data materia con una disciplina regolamentare) si compia mediante una legge che, nell'autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, (a) determini le norme generali regolatrici della materia, e (b) disponga l'abrogazione delle norme legislative previgenti con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari. Si osservi che, secondo questa disciplina, correttamente (dal punto di vista costituzionale) l'abrogazione della legislazione previgente non è "delegata" al regolamento, ma è disposta direttamente dalla stessa legge autorizzatrice, benché condizionata (trattasi di condizione sospensiva) all'entrata in vigore del regolamento. Per contro, accade frequentemente che l'individuazione delle disposizioni legislative abrogande sia rimessa al, e l'abrogazione sia senz'altro disposta dal, regolamento governativo.

(iv) Naturalmente, ai regolamenti governativi si affiancano innumerevoli altri regolamenti delle più svariate autorità amministrative: regolamenti ministeriali, regionali, comunali, delle cosiddette autorità indipendenti, della Banca d'Italia, e via enumerando.

(v) E finalmente alle fonti nazionali si affiancano fonti internazionali (trattati) e fonti dell'Unione europea, che interferiscono variamente con le fonti nazionali (persino a livello costituzionale⁶).

Vale la pena di ricordare che, secondo la (a mio avviso dissennata) giurisprudenza concorde della Corte costituzionale e della Corte di giustizia di Lussemburgo⁷, i regolamenti europei derogano – pur senza abrogarle né renderle invalide – alle leggi nazionali non solo antecedenti, ma persino *successive*, in deroga all'art. 15 disp. prel. cod civ., in virtù del quale «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori» (è sottinteso che la deroga altro non è che un'abrogazione “parziale”) e, quel che è peggio, in deroga all'art. 70 cost., che riserva alle Camere la funzione legislativa: giacché derogare ad una legge costituisce evidentemente esercizio della funzione legislativa.

(vi) Si aggiunga che nel nostro ordinamento (come, del resto, in tutti gli ordinamenti contemporanei, ivi incluso, ormai, anche l'ordinamento francese) il controllo di legittimità costituzionale sulle leggi e di legalità sulle fonti subordinate si esercita *a posteriori*, ossia su testi normativi già vigenti. Con la conseguenza che non si può sapere con certezza quali testi normativi siano validi, giacché qualunque testo normativo oggi in vigore potrebbe in seguito essere annullato dall'organo giurisdizionale competente.

(vii) E ancora: nel nostro ordinamento, come in altri, le decisioni costituzionali c.d. “di rigetto”, per opinione comune (sebbene non proprio unanime) della dottrina e della giurisprudenza, non hanno effetti generali *erga omnes*, sicché

⁶ Corte cost. 399/1987, 168/1991, 117/1994. CGCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, 1970; *Stauder*, causa 29/69, 1969.

⁷ Corte cost. 170/1984, 399/1987, 168/1991. CGCE, 15.07.1964, C-6/64, *Costa*; e poi ancora CGCE, 09.03.1978, C-106/77, *Simmenthal*.

non dichiarano positivamente e definitivamente che la legge oggetto di decisione è conforme a costituzione: si limitano a rigettare la questione così come è stata prospettata. Anche sotto questo profilo la legge permane in una condizione di precarietà, giacché potrebbe essere dichiarata incostituzionale in una occasione successiva di fronte a diversi profili di incostituzionalità e/o nuovi e migliori argomenti per la sua incostituzionalità (o, banalmente, di fronte ad un nuovo orientamento giurisprudenziale del giudice costituzionale).

(viii) E, per finire, l'interpretazione adeguatrice (delle leggi alla costituzione), che la Corte costituzionale pratica costantemente fin dalle sue prime decisioni, ed esige ormai che sia compiuta (o tentata) anche dai giudici comuni (pena l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale), ha l'effetto di mantenere in vita nell'ordinamento testi normativi che potrebbero utilmente esserne espulsi con evidenti esiti di semplificazione, giacché ammettono anche interpretazioni non conformi a costituzione.

1.3. *La redazione dei testi normativi*

Altri ostacoli alla conoscenza delle disposizioni vigenti discendono dalla tecnica di redazione dei testi normativi. Qualche esempio (ma sono fenomeni ben noti).

(a) L'inclusione in un testo normativo su una qualsivoglia materia *x* di disposizioni che vertono su tutt'altra materia *y*, senza alcuna relazione con la materia *x*, rende assai difficile l'identificazione del diritto vigente sulla materia *y*.

