Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - Vol. III (1989)

ALESSANDRA BIGNARDI

# Theoph. Par. 4.3.15: ancora sulla data della lex Aquilia

## I. Le ipotesi sulla data della legge

**Seppure proposto con una certa cautela, il 286 a.C. è ormai comunemente accettato come anno nel quale si ritiene sia stato approvato il plebiscisto Aquilio (1). All'individuazione di un anno preciso, pur**

---

(1) *La* datazione, proposta *dal* PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Recht, 1867, p. 11 e ss.* è *comunemente accettata. Indichiamo qui, in* considerazione *della vastità della letteratura* sull'argomento, una bibliografia *generale, e parte della letteratura* più *risalente;* ulteriori indicazioni *bibliografiche* saranno *date in relazione agli argomenti specifici.* MONRO, *Digest IX, 2, Lex Aquilia, 1898;* THAYER, *Lex Aquilia, Text, Translation, and Commentary, 1929;* JOLOWICZ, *The Origina1 Scope of the Lex Aquilia and the Question of Damages, in* LQR, *38, 1922,* p. 220 *e ss., su cui* LENEL, in *ZSS, 43, 1922, p.* 575; DAUBE, *On the Third Chapter of the Lex Aquilia, in LQR, 52, 1936, p. 253* e ss., ID. *Form of Roman Legislation, 1956, p.* 10 *e* ss.; ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia, I, Azioni utili e azioni in factum,* p. *1 ss.,* II, *Le estensioni della legittimazione attiva aquiliana, p, 221 e ss. in* Ann.Pal., *1950 e Note Aquiliane,* loc. *cit., 1953,* p. *253 e ss.;* PERRIN, *Le caractère subjectif de l'« iniuria » aquiliana à l'epoque classique,* in *St. De Fracisci, IV, 1956,* p. *263 e ss.;* BEINART, *Once More on the Origin of the Lex Aquilia,* in *Butterworths South African Law Review, 1956, p. 70 e ss.;* LONGO, *Appunti esegetici e note critiche in tema di « Lex Aquilia »* in *AnnMac., 1958,* p. 49 *e ss.;* SEIDL, *Romisches Privatrecht, 1963, p. 209 e* s.; WATSON, *Law of Obligations in the Later Roman Republic, 1965, p. 282 e ss.;* BALZARINI, *Cic. pro Tullio e l'editto di Lucullo, in St. Grosso, I, 1968, p. 321 e ss.;* SCHIPANI, *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa », 1969, su cui* CANNATA, *Labeo, 1971, p. 74 e ss.;* LAWSON, *Neglicence in the Civil Law, 1950,* p. *8 e ss.;* GERKE, *Die geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Anspruche aus der lex Aquilia, in SDHI, 23, 1957, p. 57* e *ss.;* WATSON, *The Law of the Ancient Romans, 1970;* ID. *Roman Privat Law around 200 b.C., 1971;* VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, 1971;* LIEBS, *Dammum, damnare und damnnas. Zur Bedeutungsgeschichte eniger lateinischer Rechts, (1968) in* ZSS, *85, 1968, p. 173 e ss.;* WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassichen römischen Recth, 1972, p. 38 e ss.;* MACQUERON, *Histoire des obligations, (Droit Romain), 1971, p. 303 e ss.;* DAUBE, *Roman Law. Linguistis, Social and Philosophical Aspect, 1969, su cui* KASER, *in ZSS, 87, 1970, p. 535 e* s.; MAC KORMACK, *On the Third*

nell' incertezza che comunque rimane in proposito, si è giunti in virtù della notizia, riportata nella Parafrasi teofilina (2), secondo la quale il tribuno Aquilio aveva proposto questo prowedimento nel corso di una rivolta plebea. Poiché la secessione richiamata da Teofilo non poteva essere né quella del 494 a.C. né quella del 449 a.C. (3), si è ritenuto di identificare l'avvenimento — peraltro non meglio definito dall'autore — con la secessione durante la quale pare sia stata approvata la lex Hortensia, con cui si stabilì che i plebisciti avessero valore di legge (4).

Per il carattere arcaico delle disposizioni della legge anche coloro che non attribuiscono particolare importanza alla notizia sono comuque dell'opinione che il prowedimento debba collocarsi fra le leggi repubblicane di epoca assai risalente, supponendolo alcuni addirittura anteriore alla data indicata, In questa direzione si è mosso il Biscardi (5), che ha cercato conferma del proprio assunto in una nuova interpretazione del noto testo della Parafrasi e dell'affermazione di Gaio relativa alla fictio civitatis per l'actio legis Aquiliae.

In ordine al primo punto il Biscardi ha prospettato la possibilità che la sedizione plebea durante la quale fu approvato il plebiscito, non coincidesse con la secessione della plebe sul Gianicolo, dal momento che la connessione con quell'avvenimento era dovuta all'errata convinzione che prima della legge Ortensia le deliberazioni dei concilia *plebis* non potessero avere efficacia vincolante per tutto il popolo (6). Secondo lo studioso, una volta superato l'ostacolo posto da

---

*Chapter of the lex Aquilia,* in *The Irish Jurist, 5, 1970,* p. *164* e ss.; D., *Aquilian Studies,* in *SDHI, 41, 1875, p. 1* e ss.; D., *Juristic Interpretation of the Lex Aquilia,* in *St. Sanfilippo, i, 1982,* p. *256* e ss.; HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der Zex Aquilia, 1980;* ANKUM ,*Das Problem der «überholenden Kausalitat» bei der Anwendung der lex Aquilia im klassischen römischen Recht,* in «*De Iustitia et Iure*» *Festgabe fur von Lubtow, 1980,* p. *325* e ss.; Nörr, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung, 1986, p. 121* e ss.

(2) Theoph. Par. 4.3.15.

(3) *D.9.2.1* pr. (*Ulp. 18 ad. ed.): Lex Aquilia omnibus legibus, quae ant se de damno iniuria locutae sunt, derogavit: sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit.* È evidente che l'affermazione di Ulpiano secondo la quale la legge *derogavit* è da intendere in senso atecnico. Essa è rilevante solamente al fine di una indicazione cronologica «certa», offerta appunto dalla legislazione decemvirale. Accettando la cannessione fra approvazione del plebiscito e secessione plebea, si deve allora necessariamente riferire questa legge all'ultima delle secessioni plebee ricordate dalle fonti, escludendo la secessione del *449* a.C., troppo vicina a1 decemvirato legislativo per giustificare il richiamo di Ulpiano anche ad altri interventi legislativi, posteriori alle dodici tavole.

(4) Anche se il riferimento alla *lex Horfensia* non è autorizzato dal testo della Parafrasi. Come vedremo, Teofilo si limita ad affermare che il plebiscito è stato approvato nel corso di una secessione.

(5) BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia,* in *Scritti Giuffré, I, 1967, p.* 77 e ss.

(6) BISCARDI, o.c. p. 81.

questa correlazione, nulla osterebbe a pensare che l'episodio, nel corso del quale Teofilo afferma essere stato approvato il plebiscito Aquilio, fosse quello relativo alla rivolta del 342 a.C., di cui ci dà notizia Livio (7).

L'anticipazione così ottenuta troverebbe ulteriore conforto in Gai. 4.37, dove il giurista parla della fictio civitatis prevista nelle ipotesi di *furtum* e *damnum*: secondo il Biscardi, la fictio ha senso solo per il tempo in cui ai peregrini era impedita la possibilità di essere parte nel processo romano e quindi in un periodo antecedente la creazione del pretore peregrino. La soluzione offerta dalla fictio proverebbe non solo che l'actio ex lege *Aquilia* era già applicata in epoca anteriore al 242 a.C., ma che essa doveva essere in vigore già da considerevole tempo, se si era avvertita la necessità di provvedere per estenderla anche agli stranieri (8).

Su un punto ci sembra di poter concordare con la tesi del Biscardi, e cioè sulla necessità di slegare il plebiscito dalla data « precisa » del 286 a.C.; maggiori perplessità abbiamo a ritenere il passo di Gaio riferibile al processo per legis actiones e non, invece, alla procedura per *formulas*; infine, scarsamente attendibile sembra la data alternativa, il 342 a.C., fissata sulla base di un episodio del quale è dubbia anche l'esatta ricostruzione (9).

Prima di riesaminare il problema è opportuno un breve riepilogo dei dati dai quali si debbono prendere le mosse. L'inquadramento cronologico della legge Aquilia è compiuto sulla base di due testi del Digesto, della notizia riportata nella Parafrasi, di uno scolio anonimo dei Basilici e, infine, dell'esplicito richiamo all'actio legis *Aquiliae* compiuto da Cicerone. Nel primo frammento del titolo 9.2 del Digesto, Ulpiano ci informa che la lex Aquilia era subentrata a tutte le disposizioni in tema di danno già previste dalla legge delle XII tavole

---

(7) Liv. 7.38.5-7, 40-3, Sull'attendibilità dell'identificazione dell'episodio con una secessione plebea v. GIANNELLI, La repubblica romana, 1955, p. 119 e s.; per una lettura particolare: ZAMORANI, Plebe Genti Esercito. Una ipotesi sulla storia di Roma, 1987, p. 103 e ss.

(8) BISCARDI, o.c. p. 83. L'argomento non regge: in primo luogo la fictio civitatis è riferita, da Gaio, al processo formulare, mentre le applicazioni dell'*actio* ex Zege Aquilia risalgono al sistema delle legis actiones, ma, in, particolare, la fictio civitatis non postula necessariamente la mancanza di un organo giurisdizionale competente per i peregrini, poiché essa è solamente funzionale alla legittimazione della parte nel processo; infatti non rileva ai fini della competenza del magistrato, ma solo in ordine alla iurisdictio. Cfr. PUGLIESE, *Il* processo civile romano, II, 1, 1963, p. 113 e ss.; KASER, Das *römische Zivilprozessrecht*, 1966, p. 31 ss.; SERRAO, *La* iurisdictio *del* pretore peregrino, 1954, p. 45 e ss.

(9) Livio non avrebbe mai potuto « dimenticare » il plebiscito Aquilio nel suo racconto dell'anno 342: sarebbe stato, fra l'altro, l'unico plebiscito di quell'anno della cui vigenza non si sarebbe dubitato.

***e*** in altre leggi ad essa successive. In **D.9.2.27.22** è riportata l'interpretazione che il giurista Bruta aveva dato del verbo ***rumpere*** usato nel terzo capo della legge. Anche quest'ultima indicazione è stata ritenuta inaffidabile e si è preferito assumere come prova del ***dies ante quem*** l'esplicito riferimento alla formula dell'actio ***ex lege Aquilia*** compiuto da Cicerone (10).

Un dato certo è pertanto che il plebiscito è stato approvato nell'arco di tempo compreso fra le XII tavole e la fine del II sec. a.C.(11) Le ipotesi avanzate per individuare con minore approssimazione la data della sua approvazione si basano sul tipo di provvedimento e sui passi della Parafrasi e dei Basilici.

## II. Le fonti

È opportuno, dunque, iniziare esaminando questi ultimi:

Theoph. Par. 4.3.15:

Κἀχεῖ μὲν πρόσχειται τὸ 'plurimi', ἐνταῦθα δὲ σεσίγηται, ὡς ἐντεῦθεν παρρησίαν ἔχειν τὸν δικαστὴν εἰς ἐκείνην ἀναφέρειν ἐκ τῶν τριάκοντα ἡμερῶν τὴν ἡμέραν ἐν ᾗ ἐλάττονος ἄξιον ἦν τὸ πρᾶγμα καὶ χαρίσασθαι τῷ ἐναγομένῳ ἢ εἴς ἦν πλείονος ὑπῆρχε, καὶ ὠφελῆσαι τὸν ἐνάγοντα. ἀλλὰ κάλλιστόν φησιν ὁ Sabinos ὁμοίαν εἶναι ποιητέαν τὴν διατίμησιν, ὥςπερ εἰ κἀνταῦθα τὸ 'plurimi' προσέκειτο ῥῆμα. ὁ γὰρ ῥωμαϊκὸς χυδαῖος δῆμος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δήμου καὶ τῆς συγκλήτου, τοῦ Aquiliu [δήμαρχος δὲ οὗτος] τὸν παρόντα νόμον τεθέντος, ἠρκέσθη τῷ 'plurimi' ῥήματι ἐν τῷ πρώτω κειμένῳ κεφαλαίῳ (12).

Schol. anon. ad Bas. 60.3.1:

'Ο 'Ανων. Κἂν κυρίως ὁ 'Ακουΐλιος πλεβίσκιτόν ἐστιν. Τοῦ αὐτοῦ. Τουτέστι, τὸ ὑπὸ τοῦ πλήθους γνωσθὲν τοῦ χυδαίου·

---

(10) Cic. Pro *Roscio comoedo* 11.32; ma v. anche Cic. Pro *Tullio* 5.11.

(11) Per il dies ante *quem* non ci sembra di dover condividere l'opinione di MOMMSEN, Romisches Strafrecht, 1899 (rist. 1955) p. 825 e n. 4, secondo la quale l'unica data certa è quella offerta dai testi ciceroniani. Non si deve trascurare il dato offerto dalla conoscenza della legge da parte di Bruto e Q. Mucio, come risulta dal Digesto, e che la pone ad una, data anteriore alla metà del II sec. a.C.

(12) FERRINI, 2, p. 404; Verbum autem « plurimi » quod illic adicitur, hic praetermittitur, ut videatur liberum esse iudici utrum ad eum diem ex triginta proximis pretium referri velit, quo res minimi fuerit et ita reo opitulari, an ad illum, quo res maximi fuerit, et ita actori fauvere, set rectissime Sabinus ait perinde habendam aestimationem, acsi etiam hac parte « plurimi » verbum esset adiectum. plebs enim romana, cum tempore dissensianis inter plebem et patres Aquilius hanc legem rogaret, contenta fuit, quod prima parte id verbum « plurimi » positum esset.

πλεβίσκιτον γάρ ἐστι τὸ ὑπὸ τοῦ χυδαίου νόμου γνωσθὲν καὶ κυρωθέν, ὡς ἰνστιτ. ά. τιτ. ά. ὁ Ἀκουΐλιος δήμαρχος ἦν τοῦ χυδαίου νόμου. ὅτε γὰρ ἐστασίασε τὸ πλῆθος προς τοὺς συγκλητικούς, καὶ διέστη ἀπ' αὐτῶν, εἶχον τοῦτον ἄρχοντα, καὶ τὸ παρ' αὐτῶν νομοθετούμενον οὕτως ἐκλήθη. ὅθεν πλεβίσκιτόν ἐστι μᾶλλον ὁ Ἀκουΐλιος, ἢ νόμος. ἔχει δὲ τρία κεφάλαια, ἐν οἷς περὶ ζημίας περιλαμβάνεται. ἓξ γὰρ παρὰ Ρωμαίοις νομοθέται, δῆμος, χυδαῖος δῆμος, σύγκλητος, βασιλεύς, ἄρχοντες τῆς Ῥώμης, σοφοί. [Sch. b. VII. 66. sq.] (13).

Nessun problema di interpretazione, almeno formale, offre il primo passo; non vi è dubbio infatti che per il maestro bizantino il plebiscito era stato approvato in occasione di una secessione plebea, della quale, però, non offre ulteriori elementi di identificazione.

Maggiori perplessità sorgono invece nel voler attribuire all'anonimo scoliaste lo stesso collegamento compiuto da Teofilo. Nel secondo passo il richiamo alla secessione della plebe non era volto ad indicare in quale contesto la legge fu approvata, ma piuttosto ad indentificare la natura del provvedimento che era oggetto di esame. Il commentatore, illustrando l'affermazione di Ulpiano « *quae lex Aquilia plebiscitum est: cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit* », ha dato, in primo luogo, l'etimologia del termine plebiscito; poi, dovendo spiegare chi fosse un tribuno e come era organizzato il concilio plebeo, si è riferito alle origini di questi organi. Poiché nel frammento del Digesto era sottolineata la natura di plebiscito del provvedimento, era conseguente darne spiegazione richiamando gli avvenimenti dai quali erano sorti tribunato, concili plebei e plebisciti: di qui il riferimento alle secessioni plebee (14).

Sarebbe far violenza al testo se si volesse sostenere che questo

---

(13) HEIMBACH, 5, p.263: Aquilia proprie plebiscitum est. Eiusdem. Hoc est, a plebe scitum: plebiscitum enim est, quod a plebe scitum et confirrnatum est, ut Instit. 1. tit. 1. Aquilius erat tribunus plebis. Cum enim orta esset seditio inter populum et Senatores, et populus secessisset, hunc habuerunt magistratum, et quod ab his sancitum est, ita vocatum est. Und Aquilia plebisciturn est potius, quam lex. Habet autern tria capita, quibus de damno tractatur. Sex autem apud Romanos erant legislatores, populus, plebs, Senatus, Princeps, magistratus, prudentes.

(14) Lo scolio è comunemente posto sullo stesso piano della notizia riportata nella Parafrasi, come ulteriore testimonianza che — almeno nell'ambiente bizantino — circolava tale versione. L'accostamento fra i due testi è compiuto non solo da chi attribuisce veridicità alla indicazione di Teofilo (così, nei limiti della sua interpretazione in ordine all'episodio richiamato, il BISCARDI, o.c. p. 78), ma anche da chi non presta fiducia alle indicazioni contenute nella Parafrasi: in questo senso v. GIRARD, *Manuel élémentaire* de droit *romain,* 19064, p. 411 e n. 1; VON LÜBTOW, *Untersuchungen,* cit. (*supra* n. 1), p. 16; MACQUERON, Wistoire des *Obligations,* cit. (supra n. 1), p. 304.

ultimo, generico rinvio fosse specificatamente riferito al plebiscito aquiliano: si dovrebbe ammettere allora che nel corso della stessa rivolta della plebe si provvide alla creazione dei tribuni, a riconoscere il valore vincolante di quanto deciso nelle assemblee plebee e a votare il plebiscito presentato dall'evidentemente neo eletto tribuno Aquilio: il che è palesemente assurdo.