(b) Accade frequentemente che un testo normativo non già sostituisca, ma solo modifichi parzialmente un testo previgente. Cambiando, ad esempio, non una legge intera, ma solo una disposizione legislativa, sicché la disciplina della materia in questione si trova dispersa in testi legislativi distinti. O anche (e ancor peggio) cambiando solo alcune parole di una disposizione preesistente (o sopprimendole), e

non la disposizione nella sua interezza, sicché per identificare la disposizione vigente occorre combinare due (o più) frammenti di enunciati dispersi in testi normativi differenti.

(c) Accade altresì che un testo normativo A modifichi un testo normativo B che a sua volta aveva modificato un testo normativo C: con il risultato di rendere pressoché inaccessibili le disposizioni vigenti.

(d) Un altro ostacolo importante alla conoscenza delle disposizioni vigenti dipende dall'uso di rinvii. Una disposizione che faccia rinvio ad un'altra disposizione preesistente è priva di significato autonomo e indipendente, sicché non può essere compresa se non in combinazione con una diversa disposizione collocata in tutt'altro testo normativo⁸. E d'altro canto una disposizione che (come pure accade) faccia rinvio ad una disposizione futura, ossia inesistente, è a sua volta priva di qualsivoglia contenuto normativo (almeno quando non sia accompagnata da una norma di diritto intertemporale).

(e) L'abrogazione, totale o parziale, produce effetti univoci solo quando è espressa e "nominata", ossia quando il testo normativo di cui trattasi contiene una clausola di abrogazione e inoltre menziona con precisione (con "nome e cognome", per così dire) le disposizioni normative abrogate. Per contro, quando l'autorità normativa detta una nuova disciplina per una fattispecie qualsivoglia senza abrogare espressamente le

⁸ Per dare un'idea, ecco l'*incipit* del comma 16 dell'art 1 della legge 190/2012: «Fermo restando quanto stabilito nell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come da ultimo modificato dal comma 42 del presente articolo, nell'articolo 54 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, nell'articolo 21 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e successive modificazioni, e nell'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, le pubbliche amministrazioni assicurano i livelli essenziali di cui al comma 15 del presente articolo» etc.

disposizioni preesistenti (abrogazione meramente tacita), il risultato è fatalmente dubbio e potenzialmente controverso.

Ometto, per carità di patria, qualunque considerazione sulla deprecabile struttura interna di tanti documenti normativi (del tipo: leggi di un solo articolo con centinaia di commi, ovviamente non rubricati) e sul cattivo uso della lingua.

2. *Problemi di identificazione delle norme vigenti*

Come accennavo sopra, identificare le disposizioni è condizione *necessaria* per identificare le norme, sicché ogni problema di identificazione delle disposizioni costituisce di per sé un problema di identificazione anche delle norme. Ma il punto è che la conoscenza delle disposizioni non è affatto condizione *sufficiente* per la conoscenza delle norme.

Le due cose – le disposizioni e le norme – sono ben distinte per ragioni abbastanza evidenti. In primo luogo, molte disposizioni esprimono non una singola norma, ma una pluralità di norme congiuntamente. In secondo luogo, molte disposizioni ammettono diverse interpretazioni alternative, sicché esprimono due (o più) norme disgiuntamente. In terzo luogo, molte disposizioni esprimono non già una norma completa, ma solo un frammento di norma. In quarto luogo, ogni ordinamento normativo è affollato di norme inesprese (che si pretendono implicite) non formulate in alcuna fonte del diritto: norme, insomma, elaborate, “costruite”, dagli interpreti, ma prive di una disposizione corrispondente.

(i) Accade con frequenza che una singola disposizione esprima non già un singola norma, bensì un pluralità di norme compresse e intrecciate, così da rendere il contenuto

della disposizione pressoché indecifrabile, almeno per chi non sia giurista⁹.

(ii) Molti testi normativi (quasi tutti, in verità) sono equivoci, nel senso che ammettono una pluralità di interpretazioni e sono perciò soggetti a (possibili) controversie interpretative: è dubbio quali norme siano *espresse* da una certa disposizione e, ancor più, quali ulteriori norme siano eventualmente *implicite* nelle norme espresse. L'equivocità dei testi normativi può assumere forme innumerevoli: ne indico alcune a titolo di esempio.

(a) *Ambiguità*. Talvolta, un testo normativo è ambiguo: ci si domanda se esso esprima la norma N1 o invece la norma N2¹⁰.

⁹ Si prenda, per dare un'idea, l'art. 23, c. 1, della legge 392/1978 (in materia di locazione di immobili urbani): «Quando si eseguano sull'immobile importanti ed improrogabili opere necessarie per conservare ad esso la sua destinazione o per evitare maggiori danni [...], o comunque opere di straordinaria manutenzione di rilevante entità, il locatore può chiedere al conduttore che il canone [...] venga integrato». Questa disposizione presenta *prima facie* la struttura logica seguente: «Se A e [B e C e (D o E)] o (F e G), allora Z». Ciò è quanto dire che essa esprime non una, ma tre norme distinte, ciascuna dotata di una fattispecie alquanto complessa. La fattispecie della prima norma è: opere (A), importanti (B), improrogabili (C), necessarie per conservare la destinazione (D); quella della seconda è opere (A), importanti (B), improrogabili (C), necessarie per evitare maggiori danni (E); la fattispecie della terza è opere (A) di straordinaria manutenzione (F) e di rilevante entità (G). La conseguenza è sempre Z (il locatore può chiedere l'integrazione del canone).

¹⁰ Qualche esempio. (a) L'art. 32, c. 1, della costituzione spagnola dispone: «L'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio». Dobbiamo intendere che ogni uomo e ogni donna abbiano il diritto di contrarre matrimonio l'uno con l'altra, o invece che ogni uomo ed ogni donna abbiano diritto di contrarre matrimonio con

(b) *Complessità*. Talvolta, si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se esso esprima *anche* la norma N2¹¹.

chiunque (i.e. anche con persone dello stesso sesso)? (b) L'art. 31, legge 352/1970, stabilisce che «non può essere depositata richiesta di referendum [abrogativo, ai sensi dell'art. 75 cost.] nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere [...]». Ora, l'ambiguità dipende dal vocabolo “anno”, il quale può denotare il periodo che intercorre tra il 1° gennaio e il 31 dicembre (in francese: *année*), ma può anche denotare genericamente un periodo di 365 giorni (in francese: *an*). Dobbiamo dunque intendere che la richiesta di referendum non può essere depositata nell'anno solare anteriore alla scadenza di una Camera, o dobbiamo intendere che non può essere depositata nei 365 giorni antecedenti la scadenza? (c) L'art. 59, comma 2, cost. dispone che «Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini». “Presidente” in che senso? Dobbiamo intendere che l'organo Presidente può nominare cinque senatori a vita (talché i senatori a vita di nomina presidenziale non potranno mai essere più di cinque), o invece che ciascun titolare dell'organo – ciascuna persona che rivesta la carica di Presidente – può nominare cinque senatori a vita (sicché i senatori a vita di nomina presidenziale potranno, compatibilmente con la loro longevità, moltiplicarsi indefinitamente)?

¹¹ Per esempio: l'art. 38, legge 352/1970, dispone che «nel caso che il risultato del referendum sia contrario all'abrogazione [...] non può proporsi richiesta di referendum per l'abrogazione della medesima legge». Ora, il risultato del referendum può essere “contrario all'abrogazione” – o, per meglio dire, non sortire l'effetto abrogativo – per due ragioni o in due circostanze diverse: non solo quando la maggioranza dei votanti voti “no” (com'è ovvio), ma anche quando la maggioranza degli aventi diritto non voti affatto (art. 75, comma 4, cost.). Ebbene, non si dubita che, in virtù della disposizione menzionata, sia preclusa la richiesta di un nuovo referendum quando il precedente quesito referendario sia stato respinto dalla maggioranza dei voti validi. Ma è dubbio se questa stessa disposizione precluda una nuova richiesta anche quando il referendum precedente abbia avuto esito negativo per il

(c) *Implicazione*. Talvolta, si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se N1 *implichi*, o no, la norma N2¹².

(d) *Defettibilità*. Talvolta, si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se tale norma sia “defettibile” (*defeasible*), derogabile, cioè soggetta ad eccezioni implicite non specificate¹³.

Beninteso, questa non è, né pretende essere, una tassonomia dei casi di equivocità delle disposizioni normative e

fatto che non abbia partecipato al voto la maggioranza degli aventi diritto. Altro esempio: l'art. 90, c. 1, cost. stabilisce che «Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni». Non si dubita che l'immunità valga per gli atti “ufficiali”, controfirmati da un ministro ai sensi dell'art. 89, c. 1, cost. Ma è dubbio se il Capo dello stato sia irresponsabile anche per atti e condotte non ufficiali (ad esempio, le cosiddette “esternazioni”) caratterizzati da un nesso funzionale con il suo ufficio.