A questo punto ci sembra non sia necessario aggiungere altro: è il dato testuale che dimostra come non sia possibile porre sullo stesso piano il discorso condotto da Teofilo nella Parafrasi *e* quello compiuto dall'anonimo commentatore nei Basilici. Infatti se in entrambi i passi troviamo richiamate le secessioni plebee in relazione alla legge Aquilia, ciò non significa che le due fonti si sostengano a vicenda; la coincidenza è, in certa misura, casuale: nei Basilici la citazione della legge è occasione per un breve *excursus* storico di carattere generale sulle vicende dei tribuni e dei conflitti patrizio-plebei, nella Parafrasi, come vedremo meglio più avanti, l'avvenimento serve a giustificare un certo contenuto del testo di legge.

È al testo della Parafrasi che dobbiamo volgere la nostra attenzione. Dubbi sull'esatto tenore del passo non possono sussistere: l'interpretazione di διάστασις (15) come indicazione di una vera e propria secessione e non generico momento di tensione fra popolo e senato (16) è certamente fondata: perplessità sorgono invece sull'attendibilità della notizia (17). Essa è data dal maestro bizantino

(15) La lettura del passo nel senso indicato si basa fondamentalmente sul termine usato da Teofila. Esso è sostantivo di διΐστημι il cui significato primario è: collocare in luoghi diversi, separati, con preciso valore locativo. A conforto della fondatezza di tale interpretazione, nei limiti dell'esistenza di una prassi terminologica in questa direzione, si può addurre come prova lo scolio dei Basilici, al quale ci si è, più sopra, riferiti. In quella sede il commentatore, tratteggiando a grandi linee la storia delle secessioni plebee, scinde in due momenti distinti le fasi caratterizzanti il conflitto e, mentre per esprimere l'attrito fra le due classi usa l'espressione ἐστασίασε τό πλῆθος, quanda parla della secessione adopera διέστη ἀπ' αὐτῶν, come nella Parafrasi.

(16) PAIS, Storia di Roma dalle origini *all'inizio* delle guerre puniche, I, 2, p. 551 n. 3. Secondo lo studioso l'espressione χυδαῖος δῆμος dovrebbe genericamente riferirsi al popolo minuto e non specificatamente alla plebe; in questo casa il conflitto al quale si richiama Teofilo non sarebbe patrizio-plebeo, bensì popolo-senato e potrebbe riguardare anche una delle somrnosse scoppiate in epoca graccana. Secondo quest'ultima interpretazione, Teofilo porrebbe l'approvazione della legge alla metà (in questo caso, seconda metà) del II sec. a.C. Oltre alle considerazioni già svolte (supra n. 10), anche qui vale l'annotazione compiuta in merito al lessico usato: nelle fonti bizantine esistono due espressioni — se non tecniche, almeno ben identificabili — distinte per indicare la « plebe » e il « popola »: ne è un esempio l'elenco degli organi legislativi riportato alla fine dello scolio in esame nel quale a δῆμος segue χυδαῖος δῆμος.

(17) HONORÈ, Linguistic and *social* context of The lex Aquilia, in The Irish

allorché tratta dell'interpretatio dei *verba* del terzo capitolo della legge, là dove dà conto dei motivi per i quali nel testo non compare il « *plurimi* » quale parametro per la stima del danno. Nella versione della Parafrasi l'omissione sarebbe dipesa dal fatto che la plebe — essendo, il prowedimento, stato presentato dal tribuno Aquilio nel corso della secessione — aveva ritenuto appagante l'inserimento di quel particolare parametro nel solo primo capo. Il collegamento alla secessione sembra quindi compiuto non al fine di individuare l'epoca nella quale era stata approvata la legge, ma piuttosto per giustificare l'assenza di plurimi nel terzo capitolo. Nella sostanza il motivo per il quale Teofilo ci offre questo dato non sposta il valore di riferimento cronologico del dato stesso, ma l'indagine sui motivi serve a valutare il peso da attribuirgli. Non solo, ma una ricerca in questa direzione può risolvere l'ulteriore quesito, sempre consequenziale al discorso condotto da Teofilo, se il riferimento alla natura dell'organo deliberante ed al momento politicamente difficile avesse il fine di rendere manifesto che, già alle origini, la legge aveva previsto anche per il terzo capo quel particolare parametro dato dal « plurimi », o se esso servisse solamente come giustificazione per la diversa misura stabilita nei due capi della legge.

Nel primo caso; il richiamo all'organo deliberante sarebbe servito a motivare l'imprecisione del testo: e sarebbe espressione della mancanza di consuetudine all'attività legislativa dei concilia plebis; evidentemente la plebe era convinta che la statuizione del criterio contenuta nel primo capitolo sarebbe stata sufficiente perché — non volendo essa disporre diversamente — lo stesso fosse applicato anche al terzo capo. Da qui l'ulteriore corollario che, fin dalle origini, il testo di legge contemplasse, seppure implicitamente, il criterio del massimo valore raggiunto nell'ultimo mese.

Nella seconda ipotesi, il richiamo sarebbe servito a spiegare la diversità di trattamento per i due capi della legge: I'omissione del « plurimi » potrebbe essere indizio di una valutazione di opportunità politica compiuta dall'organo stesso che aveva emanato la legge [18].

---

***Jurist*, 7**, 1972, ***p.*** 145, attribuisce la notizia ad un'« associazione di idee » di Teofilo: da plebe-plebiscito. Pur concordando sulla inaffidabilità della fonte, non ci sembra esauriente — per lo meno molto più esauriente — parlare d'associazione di idee anziché di « pura fantasia » come è stato. fatto da altri (cfr. gli aa. citt. ***supra*** n. 14). Si tratta — prima di eliminare una notizia così precisa — di trovare almeno: il motivo che può avere spinto Teofilo a commettere questo « svarione » storico.

[18] Così BISCARDI, o.c. p. **83** il quale, sul presupposto che il provvedimento fosse conforme agli interessi plebei, trova nella « cautela » usata dal tribuno, una conferma alla sua ipotesi che il plebiscito dovesse essere stato adottato in epoca antecedente alla *lex* Hortensia, quando, cioè, era ancora necessario l'assen-

Conseguenza di questa seconda interpretazione è che, in origine, si fosse realmente voluto il semplice pagamento di una somma di denaro commisurata al valore che nell'ultimo mese era genericamente attribuito a quel bene.

## III. Comparazione fra i testi delle Istituzioni di Gaio, di Giustiniano e della Parafrasi

Appurato allora che il richiamo alla secessione plebea è stato compiuto da Teofilo in funzione dell'argomento specifico che stava trattando, evidentemente deve sussistere una correlazione fra il momento 'genetico' del plebiscito e quanto in discussione in quel punto. Ma, poiché l'opera è parafrasi delle Istituzioni giustinianee e queste, a loro volta, sono state elaborate fondamentalmente sulla base delle Istituzioni di Gaio, il 'senso' del brano in esame lo si deve desumere anche in relazione alle fonti sulle quali il maestro bizantino ha lavorato. Punto di partenza dell'ulteriore indagine sono allora i passi paralleli delle Istituzioni giustinianee e di Gaio.

> Gai. 3.218: Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus xxx proxumis ea res fuerit, dammatur is, qui damnum dederit. ac ne 'plurimi' quidem verbum adicitur; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus xxx aestimationem redigere, quo plurimi || res fuit, vel ad id, quo minoris fuit. sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte 'plurimi' verbum adiectum esset: nam legis latorem contentum fuisse, < quod prima parte eo verbo usus esset ...

Gaio, che nel paragrafo precedente aveva illustrato l'ambito di applicazione del terzo capo, prende qui in considerazione il differente criterio di valutazione del danno stabilito nel capo I e nel capo III. La diversità consiste nel dissimile intervallo di tempo fissato per l'uno e per l'altro capo e dalla mancanza, nel terzo capo, del criterio del massimo valore nel III capo.

A questo punto troviamo il discorso che più direttamente ci in-

---

*so* del senato, perché i plebisciti potessero essere portati all'approvazione dei *concilia*. L'inserimento del « *plurimi* » avrebbe reso più difficile la concessione della *auctoritas* senatoria alla legge. La tesi che il provvedimento avesse lo scopo di far risarcire i plebei per i danni subiti nel corso della secessione è stata avanzata per primo dal BEINART, *Once more* ... cit. (*supra* n. *l*), *p.* 78 e ss. e accolta dal VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, 1961, p.* 564; MONIER, *Manuei élémentaire de droit romain,* II[4], *1948,* p. 56 *n.* 1; da ultimo BAUMANN, *Lawyers* in *Roman Republican Politics, 1983,* p. *82 ss.*

teressa, e che concerne appunto il mancato inserimento del « *plurimi* »: nella versione di Gaio la lacuna avrebbe fatto sì che alcuni giuristi interpretassero tale mancanza come possibilità riconosciuta al giudice di applicare a proprio arbitrio un valore qualsiasi, ricompreso tra il massimo ed il minimo. Di qui la tesi di Sabino, che anche per questo capitolo si dovesse adottare lo stesso criterio previsto nel capo I.

L'opinione di Sabino è implicitamente accolta dall'autore delle Institutiones, Gaio, che sembra porla quale « interpretazione autentica » della legge, poiché conclude che lo stesso legislatore non avrebbe provveduto in quanto avrebbe ritenuto sufficiente fissare il criterio del massimo valore, una volta per tutte, nel capo I (19).

Più articolato è il passo parallelo delle Istituzioni.

> I.4.3.14-15: Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite ex dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, 'obligatur' is qui damnum dederit. Ac ne plurimi quidem verbum adicitur. sed Sabino 'recte' placuit perinde habendam aestimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum fuisset: nam plebem Romanam, quae Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa est.

Dopo un'introduzione che ricalca abbastanza fedelmente il testo gaiano, i compilatori giustinianei compiono un esame comparativo fra i due capi della legge, là ove oltre alla contrapposizione fra l'uccisione di schiavi e ogni altro danno, si sottolinea il comune requisito del comportamento doloso o colposo dell'autore.

---

(19) Il testo, in questa parte lacunoso, è integrato con il passo parallelo delle Istituzioni giustinianee. Non è molto chiaro se l'espressione « *nam Zegis latorem contentum fuisse* » riporti sempre il pensiero di Sabino o sia aggiunta di Gaio, preoccupato di dare alla tesi del maestro il valore di una « interpretazione autentica ». Presumibilmente l'argomentazione del Zegis Zator deve essere stata avanzata allorché era ancora in atta la discussione giurisprudenziale in ordine a quel punto. Anche se non più necessario, dal momento che la tesi di Sabino, era armai prevalsa, Gaio deve aver ritenuta opportuno farne menzione, così come aveva riferito delle altre opinioni. Sul richiamo al Zegis Zator nelle Istituzioni di Gaio v. MEDICUS, Der historische *Normzweck* ei den romischen *Klassikern,* in Studien *im* romischen Recht (Festg. Kaser), 1973, p. 68 e ss.; KASER, *Zur methodologie* der romischen *Rechtsquellenforschung,* 1972, p. 21 e s. NÖRR, Der Jurist *im* Krais der *Intellektuellen:* Mittspieler oder Aussenzeiter? *(Gellius,* Noctes Atticae *16.10),* in Festschrìft Kaser, 1976, p. 65 con lett. e p. 77.

I1 passo evidenzia il nuovo angolo visuale secondo il quale viene intesa la legge: da una parte l'uccisione di schiavi e *pecudes*, dall'altro ogni altro danno; la rilevanza dell'elemento soggettivo espressa con l'endiadi dolo-colpa ed il superamento del criterio fissato con il termine « *iniuria* che, al contrario, è ancora usato da Gaio. I1 paragrafo si conclude con un brusco ritorno al testo delle *Institutiones* gaiane, là ove si sottolinea il diverso periodo di tempo contemplato nei due capitoli della legge. Si passa poi al parametro da usarsi nella valutazione, quindi all'enunciazione della tesi di Sabino preceduta da un « *recte* », che potrebbe indicare non solo l'adesione dei giuristi bizantini a questa interpretazione del testo, ma anche alludere all'esistenza di altre, diverse opinioni. Sempre seguendo lo schema di Gaio ci si richiama alle origini del plebiscito, ma è proprio in relazione a questa frase conclusiva che troviamo un intervento dei commissari giustinianei, il quale — sebbene appaia del tutto innocuo — è invece segno eloquente che l'originario significato del passo di Gaio non è stato, da loro, compreso. Qui, infatti, anziché attribuire la preterizione del *plurimi* al *legis lator*, si afferma che fu la *plebs romana* a compiere quella scelta. È bensì vero che formalmente tale mutamento parrebbe dovuto solamente a una maggiore esaustività (l'inciso '*quae Aquilio ... tulit* ne farebbe fede) ma lo spostamento dell'attenzione sull'organo deliberante è importante indizio di un'interpretazione affatto estranea alla fonte dalla quale avevano attinto. Infine occorre soffermarci sul corrispondente passo della Parafrasi, che riportiamo con accanto il testo latino del Ferrini.

Theoph. 4.3.14-15:

Ἐκεῖνο δὲ ὡμολογημένων ἐστὶν, ὥςπερ ἐκ τοῦ πρώτου κεφαλαίου τότε κατέχεταί τις τῷ Aquilíῳ, ἐπειδὰν δόλῳ ἢ cúlpa τὸν ἀλλότριον οἰκέτην ἤ τὸ pécus ἀνέλῃ, οὕτω καὶ ἐκ τοῦ τρίτου ὁ δόλος ἢ ἡ cúlpa ἐνάγεσθαι ποιεῖ τὸν ζημιώσαντα. οὐκοῦν κατὰ τοῦτο ἐοίκασιν ἀλλήλοις τὰ δύο κεφάλαια. ἐν ἐκείνῳ δὲ διήνοχεν ὅτι τὸ μὲν πρῶτον κεφάλαιον περὶ οἰκέτου ἢ pecúdu φησὶν ἀναιρέσεως, τὸ δὲ τρίτον ποτὲ, νῦν δεύτερον, περὶ πάσης τῆς λειπομένης διαλαμβάνει ζημίας, καὶ οὐ μόνον ἐν τούτῳ, ἀλλὰ καὶ ἐν ἐκείνῳ, ὅτι ἐπὶ μὲν τοῦ πρώτου κεφαλαίου ἐπὶ ἐνιαυτὸν ὁ δικαστὴς ἑαυτὸν ἀνακλᾷ, ἐπὶ δὲ τῶν συμβαινόντων ἐκ τοῦ τρίτου κεφαλαίου ἐπί τριάκοντα ἡμέρας. Κἀκεῖ μὲν πρόσκειται τὸ

Illud vero palam est: sicut ex primo capite ita demum quisque lege aquilia tenetur, si dolo aut culpa alienum hominem pecusve occiderit, ita ex tertio capite ex dolo aut culpa eum, qui damnum dederit, teneri. in hoc igitur utraque capita conveniunt. in eo plane differunt, quod primum caput de hornine pecudeve occisis loquitur, tertium autern (ut olim, nunc vero secundum) de ceteris damnis adlatis pertractat; in eo quoque differunt, quod ex primo capite quanti in eo anno res plurimi fuerit iudex aestimare debet, ex tertio autem quanti in triginta die-

'plurimi', ἐνταῦθα δὲ σεσίγηται, ὡς ἐντεῦθεν παρρησίαν ἔχειν τὸν δικαστὴν εἰς ἐκείνην ἀναφέρειν ἐκ τῶν τριάκοντα ἡμερῶν τὴν ἡμέραν ἐκ ἧ ἐλάττονος ἄξιον ἦν τὸ πρᾶγμα καὶ χαρίσασθαι τῷ ἐναγομένῳ ἢ εἷς ἦν πλείονος ὑπῆρχε, καὶ ὠφελῆσαι τὸν ἐνάγοντα. ἀλλὰ κάλλιστόν φησιν ὁ Sabînos ὁμοίαν εἶναι ποιητέαν τὴν διατίμησιν, ὥςπερ εἰ κἀνταῦθα τὸ 'plurimi' προσέκειτο ῥῆμα. ὁ γὰρ ῥωμαϊκὸς χυδαῖος δῆμος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δήμου καὶ τῆς συγκλήτου, τοῦ Aquiliu [δήμαρχος δὲ οὗτος] τὸν παρόντα νόμον τεθέντος, ἠρκέσθν τῷ 'plurimi' ῥήματι ἐν τῷ πρώτῳ κειμένῳ κεφαλαίῳ.

bus proximis. 15. Verbum autem « plurimi » quod illic adicitur, hic praetermittitur, ut videatur liberum esse iudici utrum ad eum diem et triginta proximis pretium referri velit, quo res minimi fuerit et ita reo opitulari, an ad illum, quo res maximi fuerit, et ita attori favere. set rectissime Sabinus ait perinde habendam aestimationem, acsi etiam hac parte « plurimi » verbus esset adiectum. plebs enim romana, cum tempore dissensionis inter plebem et patres Aquilius hanc legem rogaret, contenta fuit, quod prima parte id verbum « plurimi » positum esset.