¹² L'art. 94, c. 2 e 5, cost. prevede che una delle Camere possa votare la sfiducia al Governo; tale norma implica, o no, che una delle Camere possa votare la sfiducia anche ad un singolo ministro (vedi al riguardo Corte cost. 7/1996, che risponde affermativamente alla domanda)? Il potere del Capo dello stato di rinviare una legge alle Camere, chiedendo una nuova deliberazione (art. 74, c. 1, cost.), implica, o no, il potere di rinviare (solo) parte di una legge (i.e. non la legge nella sua interezza), eventualmente promulgando la parte rimanente? O ancora: l'attribuzione al Capo dello stato del potere di grazia (art. 87, penultimo c.) implica, o no, che la controfirma ministeriale (richiesta dall'art. 89, c. 1) sia atto dovuto (vedi al riguardo Corte cost. 200/2006, che risponde affermativamente alla domanda)?

¹³ Il Presidente della Repubblica può opporre il veto (sospensivo) alle leggi (art. 74, c. 1, cost.), ma può opporlo anche alle leggi di revisione costituzionale (di cui all'art. 138)? La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo: su tutti? o solo su quelli privi di forza di legge? Per la cronaca: solo su quelli privi di forza di legge, secondo Corte cost. 406/1989.

dei disaccordi dottrinali e giurisprudenziali che ne discendono: sono solo esempi, che pretendono di mostrare il carattere onnipresente della equivocità¹⁴.

(iii) Generalmente parlando, ogni norma (con poche trascurabili eccezioni¹⁵) presenta la struttura logica condizionale “Se F, allora G”, dove l’antecedente (F) si riferisce ad una classe di fattispecie e il conseguente (G) statuisce la relativa

¹⁴ Nel testo si fa riferimento alla interpretazione “in astratto”, senza riguardo ai problemi di sussunzione dell’una o dell’altra fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma (previamente determinata). È noto però che l’interpretazione in astratto non esaurisce i problemi di interpretazione, giacché ogni norma, a causa della ineliminabile vaghezza dei predicati (termini che denotano classi) in ogni linguaggio naturale, è indeterminata, nel senso che non si sa esattamente quali fattispecie ricadano nel suo campo di applicazione. Sicché, data una norma qualsivoglia, vi sono casi ai quali essa è certamente applicabile, casi ai quali essa non può certo essere applicata, e finalmente casi “dubbi” o “difficili” (*hard cases*, come si usa dire) per i quali l’applicabilità della norma è discutibile. Uno scambio al prezzo medio di mercato è senza dubbio una vendita; una sedicente “vendita” ad un prezzo irrisorio è una donazione dissimulata; ma a quale prezzo dobbiamo fissare il confine tra la vendita e la donazione? Si può convenire che la somministrazione di antibiotici o di analgesici costituisca “trattamento sanitario” ai sensi dell’art. 32, c. 2, cost.; ma costituiscono “trattamento sanitario” anche la nutrizione e l’idratazione forzate? E così via esemplificando. La vaghezza (la *open texture*, la trama aperta) è una proprietà oggettiva del linguaggio, e non solo del linguaggio giuridico: tutti i predicati in senso logico condividono (almeno potenzialmente) questa proprietà. La vaghezza delle espressioni usate nel linguaggio delle fonti fa sì che l’interprete, di fronte ad un caso “marginale”, cioè ad un caso che cade ai margini della “trama” (nella “area di penombra”, come si usa dire) possa decidere discrezionalmente se la fattispecie in esame debba o non debba essere inclusa nel campo di applicazione della norma in questione.

¹⁵ Le norme abrogatrici, le norme di interpretazione autentica...

conseguenza giuridica. L'antecedente è l'*oggetto* di disciplina (risponde alla domanda "Che cosa è disciplinato?"); il conseguente, a sua volta, è il *modo* di disciplina (risponde alla domanda "Come è disciplinato?").

Nel linguaggio ordinario, però, gli enunciati condizionali – "se..., allora..." – sono (quasi sempre) ambigui, nel senso che non è chiaro se l'antecedente debba essere inteso come condizione (solo) sufficiente o invece come condizione necessaria e sufficiente del conseguente.