Introdotta la comparazione fra primo e terzo capo sulla base dell'elemento soggettivo, sempre espresso nella formula dolo-colpa, il discorso prosegue dando maggior rilievo agli elementi di diversità esistenti fra i due capitoli della legge, sì che ne risulta più evidente la costruzione a doppio binario. Il sistema diviene in tal modo più articolato rispetto al testo sia delle Istituzioni Giustinianee, sia delle Istituzioni di Gaio, e sebbene la diversità sia precipuamente di carattere sistematico, viene qui posto in particolare rilievo l'oggetto tutelato nei due capi, creando una giustapposizione fra l'omicidio di pecudes e schiavi da una parte e ogni altro danno dall'altro, così da sembrare, la prima, ipotesi speciale alla quale si contrapporrebbe una nuova figura generale (20).

I1 criterio del doppio binario rimane comunque anche in relazione alle conseguenze: viene infatti sottolineato il diverso periodo di tempo al quale fare riferimento nelle due fattispecie e, infine, il parametro del massimo valore riservato solo alle ipotesi previste per il primo capo. Conseguenza della mancata specificazione è, per Teofilo, l'assoluta discrezionalità del giudice nel compiere la valutazione: questi sarebbe stato libero di applicare il valore più basso, se avesse

(20) Non credo sia possibile desumere, dalla distinzione così posta, indizi probanti di una evoluzione del concetto di danno ad opera dei giuristi di epoca giustinianea. Teofilo si limita a riportare lo stesso schema che aveva premesso a tutto il terzo capo della legge e che corrisponde all'espressione usata da Gaio nel par. 217 del III libro.

voluto favorire il convenuto, o, viceversa, il più alto, nell'interesse dell'attore. Pertanto, le eventuali disparità di trattamento risulterebbero riconducibili alla prassi giudiziaria, e non, come invece da Gaio, legate all'interpretazione data dai giuristi.

L'opinione di Sabino è qui preceduta da κάλλιστον che, inserito in questo contesto, assume un significato parzialmente diverso dal « *recte* » delle Istituzioni. È aggettivo usato per indicare il positivo risvolto dell'intervento di Sabino, che veniva ad eliminare le possibili sperequazioni che la lacuna del testo avrebbe, o aveva già, causato, mentre non può in alcun modo essere indice di una valutazione comparativa rispetto a tesi diverse da quella riportata nel testo della Parafrasi. La frase conclusiva corrisponde alle Istituzioni, ad eccezione del richiamo alla secessione, dal quale siamo partiti.

## IV. Gai. 3.218: la tesi di Sabino

Al di là delle divergenze che abbiamo testé messo in luce, non vi è dubbio che il passo di Gaio è la fonte dei due brani delle Istituzioni di Giustiniano e della Parafrasi. È possibile, allora, che nelle Istituzioni gaiane sia più facilmente reperibile il motivo che ha portato Teofilo a riallacciare l'origine della legge ad una secessione plebea. Consideriamo, in primo luogo, il passo delle *Institutiones,* là ove Gaio riferisce la tesi di Sabino. Dalla notizia si ricava, anzitutto che la attribuzione al III capitolo del criterio del massimo valore era frutto di una opinione interpretativa emersa nel corso di una discussione giurisprudenziale, evidentemente relativa a questo aspetto specifico.

Lascia perplessi che una discussione siffatta si sia svolta a tanta distanza di tempo, nel corso del primo secolo dopo Cristo, come denuncia l'intervento, seppure conclusivo, di Sabino. Noi sappiamo infatti che il plebiscito era stato assoggettato assai per tempo ad una intensa e continua attività di interpretazione da parte dei giuristi; basti pensare all'estensione di « *rumpere* » compiuta da Bruto (21) nell'ipotesi di aborto della schiava e della giumenta; o all'equivalenza stabilita dai « veteres » fra *rumpere* e *corrumpere* (22). Non solo, ma già alla stessa giurisprudenza di età repubblicana sono da attribuire le basi della elaborazione del concetto di *culpa,* come può facil-

(21) D.9.2.27.22: *(Ulp.* 18 *ad ed.): Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait, Aquilia teneri quasi rupto.*

(22) D.9.2.27.13 *(Ulp.* 18 *ad ed.): Inquit lex reperit. Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corruperit.*

mente trarsi dai pareri di Mucio, Servio e dai noti frammenti di Alfeno [23].

Quanto meraviglia quindi, è il tipo di discussione che ci riporta Gaio (vale a dire la natura del problema dibattuto, la cui rilevanza appare del tutto secondaria rispetto ai temi che già da almeno un secolo erano oggetto di discussione) in relazione al momento nel quale essa è sorta. Dato il silenzio delle fonti, non crediamo che la diatriba, in merito a questo aspetto, si sia protratta a lungo: se effettivamente la lacuna relativa al parametro da usarsi avesse dato luogo a gravi inconvenienti, difficilmente questi sarebbero stati taciuti e la argomentazione della discrezionalità del giudice avrebbe avuto ben diverso tenore nello stesso testo di Gaio. È possibile quindi che, per un certo periodo, la mancanza di « *plurimi* » o comunque di ogni altro criterio a questo analogo, non sia stata avvertita come una manchevolezza e una imperfezione del testo. La discussione accesasi così tardi dimostrerebbe l'emergere di un problema nuovo, che non era stato fino a quel momento ignorato, ma che era sorto in quel momento.

Si deve anche presumere che, per un certo periodo, l'applicazione del III capo della legge non necessitasse della puntualizzazione poi successivamente data, e cioè che la redazione del testo nei termini noti non portasse arbitrarietà o discrepanza nelle decisioni, poiché, diversamente, la lacuna legislativa si sarebbe dimostrata tale pressoché immediatamente.

Ulteriore corollario è che la necessità di definire con maggiore precisione il criterio di valutazione da applicare fosse legato al tempo nel quale il tema era stato affrontato dai giuristi, quindi dipendesse da un ampliamento dell'ambito di applicazione della legge per il quale si fosse resa necessaria l'integrazione del testo prospettata da Sabino. E poiché, come si è detto, la notizia relativa alla secessione è stata da Teofilo collegata direttamente al carattere originario della

---

[23] D.9.2.5.2 *(Ulp.* 18 *ad ed.); h.t.* 9 pr. *(Ulp.* 18 *ad* ed.); *h.t.* 27.35 (*Ulp.* 18 *ad. ed.);* D.9.1.1.4 (*Ulp. 18 ad ed,) e* D.9.2.51-52 *(Alfenus* 2 *dig.).* Ad essi deve affiancarsi, con particolare significata anche ai fini di una più precisa cronologia, il discorso di Publio Mucio, riportato da *Iav. (6 post. Lab.)* in D.24.3.66 pr., dal quale risulta che la nazione di *culpa* aquiliana era già passata nel campo contrattuale. Infatti Giavoleno riferisce un parere espresso da P. Mucio in merito alla restituzione della dote di Licinnia dove il giurista dà una soluzione, sulla base del (*dolum et) culpam praestare,* che prova, in sostanza, l'avvenuta trasposizione, nel campo contrattuale, dell'idea di fatto colpevole che proviene dalla *lex Aquilia.* Su questa applicazione: di *culpa* v. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in. diritto romano,* 1958, p. 201 e s. e le osservazioni del CANNATA *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano ciassico,* 1968, *p.* 269 e s.

legge, l'esame deve condursi sul testo del III capo e sulle questioni inerenti ad una sua eventuale diversa applicazione.

## V. I problemi relativi all'originario campo di applicazione del III capitolo

I1 testo su cui comunemente ci si basa, perché ritenuto « fedele » riproposizione della legge è D.9.2.27.5, tratto dal diciottesimo libro all'editto di Ulpiano (24), letto ed interpretato alla luce anche di quanto riferiscono Gaio (25) e Giustiniano (26), ai quali si deve aggiungere, a nostro parere, il passo parallelo della Parafrasi.

Sulla base di queste, che possono considerarsi le fonti primarie per la ricostruzione del III capo della legge, si è comunemente ritenuto che rientrassero nella previsione legislativa l'uccisione ed il ferimento degli animali non compresi nel novero dei pecudes, il ferimento e le lesioni di schiavi e animali compresi nel novero dei pecudes, la distruzione ed il danneggiamento di tutti gli altri beni.

L'opinione poggia sull'elencazione contenuta nelle Istituzioni gaiane che, seppure lacunose per una piccola parte, qui non danno luogo a dubbi, n6 tale elenco risulta contraddetto dalla disposizione riportata da Ulpiano come « testuale n, e nella quale la generica dizione « si quis alteri *damnum faxit* ■ consente *e* legittima l'operazione integrativa proposta.

Vi è stato tuttavia chi ha avanzato l'ipotesi che la disciplina delle diverse fattispecie, così come risulta da Gaio, fosse il risultato di interventi succedutisi nel tempo, ottenuto, ad opinione di alcuni, con

---

(24) Vedine il testo *infra*, p: 19. Ad eccezione del PRINGSHEIM, The *origin of* the *lex Aquilia*, in Mél. Levy-Bruhl, 1959 p. 233 e ss., che prende in considerazione solamente le Institutiones di Gaio, dalle quali, a sua parere, emergerebbe con maggior evidenza il nucleo originario del plebiscito (cfr. *infra* p. 21), è opinione pressoché unanime che il testa di Ulpiano corrisponda alla stesura originale,

(25) Gai. 3.217 (v. il testa *infra* p. 25).

(26) 1.4.3.13: Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulneraverit, sive earn quadrupedem quae pecudum numera non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. Si qui enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur: denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini olei corrumperetur, ex hacparte legis eum teneri.

una legge [27], secondo altri, invece, in virtù dell'interpretazione estensiva del testo compiuta dai giuristi [28].

Poiché elemento comune delle tesi sopra menzionate è la convinzione che l'originario campo di applicazione del III capitolo riguardasse un numero più ristretto di ipotesi rispetto a quelle elencate da Gaio, è dall'esame di queste opinioni che sarà opportuno prendere le mosse: l'intervento di Sabino sarebbe legato ad uno dei processi interpretativi verificatisi in relazione all'ipotizzata evoluzione, e l'esatta individuazione del significato dell'intervento del giurista potrebbe fornire una risposta all'interrogativo che ci si è posti, sui motivi che hanno indotto Teofilo a riportare la notizia che la legge era stata approvata nel corso di una secessione della plebe.

A fondamento delle tesi che vogliono una diversità fra il campo di applicazione originario del III capitolo e quello indicata da Gaio è la considerazione che la sanzione prevista dal legislatore mal si adattava ad essere applicata in tutte le ipotesi comprese in questa parte della legge; cercheremo pertanto di riassumere, brevemente, i problemi ai quali il sistema dava adito; quindi, di esaminare in modo dettagliato le diverse tesi, essendo queste ultime profondamente condizionate da quelli [29].

Come è noto, dalla commissione dell'atto 'qualificato' dalla legge

---

(27) Così DAUBE, *On* the *Third*..., cit. (supra n. 1) p. 266 e ss. In questo lavoro l'a. ha sostenuta l'esistenza di una lex satura precedente la legge Aquilia e che comprendeva due soli capitoli, relativi alla distruzione di cose animate e crediti, Agli inizi del III sec. un provvedimento ulteriore avrebbe modificato il primo capo così come poi è stata tramandato *e* avrebbe fatto un'« appendice » che conteneva le disposizioni relative alle lesioni. Quest'ultima avrebbe rappresentato la base sulla quale i giuristi, all'inizio del 11 secolo a.C., avrebbero costruito l'intero capitolo III. La tesi è stata poi parzialmente sfumata, in un lavoro successivo (*On* the use *of the term damnum*, in *St. Solazzi*, 1948, p. 155 e ss.), dal suo stesso autore. A più interventi di natura legislativa è ricollegata l'origine della legge anche dal PRINGSHEIM, *op. cit.* (supra n. 22) p. 240 e ss.

(28) Ci riferiamo agli **aa.** (vedili citt. supra, n. 27) che aderiscono alla tesi del Daube di un diverso, più ristretto, campo di applicazione della legge alle origini.

(29) BERNARD, *Apropos* d'un *article* récent sur *le* chapitre *3* de *la loi* Aquilie. Contenu. Nature de la réparation, in RHD, 5, 1937, p. 450 e ss.; LAWSON, *Negligence*..., cit. (supra n. 1) p. 11; SCHULZ, *Classical Roman Law*, 1951, p. 588 e s.; WATSON, Obligations..., cit. (supra n. 1) p. 234 e s.; PRINGSHEIM, The *Origin*..., cit. (*supra* n. 24) p. 236 e ss.; ID. Die *Verletzung* Freier un *die* « Lex Aquila », in SDHI, 28, 1962, p. 4; KELLY, The *Meaning* of *the* Lex *Aquilia*, in LOR, SO, 1964, p. 73 e ss.; ID. *Further* Reflections on *the* Lex *Aquilia*, in St. Volterra, I, 1971, p. 235 e ss.; PUGSLEY, *Dammi iniuria*, in RHD, 36, 1968, p. 371 e ss.; ID. The *Origins* of the Lex Aquilia, in LOR, 85, 1969, p. 50 e ss.; CARDASCIA, La *portée* primitive de *la* loi, *Aquilia*, in *Daube* Noster, Essays in *Legal* History for David Daube, 1974, p .53 e ss.; THOMAS, *Textbook* of *Roman Law*, 1976, p. 364.

sorge, in capo all'autore, un'obbligazione che, nelle fonti, risulta corrispondere al « *quanti* ea *res* ... *tantum* », comunemente interpretato come riferito al valore della cosa oggetto del danno.

Dal comportamento illecito sorgerebbe, pertanto, l'obbligo di pagare una somma corrispondente al valore della cosa.

Ma, mentre per il capo I questa lettura non dà luogo a particolari difficoltà, trattandosi in quella sede dell'eliminazione fisica degli schiavi e degli armenti, nel capo III l'interpretazione di « *ea res* » con l'oggetto del danno non risulta sempre sodisfacente.

Si pensi, ad esempio, ai casi di ferita di lieve entità o a danneggiamenti di scarso rilievo: evidentemente l'obbligazione di pagare una somma pari all'intero valore della cosa risulterebbe assurda, soprattutto se rapportata alla sanzione prevista nel primo capo per la eliminazione degli stessi beni. A questa, che viene considerata una contraddizione inspiegabile se frutto di una stessa mano, fanno da corollario le questioni relative ai rimanenti criteri da adottare nella valutazione.

La prima questione è data dal calcolo del tempo (30): infatti, poi-

---

(30) Più esattamente, i problemi sorti in relazione al tempo indicato per il primo e il terzo capitolo della legge sono due: il primo riguarda il significato da attribuire alla diversa durata stabilita; il secondo concerne il criterio da adottare nell'effettuare il computo del tempo. La maggioranza degli autori attribuisce un valore sanzionatorio là ove il legislatore rinvia all'anno precedente, dal momento che m più ampio spazio di tempo consentirebbe maggiore variazione dei prezzi e la scelta del più alto valore renderebbe più grave la pena: conseguentemente questo sistema sarebbe stato stabilito solo per quei delitti che erano stati ritenuti più gravi. Un'interpretazione particolare, seppure strettamente relativa alla statuizione dei triginta dies, è quella del BEINARD, O.C. (*supra* n. 1) p. 76 e s., il quale — anche in relazione alla ipotesi da lui avanzata, secondo la quale il provvedimento era stato voluto dai plebei a causa dei danni subiti dai patrizi nel corso della secessione — ha ritenuto che il rinvio all'ultimo mese fosse legato all'avvenimento specifico che aveva dato luogo alla legge, quindi dovuto alla circostanza che proprio in quel lasso di tempo si sarebbero attuate — da parte dei patrizi — rappresaglie e distruzioni particolarmente violenti.

Per quanto concerne il criterio da adottare nel computo, le discussioni sono sorte a causa dell'uso di erit nel testo del terzo capitolo. Il futuro sembrerebbe indicare che, a differenza di quanto stabilito per i delitti del primo capo (per i quali si doveva calcolare il valore del bene nell'arco dell'anno antecedente l'uccisione) nel terzo capo il valore dovesse essere calcolato nel mese successivo al compimento dell'illecito. Questa opinione è sostenuta dalla maggior parte di coloro che seguono l'ipotesi ricostruttiva del DAUBE, anche se è ormai comunemente ritenuto che la lezione « erit » del Digesto sia frutto di errore di un amanuense (una prova molto importante e decisiva è stata portata da ANKUM, Quanti ea res erit in diebus XXX *proximis, dans le troisième chapitre* de la Zex *Aquilia:* un fantasme *florentin,* in Religion, *société* et *politique, Mél. Ellul,* 1983, p. 171 e ss.) e che anche per questo capo vigesse il criterio del mese antecedente. KASER, *rec.* a DAUBE, *Roman* Zaw (cit. *supra* n. 1), in *ZSS,* 87, 1970, p. 535 e n. 7 pensa che l'intervallo di m mese sia invece legato all'introduzione, con la *lex*

ché la legge stabilisce che la valutazione deve riferirsi al valore del bene nei trenta giorni « prossimi » senza ulteriori specificazioni, si avrebbe che il computo del tempo nel periodo successivo al compimento dell'atto illecito avrebbe senso nelle ipotesi di ferimento, perché l'evoluzione della ferita darebbe modo di valutarne l'effettiva entità, ma non avrebbe ragion d'essere nel caso di distruzione di cose inanimate o uccisione di animali non compresi fra i *pecudes.*

In questa ultima ipotesi la valutazione, in relazione al mese antecedente il delitto, sarebbe più giustificata e meglio si accorderebbe con il criterio adottato nel capo I, dove è chiaramente indicato che la valutazione riguarda l'anno precedente il delitto.

Sulla scia di questa considerazione si è posto l'accento sull'uso, nel testo di Ulpiano, del verbo *erit* al posto del *fuit* (o *fuerit) che* compare nelle altre fonti. Si è cioè pensato che, nella redazione originale, il tempo fosse da computarsi dall'evento in poi e che, solamente in un secondo momento, si fosse fatto riferimento al tempo passato. Anche questa seconda incongruenza è stata interpretata in modo analogo alla prima e cioè che la legge non fosse opera di un unico estensore.