Ciò solleva il delicato problema se vi sia e quale sia la disciplina della classe di fattispecie complementare a quella espressamente disciplinata. Se la norma riconnette quella data conseguenza giuridica alla classe di fattispecie (o fattispecie astratta) F, che cosa dobbiamo pensare della classe di fattispecie complementare non-F?

Ad esempio, una disposizione normativa ascrive un diritto, poniamo, ai cittadini. Che cosa dobbiamo pensare della classe di fattispecie complementare, ossia dei non-cittadini (stranieri ed apolidi)? Sono anch'essi titolari, o no, di quel diritto?

Ebbene, se interpretiamo la disposizione di cui si sta parlando nel senso che istituisca, tra fattispecie e conseguenza, un nesso di condizione necessaria e sufficiente ("Se e solo se F, allora G"), allora anche la classe complementare non-F risulta implicitamente disciplinata (implicitamente in senso strettamente logico), ed ha la conseguenza giuridica opposta, non-G. Poiché il legislatore ha conferito il diritto ai cittadini senza menzionare gli stranieri, gli stranieri non sono titolari di quel diritto, ossia esiste una norma inespressa che esclude gli stranieri dalla titolarità del diritto.

Se per contro interpretiamo la disposizione nel senso che istituisca, tra fattispecie e conseguenza, un nesso di condizione solo sufficiente – ed è quel che comunemente accade – dobbiamo decidere se la classe complementare non-F sia tacitamente disciplinata in modo opposto, o se invece non sia disciplinata affatto, sicché l'ordinamento

presenta una lacuna. E possiamo sostenere indifferentemente (a) che, poiché il legislatore nulla ha disposto intorno agli stranieri, tale fattispecie è priva di disciplina, il diritto è lacunoso, ovvero (b) che il legislatore, nel conferire espressamente quel diritto solo ai cittadini, lo ha tacitamente negato agli stranieri.

(iv) Le lacune, dal canto loro, sono la fonte principale di norme inesprese, costruite dagli interpreti allo scopo di colmarle. Ve ne sono di due specie: lacune normative e lacune assiologiche.

(a) Vi è nell'ordinamento una lacuna normativa ogniqualvolta una fattispecie è priva di qualsivoglia disciplina. In questo senso, tutti gli ordinamenti sono (probabilmente) lacunosi in relazione – che so? – ai viaggi interplanetari o alla coltivazione del basilico o alla scelta del vino appropriato per il *foie gras de canard*. Ogni ordinamento è, dal punto di vista sincronico, un insieme di norme finito, limitato. E un insieme di norme finito necessariamente disciplina un insieme di fattispecie egualmente finito. Ogni fattispecie non disciplinata costituisce una lacuna in questo senso.

Spesso, tuttavia, le fonti del diritto possono essere interpretate sia nel senso che la tale fattispecie è disciplinata, sia nel senso che è priva di disciplina. Questa seconda interpretazione produce una lacuna, la prima la evita. In altre parole, le lacune normative dipendono spesso dall'interpretazione, la quale può crearle, così come evitarle¹⁶.

Una tecnica molto semplice per creare lacune è l'argomento retorico della dissociazione. Di fronte ad una disposizione che disciplina la classe di fattispecie F, si può sostenere che tale classe include due sottoclassi, F1 e F2, “so-

¹⁶ Vedi sopra il caso di una disposizione normativa che ascrive un diritto ai cittadini.

stanzialmente diverse”, e che l’intenzione del legislatore – la *ratio legis* – era disciplinare solo una di esse, la classe F1, poniamo, sicché l’altra, F2, risulta non disciplinata.

Le lacune normative, insomma, non sono difetti “oggettivi” dell’ordinamento: sono il risultato di operazioni interpretative.

(b) Vi è nell’ordinamento una lacuna assiologica allorché una fattispecie è sì provvista di disciplina, ma, a giudizio dell’interprete, è disciplinata in modo non soddisfacente, assiologicamente inadeguato, poiché il legislatore ha ommesso di prendere in considerazione una distinzione che *avrebbe dovuto* considerare.

Per esempio, il legislatore ha stabilito un certo regime pensionistico per i lavoratori del settore dei trasporti, senza distinguere fra trasporti urbani ed extra-urbani. All’interprete, tuttavia, le due classi di soggetti appaiono “sostanzialmente” diverse. *Manca* dunque una norma che stabilisca un diverso regime pensionistico per l’una o per l’altra classe. O ancora (all’opposto): il legislatore ha conferito un diritto ai professori universitari senza estendere il medesimo diritto ad un’altra classe di soggetti, i professori di scuola media superiore. All’interprete, tuttavia, le due classi di soggetti appaiono “sostanzialmente” eguali. *Manca* dunque una norma che attribuisca lo stesso diritto ai professori di scuola media superiore.

Com’è evidente, le lacune assiologiche dipendono interamente dalle idee di giustizia degli interpreti.

D’altro canto, i giuristi e ancor più gli organi dell’applicazione non tollerano lacune: hanno una tendenza irrefrenabile e colmarle mediante la costruzione di norme inesprese che disciplinino qualunque fattispecie non espressamente disciplinata dalle fonti¹⁷.

¹⁷ In ciò legittimati dall’art. 12, c. 2, disp. prel. cod. civ., da cui taluni

Inutile dire che le norme inespresse sono ovviamente inconoscibili fino a quando gli interpreti non le abbiano formulate.

2.1. *Lo stile di formulazione dei testi normativi*

Generalmente parlando, l'indeterminatezza dell'ordinamento – l'equivocità dei testi normativi, le lacune – dipende non solo da caratteristiche oggettive del linguaggio giuridico, ma, prima ancora, dal fatto che l'interpretazione è fatalmente condizionata dalla “politica del diritto” degli interpreti: (a) dai loro interessi confliggenti, (b) dalle loro diverse idee di giustizia, (c) dalla molteplicità di metodi interpretativi disponibili, (d) dalla varietà di costruzioni dogmatiche.

Nondimeno, è innegabile che una causa importante di indeterminatezza del diritto sia molto semplicemente il modo in cui i testi sono formulati. Un esame dettagliato ed esaustivo dei problemi coinvolti richiederebbe niente di meno che un manuale completo di *drafting*, ossia di tecnica di redazione dei testi normativi. Tuttavia, non è intempestivo segnalare alcuni caratteristici difetti redazionali, che sono fonte ora di difficoltà interpretative, ora di discrezionalità nell'applicazione, sempre di incertezza e controversie. Mi riferisco a fenomeni ben noti, quali i seguenti.

(a) L'uso incoerente della terminologia (uno stesso termine impiegato con diversi significati, un medesimo significato espresso con termini diversi).

(b) L'assenza di definizioni (che sono utili a ridurre la discrezionalità interpretativa almeno ogniqualvolta un termine sia impiegato con un significato diverso dal suo significato ordinario).

(c) L'inutile iterazione del principio “lex posterior derogat priori” con formule del tipo “Sono abrogate tutte le

ricavano una sorta di “principio di completezza” dell'ordinamento.

norme incompatibili con la presente legge”¹⁸ (con il risultato di lasciare interamente alla discrezionalità degli interpreti l’identificazione delle norme, ed eventualmente delle disposizioni, abrogate).

(d) Le enumerazioni di cui è indecidibile se abbiano carattere tassativo o meramente esemplificativo (solo nel primo caso risulta impraticabile l’estensione analogica e pertanto ridotta la discrezionalità nell’applicazione).

(e) Le clausole generali, sulle quali vale la pena spendere qualche parola. Generalmente parlando, come dicevo sopra, ogni norma può essere ricostruita come un enunciato condizionale (“Se F, allora G”), che connette fattispecie e conseguenza. Ebbene, accade che la fattispecie sia descritta non con termini puramente fattuali (termini cioè che si riferiscono a fatti, eventi, circostanze, comportamenti empiricamente osservabili) ma con termini valutativi: le cosiddette “clausole generali” appunto (quali il “danno ingiusto”, la “sana e prudente gestione”, la “influenza notevole”, etc.).

I termini fattuali sollevano dei “normali” problemi di interpretazione, peraltro inevitabili, derivanti dalla strutturale vaghezza dei predicati¹⁹ in tutti i linguaggi naturali: per ogni norma sempre vi saranno fattispecie concrete pacificamente sussumibili nella fattispecie astratta, così come fattispecie concrete di dubbia, controvertibile, qualificazione. Ma l’interpretazione dei termini valutativi fatalmente chiama in causa le soggettive valutazioni – le idee di giustizia, le opzioni politiche – degli interpreti, sicché l’uso di termini siffatti si risolve nel conferimento di una elevata discrezionalità agli organi dell’applicazione in genere e ai giudici in ultima istanza.