La seconda questione riguarda il parametro di valutazione da adottare, se cioè in ogni caso si dovesse fare riferimento all'intero valore della cosa o se invece ci si dovesse riferire al danno effettivamente riportato, con l'obbliga al pagamento di una somma pari alla diminuzione di valore subita dal bene a seguito del comportamento, là ove si trattasse di lesioni o semplici danneggiamenti.

Anche in questo caso le fonti consentono soluzioni eterogenee, benché l'inserimento di « *plurimi* », come parametro al quale ricondursi nello stabilire l'entità dell'obbligazione sorta a seguito del compimento dell'atto illecito, sembri suffragare la tesi secondo la quale la sanzione contenuta nel terzo capo concernerebbe il valore della cosa e non il danno subito,

D'altra parte la considerazione che solo nel I secolo dopo Cristo sia sorta la discussiane intorno all'applicabilità nel III capitolo; di *plurimi* quale parametro per la determinazione del danno, porterebbe anche a ritenere che essa fosse nata a seguito di un « mutamento » nel campo d'azione del suddetto capitolo; quindi si avrebbe prova — *e contrario* — dell'esistenza di un diverso criterio.

---

*Pinaria,* di *un* analogo lasso di tempo ... *ut iudex detur (Gai.* 4.15), riprendendo (almeno riteniamo, dal momento che l'a. non ne fa cenno) un'idea già avanzata da ILIFFE, *Thirty Days hath lex Aquilia,* in *RIDA,* 5, *1958,* p. 503 e s., che il periado avesse significato per la procedura applicata al tempo nel quale la legge era stata approvata. Per questo secondo autore, però, l'intervallo era — come già sostenuto dal DAUBE — sempre finalizzato alla valutazione di quei danni la cui *aestimatio* non era possibile compiersi nel corso della prima udienza.

Queste considerazioni hanno rappresentato, nella maggioranza dei casi, la premessa dalla quale hanno tratto spunto gli studi relativi all'originario campo di applicazione della legge Aquilia. Com'è facile vedere, a fondamento di questi problemi è l'opinione che la sanzione stabilita con il plebiscito potesse avere natura « anche », se non esclusivamente, satisfattoria (31); cosicché la maggior parte delle tesi che sono state avanzate sono, anche se non esplicitamente, condizionate da questa prospettiva, sia nell'identificazione delle contraddizioni della legge sia, di conseguenza, del significato che ad esse poi attribuiscono.

Da qui le ipotesi ricostruttive della legge e le conseguenti interpretazioni — in chiave storica — delle « anomalie », che in questa operazione finiscono per divenire indizi e prove delle tesi prospettate.

## VI. L'ipotesi del Daube

In questa direzione, la teoria del Daube è senza dubbio quella che ha avuto maggior seguito, e gli aggiustamenti e le rifiniture, o, più semplicemente, le ulteriori argomentazioni di altri studiosi, hanno mantenuto inalterati i presupposti di fondo sui quali essa è basata.

Secondo Daube il capo terzo della legge disciplinava in origine esclusivamente le ferite e le lesioni inferte a schiavi ed animali, cioè ai beni presi in considerazione nel capo I.

Solamente in prosieguo di tempo la tutela prevista in quella parte del provvedimento si sarebbe estesa alla tutela di beni inanimati (32).

Punto di riferimento e base testuale di questa opinione è il passo di Ulpiano riportato nel Digesto:

---

(31) Il tema è stato ampiamente trattato: VOCI, *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano, 1939;* ID., *L'estensione dell'obbligo di risarcire' il danno nel diritto romano classico,* in *Scritti Ferrini,* II, *1947,* p. *365* e ss.; VON LÜBTOW, *Untersuchungen,* cit. *(supra* n. 1) *p:* 120 e ss.; WATSON, *Obligations,* cit. *(supra n, l)* p. *235* e s.; MEDICUS, Id *quod interest, 1962,* p. *239; Kaser,* RPR, I², *1971,* p. *161;* HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrech...,* cit. *(supra* n. 1), p. *29 e* s.; VOLKL, *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis. Zum dritten Kapitel der lex Aquilia,* in *RIDA,* **24,** *1977,* p, *471* e ss.

(32) Come già anticipato *supra,* n. 25, è opinione del DAUBE, (in part. *On the Third ...,* cit. *(supra* n. *1) p. 256* e ss.) che l'inserimento delle cose inanimate nella previsione del III capitolo sia stata opera dei giuristi e si sia attuato a circa un secolo di distanza rispetto alla data di approvazione del testo che contiene questo capo. Pertanto nel 286 a.C. il testo della legge avrebbe contenuto solo un'appendice relativa alle lesioni causate a schiavi e animali, ed alla fine del II sec. a.C. si sarebbe aggiunta la distruzione di cose inanimate.

> **D.9.2.27.5.** (*Ulp. 18 ad ed.*): Tertia autem capite ait eadem lex Aquilia: « 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto' ».

Il passo è accettato come fedele riproposizione della versione originale, ad eccezione della espressione « *ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos* » che è reputata un'aggiunta successiva (33). La stesura originale, sulla quale lo studioso ricostruisce il provvedimento, risulterebbe così: « *si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit...* ».

Nell'impostazione del Daube, l'originaria mancanza di un richiamo esplicito al contenuto del capitolo I sarebbe prova del suo assunto che entrambe le disposizioni — la prima e la terza — riguardassero gli stessi beni: l'identità dell'oggetto preso in considerazione era il motivo che aveva esonerato il legislatore dal compiere precisazioni di sorta in relazione al capo III.

Il canone interpretativo, posto da Ulpiano con la frase espunta, si sarebbe reso necessario perché, essendosi successivamente applicata la disposizione anche alle *ceterae res*, era venuto meno il legame implicito fra i due capitoli della legge. L'intervento esplicativo del giurista sarebbe così indizio di una originaria omogeneità fra gli oggetti tutelati nei due capi, autonomi solo per quanto riguardava l'entità del danno e la relativa sanzione prevista.

Questa chiave di lettura consente all'autore di dare una spiegazione dell'uso del tempo futuro nel passo in esame e della mancanza del « *plurimi* » quale criterio al quale riferirsi nella valutazione. Il tempo futuro avrebbe indicato che i trenta giorni si sarebbero dovuti calcolare successivamente alla lesione perché, trattandosi di ferite, il lasso di tempo avrebbe consentito una valutazione del danno in termini reali, cosa che non sarebbe stata possibile se si fossero riferiti i trenta giorni al mese antecedente all'evento dannoso.

In questo sistema il « *plurimi* » non avrebbe avuto ragion d'essere, dato che l'intervallo era stato fissato per consentire al giudice di constatare l'evoluzione della lesione, così che il valore massimo o minimo avrebbe avuto un'importanza del tutto relativa, rappresentando solo un parametro di riferimento per la valutazione dell'eventuale

---

(33) Forse anche dallo stesso Ulpiano, essendo canone interpretativo. L'espunzione della frase è di PERNICE, *Zur* Lehre, cit. (supra n. 1) p. 14 ed è pressoché unanimamente accolta.

diminuzione di valore subita dagli schiavi e ***pecudes*** a seguito della ferita,

Solamente quando — grazie all'interpretazione estensiva operata dalla giurisprudenza — anche la distruzione di cose inanimate venne fatta rientrare nell'ambito del III capitolo, si rese necessaria una valutazione precisa del valore dell'oggetto distrutto: da qui lo spostamento del tempo di riferimento ai trenta giorni antecedenti il danno ***e*** l'introduzione del criterio del massimo valore con l'interpretazione estensiva di Sabino. Secondo questa interpretazione, l'intervento del maestro di Gaio sarebbe espressione di una vera e propria innovazione rispetto al testo di legge, ed il richiamo alla volontà del ***legis lator*** funzionale al nuovo ambito di applicazione.

Ed è proprio in relazione alla evoluzione dell'originario campo di applicazione del III capitolo che la tesi di Daube non trova pieno consenso nemmeno in coloro che pure aderiscono all'ipotesi del carattere « alluvionale » della ***lex Aquilia***; è dunque delle varianti proposte che si rende opportuno un sia pur rapido esame.

## VII. Le opinioni di **Iliffe, Pringsheim, Kelly** e **Pugsley**

Nella ricostruzione di Iliffe [34], già al momento della approvazione del plebiscito il capitolo III avrebe previsto, oltre al ferimento di schiavi e ***pecudes***, anche la distruzione di cose inanimate, per le quali il giudice era libero di determinare il valore nel tempo previsto dei trenta giorni successivi al delitto. Questo periodo avrebbe avuto lo scopo di agevolare l'acquisizione del dato (il valore della cosa distrutta) in una gamma di prezzi per i quali non dovevano esserci oscillazioni rilevanti al punto da dover richiedere una più specifica determinazione legislativa.

L'intervento di Sabino con la fissazione del criterio dato dal « ***plurimi*** » sarebbe stato determinato dalla necessità — sorta dall'interpretazione data dai giuristi alla legge — di stabilire non più il « valore » del bene bensì il « danno » subito.

Nella ipotesi ricostruttiva di questo secondo autore non ha alcuna rilevanza l'aggancio al I capitolo, ed in particolare il riferimento ai criteri indicati per la sanzione in quella sede. Mentre nella tesi del Daube il collegamento fra il I ed il III capitolo nel sistema di calcolo della sanzione trovava giustificazione nella novità rappresentata dall'estensione della tutela anche alle ipotesi di distruzione di beni inanimati, nella tesi di quest'ultimo studioso, al contrario, non vi sa-

---

(34) ILIFFE, *Thirty Days*..., cit. (*supra* n. 30) p. 502 *e* ss.

rebbe stato alcun mutamento rilevante, almeno in relazione a nuove ipotesi fatte ricadere nella previsione legislativa,

Per Iliffe, infatti, il massimo valore non serve per sanzionare — come eventualmente nel caso degli armenti e degli schiavi — con una pena il delitto; esso invece è preso in considerazione solamente perché dal massimo valore si potesse sottrarre il prezzo attuale.

L'intervento di Sabino sarebbe espressivo di un diverso criterio di applicazione del III capitolo', ma non di un mutamento sostanziale delle fattispecie da esso previste, essendo l'innovazione relativa al solo sistema della sanzione.

Diversa è la posizione assunta dal Pringsheim (35), per il quale la interpretazione di Sabino e la motivazione offerta per l'assenza del «*plurimi*» avrebbero semplicemente esplicitato un dato contenuto nella legge fin dalla sua approvazione. L'autore, prendendo spunto dall'affermazione di Ulpiaon secondo la quale la legge Aquilia avrebbe abrogato altri provvedimenti in tema di danno (36), ha ritenuto che il plebiscito avesse riunito, in un unico testo, più leggi di contenuto diverso, ciascuna delle quali avrebbe disciplinato le singole fattispecie poi ricomprese nel plebiscito stesso.

Poiché lo scopo del provvedimento finale sarebbe stata di integrare e collegare fra loro le singole leggi, il legislatore non dovette ritenere necessario riproporre di volta in volta gli elementi comuni, essendo sufficiente il loro inserimento nell'uno o nell'altro capo (37).

Di conseguenza, l'intervento di Sabino sarebbe servito ad eliminare eventuali dubbi scaturiti nel corso del tempo e non costituirebbe indizio di una diversità di regime all'epoca dell'approvazione del plebiscito.

A considerazioni analoghe si giunge seguendo la via indicata dal Kelly (38), secondo il quale la legge Aquilia sarebbe intervenuta a disciplinare i comportamenti antigiuridici dai quali derivasse una perdita economica. Scopo del provvedimento sarebbe stato di fissare una misura compensativa per quelle forme di *iniuria* dalle quali fosse derivato alla vittima un danno di natura economica (39). Poiché tale

(35) PRINGSHEIM, *The Origin*..., cit. (*supra* n. 22) p. 237 e ss.

(36) D.9.2.1. pr. (*Ulp.* 18 *ed ed.*) V. il testo *supra* n. 3.

(34) D.9.2.1. pr. (*Ulp.* 18 *ed ed.*) V. il testo *supra* n. 3.

(37) La tesi è inaccettabile, né trova appoggio alcuno nelle fonti. Essa è basata sul solo testo delle *Institutiones* gaiane, senza peraltro tenere in considerazione il carattere dell'opera e, molto spesso, frammentando il discorso del giurista forzandone il senso.

(38) KELLY, *The Meaning*..., cit. (*supra* n. 29) p, 78 e ss.

(39) Sulla base del significata che l'espressione «*damnum facere*» ha nelle commedie plautine. È opinione dello studioso che il termine «*damnum*» sia stato inserito nel testo di legge in epoca successiva alla metà del secondo secolo, quando cioè la locuzione «*damnum facere*» non aveva più il solo significato di

legge si sarebbe sostituita ad un precedente sistema di pene, era naturale che anche i criteri di indennizzo mantenessero, almeno in alcuni casi, l'originario carattere penale. Sabino avrebbe provveduto in questo senso affinché si applicasse, alle ipotesi del capo III, il criterio sanzionatorio che permeava comunque la legge e che, fino a quel momento, era esplicitato solo per il I capo. Secondo lo studioso il trascorrere del tempo avrebbe oscurato quell'aspetto della legge ed il silenzio sul punto avrebbe dato spazio a diverse interpretazioni: da qui la necessità di un intervento chiarificatore che eliminasse qualsiasi equivoco (@).

A diversa conclusione addiviene il Pugsley [41], che pur concordando con il Kelly nel ritenere il capitolo III una promanazione del delitto di iniuria, considera l'inserimento del « *plurimi* » espressione di uno sconvolgimento del carattere originario del plebiscito, e risultato dell'influenza negativa del I capitolo. Nella ricostruzione proposta da quest'ultimo autore, infatti, mentre il III capitolo avrebbe avuto, sin dall'inizio, carattere penale — non essendo altro che una estensione del delitto di *iniuria* — il capitolo I sarebbe, al contrario, nato come mezzo « succedaneo » per i casi nei quali non vi fosse possibilità di esperire l'azione di rivendica: alle origini questo provvedimento sarebbe stato di natura satisfattoria [42]. Solamente agli inizi del II secolo a.C. questa prima parte della legge avrebbe acquisito carattere penale e, integrandosi con il III capo, avrebbe dato origine al delitto di danneggiamento con la configurazione che ci è stata poi tramandata dalle fonti.

---

« soffrire una perdita » (come risulterebbe attestato nel linguaggio plautino) ma anche quello con il quale è adoperato nel testo tramandatoci, e cioè di « infliggere una perdita ». La legge, quindi, per avere senso al momento della sua promulgazione, doveva contenere un altra e diverso termine, che l'a. presume fosse « *iniuria* », così che la versione originaria, a suo avviso, doveva essere « *si quis alteri inuriam faxit* ». Scopo del III capitolo; secondo la ricostruzione qui riportata, sarebbe stato, allora, di determinare i criteri di valutazione (appunto il *quanti ea res)* ai quali si sarebbe dovuto riallacciare il giudice nelle ipotesi di perdite pecuniarie che derivassero dal delitto di *iniuria.*

[40] Ci siamo limitati ad enunciare i risultati ai quali l'a. è giunto relativamente all'argomento da noi esaminato. La tesi dello studioso si estende ben oltre questo aspetto e investe l'originaria campo di applicazione del plebiscito ed il senso della legge in relazione alla disciplina generale degli atti illeciti. Non è, peraltro, questa la sede per sottoporre ad un'analisi dettagliata questa opinione, così come non sono state sottoposte ad un esame approfondito le altre tesi delle quali si è fatta, o si farà, menzione: l'angolo visuale nel quale ci muoviamo e, soprattutto, la riserva di una valutazione globale delle stesse nell'ambito di una ricerca di più vasto respiro sulla legge, che abbiamo in corso, ci hanno indotto *a* contenere questa disamina in uno spazio ben circoscritto.

[41] PUGSLEY, *The Origin...*, cit. *(supra* n. 27) p. 52 e ss.

[42] PUGSLEY, o.c. p. 59, ma v. pure p. 55.

Questa trasformazione non avrebbe però portato a mutamenti di rilievo nella disciplina che già per l'innanzi la riguardava, anche perché essa non risultava in contrasto con la natura penale poi assunta.

I problemi sorsero allorché, a seguito dell'interpretazione giurisprudenziale, i criteri del I capitolo furono applicati anche al terzo, falsandone il sistema originario che, come si è detto, corrispondeva alla sua origine penale.

L'opinione di Sabino sarebbe così espressiva della nuova definizione che la giurisprudenza aveva dato al plebiscito, il quale non era più, come nel 287 a.C., una miscellanea di provvedimenti eterogenei fra loro, ma era diventato una legge organica che disciplinava una serie di fattispecie che rientravano tutte nel generale delitto' di danneggiamento.

## VIII. Il senso di Gai. 3.218

Pur non proponendoci di avanzare una ulteriore nuova ipotesi, anche in relazione al ristretto angolo visuale dal quale abbiamo preso le mosse, cercheremo tuttavia di trarre spunto dalle opinioni qui riportate per proporre alcuni motivi di riflessione.

Un dato sembra emergere con immediata evidenza: l'estrema difficoltà di attribuire all'intervento di Sabino valore di indizio di quella che doveva essere la disciplina originaria della legge. Si è visto, infatti, come esso non solamente sia stato portato a prova di ipotesi fra loro contrastanti, ma anche interpretato diversamente pur partendo da analoghi presupposti. Si potrebbe dire che la congerie delle tesi che sono state avanzate ci consente però una conclusione negativa, vale a dire l'impossibilità o, almeno, la scarsa affidabilità di questo modo di « leggere » la notizia riportata da Gaio.

L'unico elemento sul quale appuntare l'attenzione continua ad essere rappresentato dal dato oggettivo dell'interpretazione di Sabino e della discussione giurisdizionale che lo aveva preceduto, senza che si possa attribuire a questo episodio il valore di una testimonianza per le origini della legge.

Come abbiamo già detto, i giuristi repubblicani avevano dedicato una particolare attenzione alla *lex Aquilia,* così che assai per tempo l'attività interpretativa della giurisprudenza si era rivolta ad operare direttamente sul testo del plebiscito, allo scopo di farvi rientrare un numero più ampio di fattispecie e, con l'ausilio del pretore, sul piano processuale, al fine di definire la nuova figura di delitto contenuta, nei suoi elementi essenziali, nel provvedimento. Poiché il processo di elaborazione e di adattamento doveva essere compiuto in relazione

a un testo di legge, è difficile pensare che si siano verificati radicali mutamenti nei confronti del contenuto originario della legge o che, quanto meno, l'evoluzione non sia stata in certa misura consentita dal tenore stesso del provvedimento .

Si tratta allora di prendere in considerazione gli elementi essenziali ai quali i giuristi si sono dovuti riferire, *e* che, costantemente riproposti, rappresentano gli elementi « base » sui quali hanno operato.

La distinzione nei tre capi indica tre ipotesi distinte: l'occìsio; l'acceptilatio; l'*urere, frangere, rumpere.*

L'individuazione della fattispecie delittuosa avviene in primo luogo con la specificazione dei comportamenti che il legislatore designa a mezzo di espressioni di preciso significato tecnico, e la condotta prevista si qualifica illecita allorché è diretta ad invadere la sfera giuridica altrui. Mentre però nel I capitolo si precisa che gli effetti dell'atto debbono ricadere su una precisa categoria di beni e nel II l'acceptilatio è compiuta in frode del creditore principale (43), nel terzo capo della legge l'accento sembra posto solamente sulla condotta espressa a mezzo dei tre verbi che, presumibilmente, furono ritenuti idonei a coprire tutti gli eventuali casi di danneggiamento preventivabili al momento della promulgazione della legge (44). È possibile, allora, che questo carattere, proprio del solo III capitolo, abbia rappresentato il perno sul quale si potesse fare leva per svolgere la maggior parte del lavoro di interpretazione e sistemazione della legge da parte dei giuristi.

## IX. Il testo del III capitolo nelle fonti

In questo senso deporrebbe anche il testo riportato da Ulpiano,

---

(43) Si è discusso a lungo della « estraneità » di questo capo della legge, sia in relazione alla sua congruità con, la disciplina generale attuata con gli altri due capitoli, sia per la sua intromisisone, fra il primo e il terzo capitolo. Cfr. LÉVY-BRUHL, Le *deuxième* chapitre de *la* loi Aquilia, in R.I.D.A., 3e serie, 5, 1958, p. 507 e ss.; GROSSO, *La* distinzione fra « res *corporales* » e « res *incorporales* » *ed* il secondo capo della *lex* Aquilia, in Syntelia *Arangio-Ruiz,* II, 1964, p. 791 e *ss.*

(44) Come già detto, supra n. 38, ci riserviamo di tornare su questi temi nell'ambito di un successivo lavoro; fin d'ora dobbiamo però precisare che, con quanto affermata, non intendiamo « limitare » la previsione del terzo capo a determinate categorie di beni, né alle sole cose inanimate (come ha pensato, ad es. JOLOWICZ, The *Original* Scope, cit. (supra n. 1) p. 220 e ss.), né ai soli beni previsti nel primo capo, come sostenuto dal DAUBE, The Third Chapter, cit. (supra n. 1) p. 268 e ss. Infine per un'interpretazione vicina a Jolowicz: VON WARMELO, *A propos* de la *loi* Aquilia, in RIDA, 3a serie, 27, 1980, p. 333 e ss.

dal quale, secondo quanto si è più sopra detto, andrebbe espunta la frase « ceterarum ... occisos ».

I1 testo risulterebbe, così, prova di una dicitura generale (nei limiti peraltro consentiti dai tria verba usati), e la presunta aggiunta ulpianea sarebbe indizio dell'intervento interpretativo svolto proprio in relazione a questo capitolo.

Un riscontro si può rinvenire in Gaio:

> Gai. 3.217: Capite tertio de omni cetero damno cavetur. itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero, est, < vulneraverit *sive* eam quadrupedem, quae *pecudum* numero non est >, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum < fuerit >, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum < enim *intellegitur, quod* quoquo modo *corruptum* > est; unde non solum usta [aut rupta] (?) aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.

All'inizio del passo troviamo espresso il contenuto del capitolo con una enunciazione di portata così generale che ci si potrebbe domandare se la successiva elencazione avesse carattere tassativo, si da circoscriverne il significato, o fosse più semplicemente esemplificativa. Comunque, dopo aver compiuto l'*excursus* relativo alle diverse ipotesi alle quali si doveva applicare questa parte della legge, il giurista usa un'espressione nel complesso simile a quella di Ulpiano, seppure in forma decisamente sintetica: Si quid *ustum* ... etc. La frase risulta espressa in maniera da risultare un enunciato che, seppure collegato con enim a quanto ad esso è premesso, ha una sua valenza autonoma. Sia il discorso che precede sia quello che segue adempiono a due precise, ma diverse, funzioni: « In ceteris quoque.. hac parte vindicatur » corrisponde al canone interpretativo che abbiamo già rilevato in D.9.2.27.5.; « *quamquam* potuerit sola *rupti appellatio*... » introduce il commento alla legge.

Data l'analogia con il passo del Digesto si sarebbe portati a ritenere che qui il giurista avesse visto l'opportunità di riportare direttamente, anche se in maniera parziale, le parole del legislatore; il criterio espositivo seguito non è però tale da consentire di desumere nulla di certo. Senza dubbio, tuttavia, l'analogia con il testo di Ulpiano poteva indurre il lettore a ritenere che Gaio, in questo punto, ripor-

tasse effettivamente i ***verba legis***. Ne è prova il corrispondente passo della Parafrasi:

**Theoph.** Par. **4.3.13:**

Ἐν δὲ τῷ τρίτῳ κεφαλαίῳ *χερὶ* πάσης τῆς λειπομένης ζημίας ὁ νόμος διέξεσιν. διὸ ἐάν τις τὸν ἐμὸν οἰκέτην ἤ τὸ ἐμὸν τετράποδον, ὅπερ ἐν ἀριθμῷ τῶν pecudwn ἐστὶ, τραυματίσῃ ἤγουν ἐκεῖνο τὸ τετράποδον, ὅπερ οὐ συναριθμεῖται τοῖς pecudois οἷον κύνα ἢ θηρίον ἄγριον ἄρκτους ἢ λέοντας ἢ λύκους, ἀνείλῃ ἤ τραυματίσῃ, τῷ γ ὑποβάλλεται κεφαλαίῳ τοῦ νόμου. ἀλλὰ καὶ ἐπὶ πάντων τῶν λοιπῶν ζώων ὁμοίως δὲ *xai* ἐπὶ τῶν ἀψύχων ἡ προςγενομένη τῷ δεσπότῃ ζημία ἐκ τούτου θεραπεύεται τοῦ κεφαλαίου. λέγει γὰρ ὁ νόμος »si quid usturn aut ruptum aut fractum fuerit«, ὥςτε ἁρμόζειν τὴν ἀγωγὴν τοῦ γ κεφαλαίου. ἐκ περιττοῦ δὲ ταῖς *SUo* ὁ νόμος ἐχρήσατο λέξεσι, τῷ usto καὶ τῷ fracto. ἡ γὰρ τοῦ ruptu προσηγορία πάσας ταύτας ἐξήρκει δηλῶσαι τὰς αἰτίας. rûpton γὰρ λέγομεν τὸ οἱῳδήποτε τρόπῳ διαφθαρὲν. ὅθεν *Ϭ* μόνον τὰ καυθέντα ἢ κλασθέντα, ἀλλὰ καὶ ἡ σχισθεῖσα ἐσθὴς *xai* τὰ συνθλασθέντα σκεύη ἢ, ὡς εἰώθασι λέγειν, διπλωθέντα (τί γὰρ ὅτι ἀργυρᾶ ἦν;) ἢ καὶ *0* ἐκχυθεὶς οἶνος ἢ ἔλαιον *xai* ὅσα τοιαῦτα. *xai* τὰ οἱῳδήποτε τρόπῳ διαφθαρέντα, ἀπολλύμενα ἢ χείρονα γεγονότα τῷ rúptω περιέχεται. ἀμέλει τοι εἴ τις εἰς τὸν ἐμὸν οἶνον κάλλιστον ὄντα ἢ εἰς τὸ ἐμὸν ἔλαιον πρωτεῖον ὑπάρχον, ἐνέβαλέ τι τοιοῦτο, δι' οὗ ἠφανίζετο τὰ τοιαῦτα, ὑποκείσεται τῷ τρίτῳ κεφαλαίῳ (45).

In questo paragrafo, più che in altre parti, si accentua il carattere parafrastico dell'opera, così come si nota la voluta precisione espositiva (39).

---

(45) FERRINI, 2, p. 403: Capite autem tertio ceteras quaestiones lex pertractat. itaque si quis servum meum meamve quadrupedem, quae pecudum numero est, vulnerauerit, eamve quadrupedem, quae pecudum numero non est, veluti canem feramve bestiam, ursos vel leones vel lupos, occiderit aut vulneraverit, tertio capite legis tenetur, set in ceteris quoque animalibus item in ceteris rebus quae anima carent damnum domino inlatum ex hoc capite resarcitur. ait enim lex: « si quid ustum aut ruptum aut fractum fuerit », actionem ex tertio capite constitui. supervacue autem duabus illis vocibus « ustum » et « fractum » lex usa est: rupti enim appellatio in omnes istas causas sufficere potest. ruptum enim dicimus id, quod quoquo modo corruptum est. unde non solum usta et fracta, set etiam scissa vestis, aut collisa vasa, quae vulgo apud graecos διπλωθέντα audiunt, (quid enim si argentea sint?) et effusum vinum aut oleum et cetera id genus. et quoquo modo vitiata perempta et deteriora facta, « rupti » significatioae continentur. itaque si quis in vinum meum optimum oleumve meum praestantissimum id immiserit, quo bonitas corrumperetur, ex hoc tertio capite tenebitur.

(46) La poco felice espressione di Gaio: *servurn ve2 eam quadrupedern* (riportata fedelmente, così, come tutto il paragrafo nelle Istituzioni giustinianee) diviene qui τόν ἐμὸν οἰκέτην ἡ τὸ ημὸν τετράποδον.

Di conseguenza il periodo risulta più esauriente nelle esemplificazioni e l'esposizione è più sistematica, al punto che l'enunciato di Gaio, da noi sottolineato, è riportato in maniera autonoma, ed è preceduto dalla precisazione λέγει γὰρ ὁ νόμος risultando così attribuito direttamente al legislatore.

Al di là della corrispondenza alla realtà del dato che si ricava da Teofilo, un elemento si può considerare probabile e — in certa misura — confermato dalle fonti: nel capo III il legislatore aveva posto l'accento sul comportamento sanzionato, senza aggiungere altri elementi che individuassero fattispecie ben precise. Poiché in relazione agli altri due capi non era avvenuta la stessa cosa (47), è presumibile che proprio su questa parte della legge si sia svolta l'opera più consistente da parte dei giuristi, di modo che, mano a mano che si procedeva ad ampliarne o definirne il campo di azione, maggiormente era avvertita la necessità di una puntualizzazione.

In questa luce vanno letti l'intervento di Sabino, l'ampia illustrazione che precede, nelle *Institutiones*, il III capitolo, ed, infine, la frase introduttiva inserita nel testo di legge da Ulpiano. Ma ancora una considerazione è possibile, ed è relativa alla versione di Teofilo: se essa è ulteriore prova della tendenza del maestro bizantino a presentare gli istituti in quella che gli appariva essere la veste originaria ed, eventualmente, offrirne anche un quadro storico, a questa propensione accede solamente qualora sussista un motivo che gli offra spunto per questo tipo di operazione.

## X. Le ragioni della cronologia data da Teofilo al plebiscito

Riprendendo le fila del discorso ci sembra possibile attribuire alla notizia della secessione un significato analogo a quello testé evidenziato. Punto di partenza rimane il passo parallelo di Gaio, là ove è riportata l'opinione di Sabinò. Prova che essa fosse un'interpretazione estensiva della legge è l'argomentazione del *legis lator*: infatti, l'attribuzione al legislatore della soluzione prospettata dal giurista era dettata dalla natura del provvedimento che, essendo penale, non poteva essere suscettibile di interpretazione analogica e, comunque, peggiorativa. Di qui la necessità di sostenere che il giurista si era limitato a rendere esplicito il pensiero del legislatore, il quale aveva ritenuto sufficiente l'inserimento del « *plurimi* » nel primo capo per renderlo valido per tutta la legge.

---

(47) Infatti nel I capitolo si indica anche l'oggetto (schiavi e pecudes) e nel secondo la fattispecie è una ipotesi ben specifica ed individuata.

Di questa discussione, e, in particolare, del parere dei giuristi che volevano il giudice libero nell'applicazione del parametro, non rimane altra traccia oltre a quella offerta da Gaio; nel Digesto, Ulpiano ne parla come di cosa pacifica: ... *etsi non habent plurimi (sc. haec verba) sic tamen esse accipienda constat* (48); evidentemente non solo la discussione giurisprudenziale non era stata di rilevanza tale da sollecitarne il ricordo, ma anche la stessa interpretazione di Sabino non aveva più bisogno dell'avallo che ancora Gaio aveva giudicato necessario.

Quando il testo di Gaio è letto dai commissari giustiniani, si è ormai perso il filo conduttore del discorso del giurista, e, in particolare, non ha più possibilità di essere compreso il riferimento al magistrato proponente la legge (49). Viene annotata l'opinione di Sabino, con il « *recte* », ma non si menzionano altre, e diverse teorie. A questo punto si attua l'alterazione che — con buona probabilità — è all'origine dell'equivoco di Teofilo (50). Nelle Istituzioni di Giustiniano il *legis lator* diviene la *plebs romana* (51): è così stravolto il corretto riferimento di Gaio al solo soggetto che poteva elaborare il testo di legge; al suo posto i commissari mettono bensì l'organo deliberante, ma a quest'ultimo non spettava alcuna competenza in ordine alla stesura delle norme sottoposte all'approvazione. La svista evidenzia lo spostamento di interesse avvenuto: non essendoci più alcun problema interpretativo, non aveva grande rilievo attribuire all'uno o all'altro le ragioni che avevano guidato la stesura della legge.

Più interessante, agli occhi di un giurista postclassico, diviene la

---

(48) *D.9.2.29.8. (Ulp. 18 ad ed.).* Con « *accipienda esse* » Ulpiano confermerebbe, seppure implicitamente, l'esistenza di altre opinioni e quindi la veridicità della testimonianza di Gaio, anche se, ormai, la tesi di Sabino era divenuta pacifica.

(49) I.4.3.13. v. il testo *supra* n. *24.*

(50) Non provata l'ipotesi del PUGSLEY, The *Origins* ..., cit. *(supra* n. *27) p.* 72, secondo la quale Teofilo si sarebbe servito di fonti a noi sconosciute: essa è basata sulla circostanza che una giustificazione del lasso di tempo richiesto dalla legge, che troviamo nelle Istituzioni giustinianee (I.4.3.9) si discosta considerevolmente dalla versione che ci dà Gaio. Ma questa divergenza non appare. tanto dovuta ad una diversità di fonte, quanto piuttosto alla diversa mentalità del maestro bizantino e, comunque, è indizio isolato e troppo labile per essere considerato prova dell'esistenza di una fonte diversa da quella di Gaio.

(51) Questo aspetto è già stato notato dal NÖRR, *Causa mortis*, cit. *(supra n. l), p. 127, n. 24:* Der Text von Inst. Just. *4.3.15* ist in aufschlußreicher Weise aus Gai. *3.218* entwickelt. Gaius spricht hier abstrakt von Willen des *legislator*, die Institutionen Justinians dagegen konkret von der *plebs Romana.* Handelt es sich nur um einen äußerlichen Unterschied der Formulierung oder um eine starkere Berücksichtigung der *antiquitates* oder schließlich um eine Nuancierung im Bereich der historischen Auslegung?

fonte della legge, in virtù delle origini dell'organo plebeo; e se per i giuristi classici la natura di plebiscito del provvedimento non aveva particolare rilevanza (52), altrettanto non può dirsi per i Bizantini, che trovano in questa appiglio per dissertazioni di carattere storico. Atteggiamento, codesto, che se è immediatamente riscontrabile nello scolio dei Basilici sopra considerato, emerge, seppure con minore evidenza, anche nella versione giustinianea del passo gaiano test6 visto, e trova ulteriore conferma nell'ordine seguito nel Digesto, dove, già nel primo frammento del titolo 9.2 è riportata la notizia che la legge è, in realtà, un plebiscito.

Una volta compiuta la sovrapposizione del concilio al tribuno proponente (53), perso di vista lo scopo per il quale Gaio si era richiamato alle origini della legge, è assai probabile che si sia verificata quello spostamento « logico » del quale la versione della Parafrasi è testimonianza. Per il maestro bizantino non si tratta più di legittimare una interpretazione estensiva del testo di legge, ma piuttosto di giustificare una « lacuna legislativa »; ed ecco che gioca un ruolo determinante l'aggancio, già attuato dai commissari giustinianei, con l'organo plebeo. L'indiscutibile risalenza del prowedimento e la natura dell'organo deliberante sembrano così alla base del collegamento cronologico che troviamo nella Parafrasi: in quest'ultima versione, il mancato inserimento del « *plurimi* » nel capo III della legge era dovuto al momento nel quale il provvedimento fu adottato, cioè nel corso della secessione plebea: la plebe, già in situazione conflittuale con i patrizi, non si era sentita di forzare la mano fissando lo stesso parametro sia nel I sia nel III capo della legge. Così la giustificazione di Gaio, che rispondeva ad esigenze tecniche ed era funzionale all'interpretazione estensiva del testo, in atto al suo tempo, diviene un « assurdo storico » nella stesura della Parafrasi (54).