¹⁸ Si tratta della cosiddetta “abrogazione innominata”.

¹⁹ Ossia termini, come ho accennato altrove, che designano non entità individuali, ma classi.

Che i giudici debbano, e dunque possano, fare riferimento non alle loro soggettive preferenze etiche, ma alla “morale sociale”, come si ritiene in dottrina, è del tutto illusorio. Intanto, i giudici non sono culturalmente attrezzati a fare indagini sociologiche, e, se anche lo fossero, il processo non sarebbe comunque la sede adatta per compierle. Inoltre, su questioni etiche seriamente controverse, specie in società caratterizzate da un elevato pluralismo culturale, un’opinione morale generalmente condivisa semplicemente non c’è. Infine, anche là dove idee morali generalmente condivise vi sono, è inevitabile che siano filtrate dall’apprezzamento del giudice. È facile congettura insomma che, di fatto, i giudici semplicemente interpretino le clausole generali guidati dai loro soggettivi sentimenti morali, salvo attribuirli ove possibile alla (loro percezione della) morale sociale

2.2. La dissociazione tra disposizioni e norme

La dissociazione tra disposizioni e norme si manifesta in così tanti modi che sarebbe difficile enumerarli tutti. Ecco dunque solo qualche caso paradigmatico, senza un ordine preciso.

(1) Per cominciare, conviene segnalare alcuni aspetti salienti della pratica giurisprudenziale della Corte costituzionale che rende difficile prendere conoscenza delle norme vigenti. Mi riferisco alla pratica delle decisioni interpretative (di rigetto e di accoglimento), additive, e sostitutive.

(i) Nelle decisioni interpretative di rigetto la disposizione di legge sottoposta al giudizio della Corte è dichiarata non incostituzionale a condizione che sia interpretata in un dato modo (mentre sarebbe costituzionalmente illegittima se interpretata diversamente), a condizione cioè che esprima una certa norma e non altre che pure sarebbe egualmente idonea ad esprimere.

(ii) Nelle decisioni interpretative di accoglimento la di-

sposizione di legge sottoposta al giudizio della Corte è dichiarata incostituzionale (a) in quanto sia interpretata in un dato modo, o (b) nella parte in cui esprime una certa norma.

(iii) Nelle decisioni additive la Corte dichiara la illegittimità costituzionale non di una qualche norma esistente, ma di una norma “assente” (o, se si vuole, dell’assenza di una norma, i.e. di una lacuna). Così facendo, introduce nell’ordinamento una norma nuova inespressa – la norma assente, pura creazione giurisprudenziale – con l’argomento che la legge è incostituzionale non per ciò che dispone, ma per ciò che *non* dispone affatto (e che però dovrebbe disporre per essere conforme a costituzione).

(iv) Nelle decisioni sostitutive, infine, la Corte non si limita a dichiarare l’illegittimità costituzionale di una norma, ma contestualmente, per non creare una lacuna, la sostituisce con una norma diversa – di nuovo: puro diritto giurisprudenziale – con l’argomento che la legge è incostituzionale in quanto esprime una certa norma e non un’altra (che dovrebbe esprimere per essere conforme a costituzione).

In tutti questi casi, com’è evidente, la dissociazione tra le disposizioni e le norme è radicale.

(2) Come si diceva sopra, i regolamenti europei derogano alle leggi interne, antecedenti e successive, pur senza abrogarle né renderle invalide. Ciò è quanto dire che le disposizioni di leggi nazionali in conflitto con norme europee – conflitto, che tocca agli organi dell’applicazione accertare – sono valide e vigenti, e tuttavia esprimono norme inapplicabili, il che è come dire che non esprimono alcuna norma. Anche questo è un caso macroscopico di dissociazione tra disposizioni e norme.

(3) È abbastanza evidente che condizione necessaria (anchorché non sufficiente) di conoscibilità delle norme vigenti è una giurisprudenza sincronicamente uniforme e diacronicamente stabile, talché ogni disposizione esprima (almeno

tendenzialmente) sempre la medesima norma. Stabilità e uniformità della giurisprudenza dipendono, a loro volta, da varie cose, tra cui la seguente.