## XI. Il contenuto della legge e il suo inquadramento storico

Abbiamo cercato, fin qui, di evidenziare quale processo logico deve aver indotto il maestro bizantino a fornire l'errata notizia del-

(52) Il solo riferimento è quello di Ulpiano in *D.9.2.1.* pr.

(53) Ci si riferisce per comodo al magistrato istituzionalmente autorizzato a presentare il progetto, anche se, evidentemente, la preparazione e il testo della legge sono opera del giurista, ed è a quest'ultimo che si deve fare richiamo. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr, it. NOCERA), *1968*, p. *78 e ss.*; CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I², *1976*, p. 28, BAUMANN, *Lawyers*, cit. (*supra n.* 16), p. *84*.

(54) Pensiamo di aver trovato così « risposta » all'interrogativo posto da NÖRR, *Causa mortis*, cit., *supra n. 51*.

l'approvazione della legge nel corso di una secessione, errore che, ci sembra, sia già emerso con notevole chiarezza anche dalla sola concatenazione delle fonti. Ma la improponibilità dell'indicazione di Teofilo risulta anche dal contenuto del prowedimento, che mal si presta ad essere considerato un prodotto di quel particolare clima di tensione politica fra i due ordini, i patrizi e i plebei, al quale il maestro bizantino lo aveva riferito. Seppure carenti di notizie precise, tuttavia quanto conosciamo del contenuto dei plebisciti ci induce a ritenere la legge in esame totalmente estranea a quel settore della legislazione plebea che, almeno nel periodo dello scontro patrizio-plebeo, aveva, se non esclusivi, certamente accentuati interessi di classe: infatti la maggioranza dei provvedimenti adottati dalle assemblee plebee — fatta eccezione per quelli di carattere più strettamente politico — riguarda la distribuzione delle terre e la riduzione dei debiti (55).

Infine non è da trascurare che la legge, sanzionando i delitti contro i beni con l'obbligo di pagare al proprietario (56) il valore di quanto distrutto, dimostra di essere un prowedimento assunto nell'interesse di una categoria di soggetti nella quale — all'epoca a cui il plebiscito viene tradizionalmente riferito — rientravano certamente tutti i patrizi, ma, sicuramente, non molti plebei (57). Codesta pur scontata considerazione non può essere trascurata allorché ci si pone il quesito della datazione della legge. Infatti il suo contenuto urta con i dati strutturali dell'epoca alla quale viene costantemente riferita, sia in relazione alla fonte della quale sarebbe specifica emanazione, sia anche in rapporto alle ragioni che ne avrebbero determinato la promulgazione (58): non solo l'affermazione di Teofilo risulta allora « priva di senso comune » (59), ma altrettanto infondata appare l'ipotesi che pone comunque la legge in epoca così risalente.

---

(55) ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, 1912, pp. 73-108; 192-246.

(56) Legittimato attivo all'azione, per la legge, è solo il proprietario! quiritario: D.9.2.11.6 *(Ulp. 18 ad ed.)* .

(57) L'esistenza di famiglie plebee ricche non contraddice quanto affermato: esse non erano talmente rappresentative della classe plebea da indurre un'assemblea in rivolta ad approvare un provvedimento che aveva la scopo di innovare in un settore nel quale, non solo assai marginalmente si interveniva con lo strumento legislativo, ma anche con un contenuto tanto distante dagli interessi immediati della maggior parte dei componenti l'organo deliberante.

(58) V. *supra* p. 7 e n. 18.

(59) ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit. *(supra n.* 23) p. 220 n. 3. I tentativi di dare una spiegazione tale da rendere coerente il provvedimento con la realtà alla quale Teofilo lo aveva riferito, stanno a dimostrare che, anche coloro che hanno accettato! come vera la notizia della Parafrasi, lo hanno fatta perché questa consentiva una datazione risalente del plebiscito, senza che vi fosse la necessità di compiere ulteriori, più approfondite indagini.

Rimangono i soli elementi forniti dal contenuto del provvedimento, dalla natura delle disposizioni in esso presenti e, solamente in relazione a questi due aspetti, dalla forma nella quale è stato adottato. Certamente depongono a favore di una considerevole risalenza della legge il criterio casistico seguita dal legislatore (60), il calcolo della sanzione (61) e, infine, lo stesso linguaggio che ancora si riscontra nelle fonti in relazione al testo di legge (62), dati questi che confermano l'opinione di una considerevole risalenza del plebiscito, e alla quale si può certamente aderire, a condizione di non anticiparne la datazione ad un'epoca anteriore alla seconda metà del terzo secolo (63).

---

(60) « *Servum* servamve *alienum alienamve* ... *quadrupedemve* quae *pecudum* numero ... quod usserit fregerit ruperit » locuzioni che si richiamano ad una tecnica giuridica relativamente arcaica, propria della prima giurisprudenza alto repubblicana e che, forse non casualmente, possiamo riscontrare ancora nella formula edittale dell'*actio* servi corrupti: cfr. D.11.1.3.1 pr. (Ulp. 23 ad. ed.).

(61) Non è da trascurare il dato offerto! dalla « valutazione del danno » che sostituisce la pena fissa, sanzione tipica dei delitti già previsti nelle XII tavole. Ma se questo elemento indica che il plebiscito, come d'altra parte ci è detto da Ulpiano, interviene in un periodo successivo alla disciplina decemvirale, esso contiene altresì le forme proprie della elaborazione giuridica della prima giurisprudenza repubblicana, sì da risultarne prodotto: il carattere innovativo della legge diviene espressivo della connessione esistente fra l'attività degli antichi prudentes e lo strumento legislativo.

(62) D.9.2.27.5; h.t. 11.6; sul valore del termine erus cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI, Il campo semantico della schiavitù nella cultura latina del 111 e *II* secolo *a.C.*, in *Studi* Storici, 1978, p. 718. Maggiori problemi ha sollevato l'interpretazione di « damnas *esto* ». Sul termine: v. LIEBS, *Damnum, damnare und* damnas, cit. (supra n. 1) p. 173 e ss.; DAUBE, *On* the use of the *Term Damnum,* cit. (supra n. 27) p. 160 e ss.; da ultimo ANGELA ROMANO, Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica, 1986, p. 33 e ss. In relazione al tipo di processa al quale tale dizione autorizzava — come già anticipato a proposito dei triginta dies, (supra n. 30) — si è pensato ad un processo da intentarsi con legis actio sacramento in *personam.* Nell'ipotesi di confessio in iure, avrebbe luogo una manus iniectio dopo un semplice procedimento di valutazione pecuniaria (KASER, RPR, cit. supra n. 31, p. 161 e s.). Secondo il PUGLIESE, Istituzioni di diritto romana, I, 1986, p. 167, invece, per il periodo antico, era possibile esperire immediatamente la « manus iniectio pro iudicato » *e* l'autore dell'illecito non poteva essere difeso se non da un vindex. Diversamente il KELLY, *The* Meaning..., cit. (supra n. 29) p. 73 e s., il quale reputa l'espressione « damnas *esto* » un predicato indeclinabile, il cui significato sarebbe « l'importa del risarcimento sia ... », quindi relativa solo alla determinazione del danno da risarcire, e non indicativa dell'obbligazione al risarcimento. I1 problema sul punto è tuttora aperto, né gli elementi a disposizione per soluzioni di carattere definitivo sembrano risultare dalle fonti.

(63) Alla fine del III secolo, inizi del II a.C. lo data HONORÉ, Linguistic und *Social Context* of the Aquilia, (cit., supra n. 17), p. 146 e ss. sulla considerazione che, non attribuendo rilevanza alla testimonianza di Teofilo (cm argomentazione peraltro assai generica, cfr. p. 145 e s.) gli elementi idonei alla

Infatti gli elementi arcaici messi in evidenza non debbono far velo ad un contenuto estremamente evoluto della legge, e che ha rappresentato una pietra miliare nel sistema penale romano. Fino all'approvazione del plebiscito aquiliano, per le singole figure delittuose la sanzione era rappresentata dalla pena fissa o dalla comminazione di una multa. La legge introduce pertanto non solo una nuova figura di delitto, ma anche un nuovo criterio sanzionatorio; essa non può quindi essere espressione di un intervento legislativo a sé stante, ma piuttosto il portato di un più ampio e generale fenomeno dì rinnovamento nel settore del diritto privato *e,* in particolare delle obbligazioni.

## XII. Le leggi repubblicane della fine del III sec. a.C.

La *lex Aquilia* è così il prodotto di una classe di giuristi che, in un certo periodo della storia del diritto, ha operato servendosi di questo mezzo inusuale, in quell'arco di tempo caratterizzato da una realtà economica profondamente trasformata dalle vie commerciali mediterranee e dal corrispondente nuovo strutturarsi dei rapporti di scambio nel mondo romano, alla quale le leggi hanno voluto dare risposta. Può allora non essere casuale che nell'arco di tempo compreso fra la fine del III secolo e la prima metà del II sec. a.C. — nel periodo, cioè, al quale potrebbe riferirsi l'approvazione della *lex Aquilia* — vengano ascritte alcune fra le più rilevanti leggi sulle obbligazioni di epoca repubblicana, come le leggi Apuleia, Furia e Cicereia, a regolamentazione dei rapporti di garanzia personale dei crediti (64),

---

datazione sono offerti dal linguaggio usato dal legislatore (particolarmente significativo sarebbe l'uso di «*aes*» nella sanzione) e la situazione economica della quale la valutazione dei beni sarebbe espressione. La legge, quindi, sarebbe legata al grande mutamento conseguente le guerre puniche, e lo studioso la pone fra il *209* e il *195* a.C. Condivide questo punto di vista: HAUSMANINGER, *Das Schadenersalzrecht*.., cit. (*supra* n. 1) p. 10.

(64) *Gai.*3.121-123. *I* provvedimenti sono stati ritenuti plebisciti dal ROTONDI, *Leges publicae,* cit. (*supra* n. 55) p. *246,* 475 e ss.; cui aderisce il NICCOLINI, I *Fasti dei tribuni della plebe, 1934,* p. *396* e s. Si pensa che la *lex Apuleia,* la più antica delle tre leggi *de sponsu* in esame, sia stata votata intorno al *241* a.C., dal momento che essa è applicata anche ai cittadini in provincia. Di poco successiva è la datazione proposta per la *lex Furia,* intorno alla fine del III sec. a.C., essa è comunque antecedente alla *lex Vallia,* poiché in questo ultimo provvedimento si concede al garante la *manus iniectio pro iudicato* contro il creditore che abbia preteso in misura superiore alla quota. La *Lex Cicereia* conclude il processo di delimitazione della responsabilità dei garanti disponendo che il creditore rendesse noto, già al momento della prestazione della garanzia, quanti garanti intendesse assumere e in relazione a quali crediti. Si ritiene approvata nella prima metà del II secolo a.C.

le leggi Silia e Calpurnia (65), che pure introducendo una nuova ***legis actio,*** furono create per la tutela dei crediti liquidi di denaro ***e*** di ogni altro credito liquido anche non di denaro. Poiché la maggior parte di questi provvedimenti fu adottata in forma di plebiscito, anche per questo aspetto ben si inserirebbe il plebiscito aquiliano, soprattutto in relazione al fatto che, già alla metà del III sec. a.C., le assemblee legislative erano divenute perfettamente fungibili fra loro ed, anzi, la maggioranza dei provvedimenti, il cui contenuto non rivestisse particolare interesse politico, era adottato dai ***concilia plebis*** (66). La forma di plebiscito deporrebbe, in questo caso, a favore di una posticipazione, rispetto alla data tradizionalmente ascrittale.

Poiché l'emersione sul piano sociale ed economico di nuove realtà giuridiche coerenti con i profondi mutamenti strutturali della vita romana è già stata posta in evidenza allo stesso nostro scopo (67), può non essere inutile cercare di cogliere, in un'analisi d'insieme, il filo coduttore di quelle leggi alle quali ci siamo richiamati e per le quali si può intravedere il dato che, presupposto comune alla stessa legge Aquilia, giustifica l'accostamento cronologico di quest'ultima a quelle: il conseguimento — con la legge — di un fine pratico inaccessibile al solo interprete del diritto.

Scopo del gruppo di leggi de ***sponsu*** più sopra richiamato era di limitare la responsabilità di ciascun garante nei limiti della quota. Benché a tale risultato si sia giunti con più interventi, succedutisi nel tempo, sarebbe stata sufficiente la sola prima legge, ***la*** *lex Apuleia,* perché a tale traguardo si giungesse, anche percorrendo una

---

(65) Gai.7.4.19. ROTONDI, Leges pubicae, cit. (supra n. 55) p. 261 e 263 e s.; NICCOLINI, I Fasti, cit. (supra n. 64) p: 401 e s. Entrambe di data incerta, certamente la lex Silia anteriore alla lex *Calpurnia*; entrambi i provvedimenti sono comunemente fatti risalire alla fine del III sec. a.C. e, se è esatta l'opinione di BROUGHTON, The Magistrates of the *Roman Republic,* I, 1968, p. 273, che l'autore della seconda legge sarebbe stato C. Calpurnio Pisone, questo secondo prowedimento sarebbe da ascrivere al 211 a.C.

(66) Certamente il fenomeno non può essersi verificato negli anni immediatamente successivi alla legge Ortensia, ma senza dubbio era già in atto nella seconda metà del secolo, essendosi attuata ormai pienamente l'integrazione fra le due classi. In particolare, nel periodo delle guerre puniche, durante l'invasione di Annibale, allorché i consoli erano massimamente impegnati nelle operazioni di guerra, si sarà fatto ricorso con sempre maggior frequenza alla iniziativa dei tribuni. La fungibilità fra plebiscito e legge non deve, a questo punto, destare particolare meraviglia, non solo in considerazione del fatto che, in particolare nel settore del diritto privato, l'autore o gli autori del testo erano i giuristi, ma, soprattutto, che tutte le leggi, comiziali e plebisciti, erano fondamentalmente decise e volute dal senato.

(67) HONORÉ, *Linguistic* and *Social...,* cit. (supra n. 17) p. 145 e ss.

via diversa da quella normativa. Infatti è già contenuta, nel primo dei prowedimenti, la base sulla quale si è poi costruito il principio della responsabilità parziale dei garanti, stabilendo, come riferisce Gaio, un'equivalenza fra la posizione dei garanti e quella dei soci « ... *lex Apuleia* quandam *societatem introduxit, nam* si quis *horum plus* sua portione *solverit,* de eo quod *amplius* dederit, adversus ceteros actiones *constituit* (68).

Si trattava di eliminare l'ostacolo rappresentato dal regime della sponsio e della fideipromissio, entrambe caratterizzate, sulla scia della funzione originaria della garanzia, dal solo rapporto garante-debitore principale (69). Una volta stabilito il principio, le leggi successive provvedono ad una più precisa definizione dell'istituto in ordine al campo di applicazione, alla durata, ai rapporti col creditore: risultato, codesto, che sarebbe potuto essere raggiunto anche col solo contributo portato dalla *interpretatio,* ma che una scelta politica, anche in relazione ai « tempi » di attuazione (le leggi si sono susseguite in uno spazio di tempo relativamente breve), ha preferito mantenere nell'alveo originario dell'intervento legislativo. Ed ancora, accanto a queste, troviamo una copiosa serie di riforme del diritto privato introdotte con delle leggi nel campo del diritto delle persone, del diritto di successione, dei diritti reali.

Le conclusioni, alle quali porta l'analisi che abbiamo condotta, non possono che aver forma negativa. Il problema della datazione della lex *Aquilia* è stato finora condizionato, in un modo o nell'altro, dal tenore del passo della Parafrasi di Teofilo; noi abbiamo visto invece che tale passo è frutto di un equivoco e che dunque il solo modo per utilizzarlo scientificamente consiste nel prescinderne del tutto. Ogni proposta di datazione legata al punto di vista di Teofilo è destinata ad isolare la lex Aquilia dal suo vero contesto, che è quello dell'opera della giurisprudenza del III secolo a.C., anche se in questo caso l'istanza dei giuristi è stata realizzata (ma non è l'unico esempio) per il tramite di una legge.

Teofilo, sulla base della constatazione che si trattava di un plebiscito, inserì piuttosto la legge nel contesto delle rivendicazionì

---

(68) *Gai.* 3.122. La correlazione fra le leggi e l'unicità dello scopo non è smentita **dalla** considerazione che una pluralità di interventi potrebbe deporre in senso contrario: l'esistenza della stessa *ratio* nei provvedimenti fa sì che essi rappresentino singoli aspetti di un solo disegno.

(69) A disciplinare il rapporto fra debitore principale e garante aveva *già* provveduto la *lex Publilia,* stabilendo che il garante potesse agire contro il debitore principale se questi non avesse restituito entro: sei mesi quanto pagato dallo *sponsor (Gai.* 3.127; 4.9,22). Su una base prevalentemente prosopografica questa legge è comunemente ritenuta assai più risalente rispetto alle altre leggi de ***sponsu,*** ed è fatta risalire alla metà del IV sec. a.C.

plebee, dove essa, non trovandosi nel proprio ambiente, risulta come un'entità amorfa e non vitale, per la quale, di conseguenza, ogni datazione è possibile, sicché la ricerca di una data ne risulta legata al solo criterio formale del nome del proponente, il che può portare a conclusioni del tutto irreali.