Com'è ovvio, la giurisprudenza è tanto più stabile e uniforme là dove vige la regola del precedente vincolante. Mi riferisco sia alla regola del precedente “verticale”, in virtù della quale le corti inferiori non possono discostarsi dagli orientamenti interpretativi delle corti superiori; sia alla regola del precedente “orizzontale”, in virtù della quale ogni corte non può discostarsi dai precedenti orientamenti interpretativi suoi propri²⁰. È egualmente ovvio che la giurisprudenza è tanto più stabile e uniforme là dove la Corte di cassazione (così come il Consiglio di stato nell'ambito della giustizia amministrativa) esercita un controllo severo e penetrante sopra la giurisprudenza di merito.

(4) Per contro, la conoscibilità delle norme vigenti è ostacolata da pratiche giurisprudenziali, quali: (a) i *revirements*, specie quando si situano al livello degli organi giurisdizionali di ultima istanza, e tanto più se si attribuisce ad essi efficacia retroattiva; e (b) l'interpretazione detta “evolutiva” (o “dinamica”)²¹. Entrambe queste pratiche fanno sì

²⁰ S'intende che non necessariamente la regola del precedente vincolante deve essere stabilita da una disposizione legale (o costituzionale): può anche imporsi per via consuetudinaria, o in quanto mero diritto giurisprudenziale, come lasciano intendere molte pronunce della Cassazione (per ciò che concerne il precedente “verticale”).

²¹ L'interpretazione detta “evolutiva” – spesso argomentata alla luce di una insussistente “intenzione” del legislatore (a scapito della interpretazione letterale) – attribuisce ai testi normativi un significato diverso da quello comunemente accolto. Sia detto per inciso: si può convenire che l'interpretazione evolutiva sia cosa politicamente buona di fronte all'inerzia del legislatore nell'adattare le leggi esistenti a mutati contesti sociali. Ma è un fatto che essa riduce la conoscibilità

che una stessa disposizione venga ad esprimere una norma “nuova”, diversa dal passato.

(5) Infine, la conoscenza delle norme vigenti è ostacolata dall’applicazione analogica, che – se consente al giudice di colmare le lacune (reali o immaginarie), come è doveroso fare vigendo il divieto di *non liquet* – produce comunque decisioni imprevedibili *ex ante*, perché fondate su norme fino a quel momento inesprese.

3. *Limiti alla conoscibilità delle norme*

Sono consapevole di aver dipinto uno scenario sconcertante. Da ciò che ho detto parrebbe naturale concludere che il diritto vigente è semplicemente inconoscibile. Nondimeno, questa conclusione deve essere attenuata, sfumata, alla luce di due considerazioni.

(i) In primo luogo, *non sempre* il significato di una disposizione normativa è controverso.

Non tutte le controversie interpretative sono eterne. In genere – ossia per la maggior parte delle disposizioni – dal punto di vista sincronico esiste nella cultura giuridica e in giurisprudenza una interpretazione consolidata e dominante, cui corrisponde una norma determinata (il “diritto vivente”, secondo il modo di esprimersi corrente della Corte costituzionale).

(ii) In secondo luogo, non sempre il significato di una disposizione è *interamente* controverso.

Accade che una disposizione sia ambigua, cioè che ammetta due interpretazioni alternative: da una medesima disposizione si possono trarre, per via d’interpretazione, alter-

del diritto: fino a quando la nuova interpretazione non si sia consolidata, non sia divenuta “diritto vivente”, le decisioni giurisdizionali sono imprevedibili.

nativamente due norme, o l'una o l'altra. In circostanze siffatte, di certo non si può riconoscere come vigente né l'una né l'altra norma, fino a che una delle due interpretazioni non s'imponga e acquisisca stabilità (divenendo così "diritto vivente"). Tuttavia, la maggior parte delle controversie interpretative non è di questo tipo: oggetto di controversia interpretativa è non il significato di una data disposizione nella sua interezza ma, per così dire, solo una parte di tale significato. Concordiamo che la disposizione D esprima la norma N1; solo discutiamo sulla questione se quella stessa disposizione esprima (o implichi) anche la norma N2, o se la norma N1 sia soggetta ad eccezioni implicite; etc.

In entrambi i casi – accordo interpretativo sincronico, accordo interpretativo parziale – identificare norme vigenti sembra, dopo tutto, possibile. Sembra possibile, in altre parole, prevedere, sia pure con un variabile margine di incertezza, le decisioni future degli organi giurisdizionali. È questo, del resto, che fanno i giuristi quando scrivono manuali di diritto, o gli avvocati quando consigliano i loro clienti.