Vi è dunque, nelle nostre conclusioni, un aspetto positivo implicito. Esso consiste nel fatto che la considerazione dell'impatto socio-economico della legge suggerisce una datazione posteriore a quella tradizionale. I1 tema dovrà dunque essere ripreso in tale nuova prospettiva, e ci riserviamo di farlo in un prossimo lavoro. Resta, comunque, fin d'ora accertato che la *lex Aquilia* non rappresenta un momento della vicenda politica delle rivendicazioni plebee, ma piuttosto di quell'attività di adeguamento del diritto (70) che fu l'opera della giurisprudenza del III secolo a.C., e per la quale i giuristi utilizzarono — in un contesto di armonia funzionale — i mezzi dell'elaborazione interpretativa e quelli dell'intervento legislativo, da loro stessi proposto, controllato e curato.

(70) È chiaro che si allude all'ordinamento giuridico privato, per il quale — nel mondo romano — la legge è un modo di evoluzione del diritto scarsamente rispondente alle sue caratteristiche strutturali.

ABSTRACT

The object of this work is to study the reason which misled Theophilus into believing that the lex Aquilia had been approved during a secession. In fact the plebiscite is one of the group of law promulgated at the end of Third and beginning of the Second Centuries b.C. in the face of the profound changes brought about by the expansion of Rome. This involves a completely different set of circumstances from those which an earlier dating would entail. Texst: Theoph. Par. 4.3.13-15; Sch. Anon. ad Bas. 60.3.1; I. 4.3.14-15; D.9.2.27.5; Gai. 3.217-218.

Scopo dell'indagine è di scoprire il motivo che ha indotta Teofilo all'errata notizia secondo la quale la lex Aquilia sarebbe stata approvata durante una secessione. I1 plebiscito fa invece parte del gruppo di leggi che i giuristi delia fine del III sec. ed inizi del II sec. a.C. provvidero a far emanare in corrispondenza dei profondi mutamenti intervenuti con l'espansione di Roma, ed è espressivo di una realtà completamente diversa da quella che una più risalente datazione importerebbe. Testi: Theop. Par. 4.3.13-15; Sch. Anon. ad Bas. 60.3.1.; I. 4.3.14-15; D.9.2.27.5; Gai. 3.217-218.

**Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.**
Nuova Serie - Vol. III (1989)

**ALESSANDRO BERNARDI**

# In tema di liberazione anticipata: la « partecipazione all'opera di rieducazione » dopo la riforma del 1986 *

## SOMMARIO

1) La « doppia anima » del presupposto della liberazione anticipata prima della riforma dell'art. 54 ord. penit.
2) L'incremento quantitativo delle detrazioni di pena previsto dalla legge 66311986 e la contestuale soppressione della discrezionalità giudiziale in merito alla concessione: loro collegamento sul piano logico-giuridico.
3) 11 rapporto tendenzialmente biunivoco fra obbligatorietà della detrazione di pena e contenuto meramente fattuale del presupposto normativo.
4) La persistente esigenza di una più accentuata tipizzazione del presupposto della liberazione anticipata.
5) I nuovi profili di indeterminatezza del presupposto legale delineantisi nella 1. 663/1986: tra discrezionalità e politica giudiziaria.

1. L'istituto della liberazione anticipata, come noto, risulta contraddistinto da una certa ambiguità, ascrivibile innanzitutto ai controversi profili del suo presupposto.

Infatti, già sul piano semantico, il concetto di partecipazione del condannato all'opera di *rieducazione* risulta anfibologico, evocando da un lato comportamenti esteriori rilevanti per il loro mero contenuto oggettivo, dall'altro un'adesione psicologica al trattamento, sintomatica di un coefficiente di risocializzazione. Questa equivocità di fondo, può consentire differenti concezioni della liberazione anticipata, fra le quali quelle estreme e contrapposte rispettivamente di premio per la buona condotta del detenuto owero di anticipazione del momento di scarcerazione per l'avvenuta risocializzazione.

I risultati cui ha dato luogo questa sorta di « doppia anima » dell'istituto in esame possono essere così sintetizzati:

---

* *Contributo presentato al convegno sulla riforma dell'ordinamento penitenziario - Università di Macerata, 16 maggio 1987.*

a) da un lato la quasi totalità della dottrina ha valorizzato il contenuto fattuale del presupposto della riduzione di pena. riconoscendo che la sua dimensione specialpreventiva risiederebbe tutta e solo nella carica incentivante a reiterare il comportamento positivo in vista di benefici ottenibili a scadenze prefissate, col risultato di acquisire abitudini di vita socialmente conformi (1).

b) dall'altro lato la giurisprudenza della Cassazione ha prevalentemente ritenuto che la partecipazione all'opera di rieducazione debba essere valutata in relazione all'atteggiamento psicologico del condannato, di modo che l'anticipazione del momento del reinserimento sia consentita solo nei confronti di soggetti già rieducati se non addirittura emendati (2). Come è stato puntualmente osservato (3), questa tendenza appare per certi versi giustificata dal tentativo di sottrarre l'art. 54 ord. penit. ad una applicazione in chiave essenzialmente disciplinare. È certo però che tale interpretazione ha determinato lo stravolgimento in sede giurisprudenziale dei naturali meccanismi applicativi dell'istituto. Infatti, data la difficoltà e la stessa illogicità di un giudizio sulla effettiva risocializzazione del detenuto a scadenze semestrali, si è finito per valutare una sola volta, cioè unitariamente, la partecipazione all'opera di rieducazione. In altre parole, si è ritenuto che per la concessione della liberazione anticipata debba essere effettuato un giudizio « globale », nel quale venga preso in considerazione il comportamento tenuto dal condannato durante l'intera esecuzione (4).

---

(1) Cfr. CESARIS, I *tempi* delle riduzioni di pena: valutazione frazionata per *semestri* o valutazione unitaria « *globale* »?, in Riv. *it.* dir. proc. *pen.*, 1980, p. 596; DI GENNARO, Riduzione di pena e liberazione anticipata, in *Giust.* pen., 1977, III, c. 602 ss.; DI GENNARO, BONOMO e BREDA, *Ordinamento* penitenziario e misure alternative alla detenzione, Milano, 1987, p. 305 ss.; FIANDACA, Commento *all'art.* 18 i. 10-10-1986 n. 663, in La legislazione penale, 1987, p. 201; GIULIANI, Teoria unitaria e teoria *atomistica* in materia di Ziberazione anticipata, in Cass. pen. Mass. ann., 1978, p. 568 ss.; GREVI, Riduzione di pena e liberazione condizionale per i condannati *all'ergastolo*, in Riv. it. dir. proc. *pen.*, 1978, p. 61 ss.; PRESUTTI, Profili *premiali dell'ordinamento* penitenziario, Milano, 1986, p. 103 ss.; RAMACCI, Riduzioni di pena, liberazione anticipata e liberazione condizionale, in Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria, a cura di V. Grevi, Bologna, 1982, p. 119 ss. Cfr, altresì la *Relazione ministeriale* al d.d.l. su « Ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minorile », approvato dal Consiglio dei Ministri il 14 dicembre 1966, in *Rass.* st. penit., 1966, p. 83 ss.

(2) Cfr., per tutte, Cass., 26 ottobre 1977, in Cass. pen. Mass. ann., 1980, p. 246; Cass., 15 novembre 1977, ivi, p. 247.

(3) Cfr., in particolare, PRESUTTI, Profili premiali, cit., p. 93 ss.

(4) Fra le moltissime decisioni in tal senso, cfr., per tutte, Cass., 5 aprile 1977, in Giust. pen., 1977, III, c. 414 ss., con nota critica di DI GENNARO; Cass., 25 novembre 1977, in Cass. pen. Mass. ann., 1978, p, 564, con nota di CIANI; Cass. 27 settembre 1979, ivi, 1980, p. 1452, con nota di richiamo di numerosi precedenti conformi, cui si rinvia; Cass., 25 gennaio 1980, ivi, 1981, p. 651 ss.; Cass. 1

Orbene, nel permanere dei contrasti interpretativi fra dottrina e giurisprudenza sul contenuto del presupposto (e di riflesso sulle cadenze applicative della liberazione anticipata), l'art. 18 della l. 10 ottobre 1986 n. 663 ha significativamente modificato le conseguenze connesse alla sussistenza del presupposto stesso. In particolare, mentre secondo la redazione originale ddll'art. 54 ord. penit. in presenza della prova di partecipazione all'opera di rieducazione *poteva* essere discrezionalmente concessa una riduzione di *venti giorni* per ciascun semestre di pena detentiva scontata, attualmente la riduzione non solo è passata a *quavantacinque giorni* a semestre, ma risulta altresì *obbligatoria* (5).

In questa sede ci si propone di affrontare, in particolare, due problemi distinti ma fra loro connessi:

se l'incremento quantitativo delle riduzioni di pena risulti in armonia — alla luce degli stessi principi costituzionali in materia penale (e a prescindere da ogni considerazione di politica penitenziaria) — con la soppressione della discrezionalità giudiziale in relazione alla concessione delle detrazioni;

se il venir meno di tale discrezionalità possa sciogliere taluni dei nodi interpretativi concernenti il presupposto in oggetto, incidendo sui contenuti di quest'ultimo e, di riflesso, sulla complessiva fisionomia dell'istituto della liberazione anticipata.

La sintetica analisi di tali problemi 'consentirà di mettere in luce come la soppressione della discrezionalità tenda a determinare un incremento del tasso di determinatezza dell'istituto in esame in una duplice prospettiva: escludendo che la concessione delle riduzioni di pena possa essere condizionata anche da parametri extranormativi; valorizzando il carattere oggettivo del presupposto. e dunque contribuendo a superare la tradizionale incertezza sul suo contenuto.

Nel prosieguo del lavoro emergerà tuttavia che la nuova disciplina della liberazione anticipata introdotta dalla l. 663/1986, se da un lato

---

luglio 1983, ivi, 1984, p. 2054; Cass., 19 giugno 1984, in *Riv.* pen., 1985, p. 322; Cass., 4 luglio 1984, ivi, p. 595. In dottrina, a favore del principio della unitarietà della valutazione si è espresso CATELANI, Manuale dell'esecuzione penale, Milano, 1980, p. 275. Per contro, la magistratura di sorveglianza ha prevalentemente accolto la concezione frazionata della valutazione. Cfr., per tutte, App. Bologna, 6 novembre 1981, in Rass. penit. *e criminologica*, 1982, p. 299; App. Milano, 12 giugno 1984, in Foro it., 1986, II, c. 615, con nota di BORSINI.

(5) Quest'ultima modifica della disciplina della liberazione anticipata è testimoniata sia dalla trasformazione del termine può essere concessa in è concessa, sia dall'introduzione, immediatamente dopo tale espressione, dell'inciso quale riconoscimento di tale partecipazione, che sottolinea il rapporto sinallagmatico esistente fra la positiva condotta del detenuto e la detrazione di pena. Cfr. FASSONE, BASILE e TUCCILLO, La riforma penitenziaria, Napoli, 1987, p. 178; FIANDACA, Commento, cit., p. 199.

innalza il livello di tipicità del presupposto legale, dall'altro lato lascia soprawivere, o addirittura incrementa, ulteriori e peculiari manifestazioni di indeterminatezza del presupposto stesso, consentendo così un'applicazione delle detrazioni di pena finalizzata alle più disparate scelte di « politica penale giudiziaria » (6).

2. Per quanto concerne il problema dell'eventuale rapporto esistente fra l'ampliamento delle riduzioni e la scelta legislativa di sopprimere la discrezionalità della loro concessione, è opportuno precisare, in via preliminare e generalissima, che il perseguimento della funzione di prevenzione speciale — e la connessa esigenza di individualizzazione della sanzione — non possono costituire un alibi per l'elusione dei principi propri dello Stato di diritto. È quindi da ritenersi che la finalità risocializzativa propria dell'istituto previsto dall'art. 54 ord. penit., così come della massima parte degli strumenti modificativi od attenuativi della sanzione irrogata, possa consentire tutt'al più un parziale affievolimento, ma non certo il completo superamento del principio di legalità delle pene (7).

Stabilito che anche gli istituti a sfondo eminentemente specialpreventivo debbano pur sempre risultare, sia pure in misura variabile, conformi al principio in questione, sembra altresì di poter dire che il « coefficiente di legalità » che essi postulano viene ragionevolmente a dipendere, in larga misura, dall'entità dei loro effetti pratici. In particolare, appare come un'esigenza inconfutabile sotto il profilo logico-giuridico che a più incisive modificazioni qualitative e quantitative della pena debba corrispondere una maggiore attenzione alle esigenze di certezza del diritto (8); che cioè, con riferimento al caso di specie, all'incremento quantitativo delle riduzioni di pena debba fare riscontro un più attento rispetto della legalità. È inutile sottolineare, a questo punto, come l'accentuazione della legalità imposta dall'incremento della « portata premiale » della liberazione anticipata potesse essere appunto perseguita (come di fatto è avvenuto in sede

(6) Col termine « politica penale giudiziaria » si allude ad un costante « esercizio del potere discrezionale non conforme alla legge, in genere per il prevalere di fini diversi su quelli per i quali il potere è stato concesso ». STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria,* in *Tommaso Natale,* 1979, p. 1473.

(7) Cfr., per tutti, NUVOLONE, *Relazione introduttiva,* in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico,* Milano, *1977,* p. 7.

(8) In questa prospettiva, potrebbe ritenersi che la tolleranza finora dimostrata dall'ordinamento verso quelle forme di indeterminatezza che talora contraddistinguono gli strumenti della progressione penitenziaria sia stata dovuta anche alla incidenza relativamente modesta di tali strumenti sull'entità complessiva della sanzione; e che pertanto una loro maggiore influenza sulla effettiva misura e qualità della pena possa comportare la tendenza ad un maggior rigore nella formulazione dei loro presupposti,

di riforma), eliminando innanzitutto la discrezionalità nella concessione del beneficio in presenza del presupposto. In tal modo si evita infatti che l'applicazione delle detrazioni di pena possa risultare in concreto condizionata da parametri extranormativi, come tali tendenzialmente incontrollabili e cangianti in quanto rimessi all'opzione (ancorché « teleologicamente orientata ») dell'interprete (9).

3. In una diversa prospettiva, si potrebbe ritenere — come vedremo subito — che proprio attraverso la soppressione della discrezionalità nel testo dell'art. 54 ord. penit., la l. 663/1986 consenta di chiarire anche i dubbi esistenti in relazione al contenuto del presupposto legale della liberazione anticipata, restituendo così al presupposto in esame quella *determinatezza* a priori preclusa dal permanere di dubbi interpretativi circa la natura oggettiva ovvero soggettiva della « partecipazione all'opera di rieducazione ».

In proposito va innanzitutto osservato che, quanto meno in via tendenziale, mentre alla valutazione della sussistenza di presupposti con una forte connotazione soggettiva — quali ad esempio la rieducazione, il ravvedimento e più in generale ogni modo di essere del singolo — è connaturata una accentuata elasticità (e questo anche quando la legge indichi i parametri sulla base dei quali valutare tale sussistenza), all'accertamento di presupposti oggettivi — quali ad es. la mera condotta, ovvero ogni specifico comportamento materiale del singolo — sembrano connaturati ambiti di opzione assai più circoscritti.

A sua volta, questa maggiore o minore elasticità in merito alla valutazione della sussistenza del presupposto tende inevitabilmente a riflettersi in una corrispondente maggiore o minore elasticità-discrezionalità in merito alle conseguenze legali che dall'accertamento del presupposto discendono. Si spiega così la scelta legislativa di attribuire discrezionalità al giudice per quanto concerne gli effetti legali connessi a presupposti valutativo-soggettivistici (dunque elastici) nonché la tendenza a rendere automatici gli effetti connessi a presupposti descrittivo-oggettivistici (dunque prevalentemente rigidi). Per es., appare il più delle volte discutibile che sia concesso il potere

(9) Vero è che la discrezionalità originariamente prevista dalla l. 24 luglio 1975 n. 354 in relazione alla concessione della liberazione anticipata risultava vincolata a « criteri finalistici » (cfr. DOLCINI, voce Potere discrezionale (dir. proc. pen.), in Enc. dir., XXXIV, 1985, p. 761), e più precisamente allo specifico perseguimento della funzione costituzionale di rieducazione. Tuttavia, appare pacifico che la prima stesura di tale articolo consentisse un ampio margine di opzione alla magistratura di sorveglianza, sottraendola ai vincoli della stretta legalità. Cfr. GIOSTRA, Il procedimento di sorveglianza nel sistema *processuale* penale, Milano, 1983, p, 384 ss.

discrezionale di negare l'applicazione di un istituto a contenuto premiale qualora sia stato realizzato il presupposto obiettivo cui la concessione di tale istituto è condizionata.

Non mancano, beninteso, eccezioni alla regola appena enunciata in quanto, nonostante la natura oggettiva del presupposto legale, in particolari casi può apparire opportuno lasciare al giudice la facoltà di prendere in esame elementi ulteriori rispetto a quelli indicati all'interno della norma. Sovente però la previsione discrezionale delle conseguenze legali connesse al presupposto normativo, anziché essere funzionale alla potenziale assunzione di parametri extranormativi accanto a quello normativo, costituisce essenzialmente lo specchio, la sentinella avanzata di una discreziontilità inscindibilmente insita nella valutazione dello stesso presupposto legale, quando appunto tale presupposto, essendo costruito in chiave soggettivistica, risulti fortemente condizionato dall'apprezzamento dell'interprete.

Se dunque la discrezionalità appare per così dire connaturata a parametri concepiti in chiave valutativo-soggettivistica, il fatto che l'originaria formulazione dell'art. 54 ord. penit. prevedesse la possibilità — e non l'obbligo — di concedere la riduzione di pena in presenza del relativo presupposto poteva sortire l'effetto di focalizzare l'attenzione sul profilo soggettivistico del concetto di « partecipazione all'opera di rieducazione » piuttosto che sul suo profilo oggettivo. In questo senso la discrezionalità che contraddistingueva la concessione della liberazione anticipata poteva forse contribuire a spiegare la già ricordata e ben nota tendenza giurisprudenziale ad identificare il presupposto della riduzione di pena con l'elemento soggettivo del ravvedimento, e conseguentemente ad accogliere il criterio applicativo globale (o unitario) anziché quello frazionato (o *atomistico*).

Corrispondentemente, il venir meno della discrezionalità in ordine alla concessione della liberazione anticipata quando sia accertata la sussistenza del presupposto potrebbe, per così dire, far risaltare il profilo oggettivo di tale presupposto. Cosicchè la liberazione anticipata acquisterebbe una più chiara fisionomia di premio conferito alla condotta di partecipazione al trattamento, sia pure allo scopo eminentemente specialpreventivo di far acquisire al condannato l'abitudine a comportamenti di segno positivo che consentano (come è specificato al primo comma dell'art. 54) il « suo più efficace reinserimento nella società ».

I risultati cui perviene il procedimento interpretativo qui esposto sembrerebbero avvalorati, tra l'altro, da ulteriori segnali normativi. Infatti vi sono altre modifiche, apportate all'art. 54 ord. penit. dalla l. 663/1986, che concorrono indirettamente a focalizzare la dimensione essenzialmente fattuale del presupposto, e in particolare, al primo comma, la trasformazione dell'espressione « ciascun semestre » in « ogni singolo semestre ». Ciò in quanto attraverso tale modifica il

legislatore sembrerebbe prendere più decisamente posizione a favore della concezione frazionata: con la conseguenza che del presupposto, di per sè anfibologico, finirebbe ad esser valorizzato il suo contenuto di condotta esteriore, più confacente ad una valutazione scandita su base semestrale (10).

4. Per quanto sin qui visto, la soppressione della discrezionalità operata dal legislatore dell' '86 sembrerebbe ben prestarsi ad innalzare il livello di determinatezza della liberazione anticipata per due diversi ordini di ragioni: in quanto elimina in radice la possibilità di valutare l'opportunità della concessione delle riduzioni di pena alla luce di criteri extranormativi; in quanto contribuisce a risolvere i dubbi sull'effettiva oggettività del contenuto del presupposto (11), e conseguentemente sulla stessa disciplina applicativa dell'istituto in esame.

Tuttavia occorre subito sottolineare che, in una più ampia prospettiva, la 1. 663/1986 non appare affatto idonea a scongiurare il rischio che, specie nella prassi interpretativa, sopravvivano forme atipiche di estesa discrezionalità atte a consentire alla liberazione anticipata di assumere finalità differenti da quelle eminentemente specialpreventive ad essa proprie.

In particolare — come si vedrà — momenti di vera e propria discrezionalità « libera » anomala sembrano annidarsi in quegli spazi di indeterminatezza del presupposto da un lato sopravvissuti all'abro-

---

(10) Per quanto concerne le ulteriori innovazioni in tema di liberazione anticipata le quali, risultando ispirate alla concezione frazionata, sembrerebbero sottendere un presupposto dal contenuto meramente fattuale, cfr. FIANDACA, Commento, cit., p. 203, nonché BERNARDI, La liberazione anticipata per riduzione di pena, in Le nuove norme suil'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986 n. 663, a cura di G. Flora, Milano, 1987, p. 391 nota 92 e p. 402.

(11) Come è noto, la concezione che riconosce il contenuto fattuale del presupposto presenta — quanto meno secondo i sostenitori della «teoria monistica» — un rischio non trascurabile: che la liberazione anticipata, venendo concessa sulla base del requisito di una mera buona condotta, diventi strumento di ordine e disciplina *carceraria* piuttosto che di risocializzazione. La concezione oggettiva, in altre parole, risulterebbe in contrasto con la finalità specialpreventiva delle detrazioni. Tuttavia tale rischio sembrerebbe superabile alla luce di due diverse considerazioni:

a) in primo luogo, poichè ordine e disciplina sono anch'essi presupposti necessari all'attuazione di un trattamento progressivo teso al reinserimento, non appare permeato di intrinseca negatività il fatto che la positiva condotta di partecipazione all'opera di rieducazione ottenga anche l'effetto indotto di giovare al mantenimento della regola all'interno degli istituti di pena;

b) in secondo luogo, e soprattutto, la condotta esteriore cui il presupposto fa riferimento non consiste nella supina osservanza delle regole, ma in una buona condotta qualificata, relativa agli elementi del trattamento: si tratta di comportamenti la cui valenza positiva sul piano risocializzativo trova riscontro sulla base di dati oggettivi di esperienza.

gazione della disciplina discrezionale delle detrazioni; dall'altro creati *ex novo* dalla disposizione inserita alla fine del primo comma dell'art. 54 ord. penit., in base alla quale le riduzioni di pena operano anche in relazione ai periodi di custodia cautelare o di detenzione domiciliare.

Sotto il primo profilo, va innanzitutto chiarito che — a causa degli stessi limiti di formulazione tanto del presupposto legale quanto degli elementi indicati dall'art. 94 reg. esecuz. ai fini della sua valutazione — le conferme venute dalla 1. 663/1986 circa la natura oggettiva del presupposto non appaiono certo sufficienti ad ovviare alla cronica carenza di tipicità di quest'ultimo. Tanto più che l'esigenza di una maggiore specificazione in sede di riforma del presupposto legale sembrava suggerita sia in vista dello stesso incremento quantitativo delle detrazioni di pena (12) sia, in specie, in prospettiva « correttiva » di una consolidata prassi applicativa orientata a riconoscere con estrema larghezza la sussistenza delle condizioni per la concessione della liberazione anticipata, anche a costo di svilire in via interpretativa la significatività del presupposto stesso (13).

Infine, l'esigenza di una migliore tipizzazione del presupposto legale poteva essere suggerita anche dalla stessa soppressione della discrezionalità. Infatti l'eliminazione del potere discrezionale — precludendo all'interprete la possibilità di subordinare la concessione delle detrazioni di pena ad ulteriori parametri extranormativi — se da un lato determina una indubbia « valorizzazione» del presupposto legale, dall'altro lato tende a far maggiormente risaltare ogni sua possibile carenza, ed in particolare, nel caso di specie, i profili di indeterminatezza connaturati al dato della partecipazione *all'opera* di *rieducazione*. Senza contare che la soppressione della facoltà d'integrare discrezionalmente il presupposto richiesto dalla legge per le riduzioni di pena appare come un'operazione di ortopedia legislativa vana e financo controproducente sotto il profilo della legalità qualora non sia accompagnata da una contestuale, rigorosa « caratterizzazione» del

(12) In quanto le nuove, più cospicue detrazioni sarebbero state forse pienamente giustificate solo qualora risultassero subordinate a comportamenti particolarmente qualificati del detenuto. Ad una prospettiva « proporzionalistica» di graduazione delle riduzioni di pena, concedibili volta a volta sulla base di presupposti di differente contenuto e significatività, risulta ispirato ad esempio il sistema penitenziario francese, il quale con le 11. 29 dicembre 1972 e 11 luglio 1975 ha introdotto ben tre tipi di reduction de peine (ordinaria, eccezionale, supplementare) fra loro cumulabili ed aventi presupposti vieppiù pregnanti. Attualmente, a seguito della I. 9 settembre 1986, le riduzioni eccezionali e supplementari sono state riunite in un'unica categoria, e sono stati fissati nuovi e più rigorosi parametri per la concessione di tale riduzione supplementare unificata.

(13) FASSONE, BASILE e TUCCILLO, La riforma, cit., p. 73 ss.

presupposto normativa In assenza di tale caratterizzazione, infatti, la discrezionalità soppressa per quanto concerne il momento applicativo delle riduzioni appare inevitabilmente destinata a ripresentarsi, in forme atipiche e striscianti, nel momento dell'accertamento della sussistenza del presupposto legale (14).

Alla luce di queste considerazioni, si ha ragione di temere che l'introdotto « automatismo » nella concessione delle detrazioni — sottolineando l'ineludibilità di queste ultime in presenza di una condizione legale i cui incerti confini sono stati costantemente e generosamente ampliati in sede applicativa — possa essere « recepito » dal giudice come momento di *convalida normativa* della prassi applicativa instaurata; convalida atta a consentire, a sua volta, un ulteriore e « indulgente » annacquamento del presupposto. Anche in considerazione della istituzionale benevolenza verso il detenuto del magistrato di sorveglianza, la riforma in esame potrebbe cioè essere da questi « interpretata » come incentivo ad un'applicazione in chiave clemenziale della liberazione anticipata. In sostanza, il rafforzamento della legalità connesso alla soppressione della discrezionalità giudiziale — non essendo stato accompagnato da ulteriori forme di specificazione del contenuto del presupposto — potrebbe prestarsi ad essere vanificato in larga misura attraverso una corrispondente caduta di significatività del presupposto legale nell'ambito del diritto vivente. Da ciò risulta evidente — su un piano più generale — che la carenza di tipicità non si limita a vanificare di fatto la soppressione della discrezionalità (in senso proprio), formalmente conseguita in sede di riforma modificando la formula « può essere concessa » in « è concessa ». Tale carenza infatti finisce con l'attenuare sensibilmente la stessa differenza fra contenuto *oggettivo* e contenuto *soggettivo* del presupposto: permanendo in capo al giudice, nel momento dell'accertamento del presupposto *oggettivamente* inteso, un ambito di discrezionalità (in senso improprio) per certi aspetti analogo a quello che, come sopra visto, risulta inscindibilmente connesso alla valutazione di un presupposto costruito in chiave eminentemente soggettivistica.

5. Se dunque, a causa delle intrinseche carenze di tipicità del presupposto legale, permangono forme di impropria discrezionalità anche accogliendo (come suggerito dalla riforma dell'86) la concezione oggettiva di tale presupposto, occorre riconoscere come un nuovo, più deciso ed efficace attacco alla determinatezza dell'istituto della liberazione anticipata sia stato portato proprio dalla 1. 663 del 1986, laddove essa ha previsto che anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare sia valutato ai fini della concessione delle detrazioni di pena.

(14) In questo senso cfr. anche FIANDACA, *Commento,* p. 199.

Poiché infatti « la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione è valutata con particolare riferimento all'impegno dimostrato nel trarre profitto dalle opportunità offertegli nel corso del trattamento, all'atteggiamento manifestato nei confronti degli operatori penitenziari, e alla qualità dei rapporti intrattenuti con i compagni e con i familiari » (art. 94 comma secondo reg. esecuz.), appare evidente la difficoltà di utilizzare questi parametri in relazione agli imputati in stato di custodia cautelare (15), dato che essi risultano esclusi dall'osservazione scientifica della personalità (art. 13 ord. penit.) e, di norma, anche dal trattamento rieducativo (art. 15 ord. penit.) (16).

I parametri indicati dall'art. 94 reg. esecuz. appaiono poi ancora più inadeguati in relazione ai soggetti detenuti domicilarmente, in specie qualora si tenga presente da un lato la finalità meramente *curativa* o umanitaria (17) (e non rieducativo-risocializzativa) dell'istituto introdotto col nuovo art. 47 ter ord. penit., e dall'altro lato il contesto penitenziario (e non domestico) (18) evocato dai criteri previsti dalla legge ai fini della valutazione della sussistenza del presupposto.

In sostanza, quindi, la più recente redazione dell'art. 54 ord. penit. consente ormai la concessione di detrazioni di pena anche in relazione a periodi durante i quali non possono essere materialmente realizzati quei comportamenti elevati dalla legge al ruolo di parametri per la valutazione dell'esistenza del presupposto legale; donde il sospetto che il fine prioritario della riforma in esame sia solo quello di estendere il beneficio della liberazione anticipata al massimo numero possibile di soggetti sottoposti a sanzioni privative della libertà, anche a costo di affievolire sino all'estremo la significatività del dato della « partecipazione all'opera di rieducazione » (19).

---

(15) Cfr. FASSONE, BASILE e TUCCILLO, *La* riforma, cit., p. 78.

(16) Ai sensi dell'art. 15 comma terzo ord. penit. « gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa o di formazione professonale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro condizione giuridica ».

(17) Cfr. FASSONE, BASILE e TUCCILLO, La riforma, cit., p. 77.

(18) Cfr. FIANDACA, Commento, cit., p. 200.

(19) Va sottolineato che l'affievolimento della pregnanza del presupposto legale non sembra circoscritto alle categorie di soggetti in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare, ma appare invece destinato ad estendersi a tutti i carcerati. È infatti difficile ipotizzare che quegli stessi parametri, sostanzialmente inapplicabili nei confronti di quanti siano custoditi cautelarmente o siano detenuti domiciliarmente, possano poi venire in concreto vagliati con rigore rispetto ai detenuti definitivi. Risultando per contro più logico e soprattutto più realistico ritenere che a fronte di una prevedibile tendenza a mistificare in chiave clemenziale l'accertamento della sussistenza del presupposto rispetto alle categorie di soggetti indicate nell'ultima parte del prima

In una più generale prospettiva, la nuova disposizione introdotta, consentendo al giudice di prescindere dai criteri di individuazione del presupposto previsto dal legislatore per le detrazioni di pena, potrebbe costituire un ulteriore sintomo del progressivo accoglimento — anche sul piano normativo — di forme mascherate di discrezionalità « libera »; forme del resto consolidatesi nella prassi giurisprudenziale anche laddove la legge detta esplicite direttive vincolanti (20).

In definitiva, dalla complessiva disamina dei nuovi profili normativi del presupposto richiesto per la riduzione di pena emerge come l'innalzamento del livello di legalità, connesso tanto all'eliminazione della « facoltatività » della concessione del beneficio quanto al « consolidamento » del contenuto fattuale del presupposto stesso, risulti vanificato dal confluire all'interno della disposizione legale in oggetto di vecchie e nuove forme di indeterminatezza (21). La carenza di tipicità della « prova di partecipazione all'opera di rieducazione » sembra così destinata ad agevolare quelle forme di discrezionalità libera atte a snaturare la fisionomia stessa della liberazione anticipata, sacrificandone le peculiari finalità nel nome dei più « prosaici » e caleidoscopici traguardi della « politica penitenziaria giudiziale ».

Non deve dunque sorprendere che le riduzioni di pena possano nella realtà applicativa essere tuttora utilizzate, a seconda dei casi, sia quale mero strumento di disciplina all'interno degli istituti di pena (22) sia quale elemento di deflazione processuale, diretto cioè ad incentivare la rinunzia alle impugnazioni fondate su ragioni puramente dilatorie (23); oppure ancora quale meccanismo clemenziale,

---

comma dell'art. 54 ord. penit., una tendenza in parte analoga possa registrarsi anche per quanto concerne i condannati « definitivi » rinchiusi negli istituti di pena.

(20) Cfr. DOLCINI, voce Potere discrezionale cit., p. 747 e 767, il quale pone l'accento sul fatto che nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale « le valutazioni del giudice si ispirano per lo più a finalità diverse da quelle ricavabili dalla funzione di ciascun istituto ».

(21) Occorre sottolineare che nel presente lavoro si è fatto costante riferimento alle sole carenze di deterrninatezza del presupposto emergenti dall'esame degli artt. 54 ord. penit. e 94 reg. esecuz. Per quanto concerne gli ulteriori profili di « indeterminatezza » in senso improprio del presupposto, emergenti — in una più ampia prospettiva — dall'analisi sia della complessiva realtà carceraria all'interno della quale deve essere accertato il dato della partecipazione all'opera di rieducazione sia del sistema processuale d'accertamento, cfr. BERNARDI, La liberazione anticipata, cit., p. 404 ss.

(22) Sul punto cfr., con riferimento alla situazione esistente prima dell'entrata in vigore della 1. 663/1986, DELLA CASA, PISA e FANCHIOTTI, Intervento, in Pene e misure alternative *nell'attuale* momento storico, cit., p. 511; PAVARINI, La riduzione di pena *nell'interpretazione* giurisprudenziale, in Rass. penit. e *criminologica*, 1982, p. 118.

(23) Cfr. DAGA, La riforma *dell'ordinamento* penitenziario, in *La* grande promessa, novembre 1986, p. 14.

di fatto disancorato da qualsiasi comportamento meritorio del condannato ([24]), se non addirittura quale congegno atto ad erodere i limiti edittali delle singole fattispecie ([25]) ovvero a consentire lo sfoltimento della popolazione carceraria attraverso « una sorta di indulto perpetuo parziale » ([26]).

E proprio in considerazione della crescente incidenza delle scelte di politica giudiziaria sui concreti contenuti del presupposto legale (e, di riflesso, sulla stessa « commisurazione della pena in senso lato ») ([27]), sembra possibile affermare che la legge 663/1986 non ha cancellato i dubbi esistenti sulla piena adeguatezza specialpreventiva della liberazione anticipata.

ABSTRACT

In presence of different and conflicting interpretations given by the authors and the Courts to the legal requirements of « liberazione anticipata » (prisoner's early release), the study analyses the controversial aspects of the « partecipation of the prisoner to the process of bis own rehabilitation » after the reform of penitentiary regulations occurred in 1986.

Nel permanere di contrasti interpretativi fra dottrina e giurisprudenza in merito al contenuto del presupposto della « liberazione anticipata », vengono analizzati i controversi profili assunti dalla « partecipazione all'opera di rieducazione » dopo la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1986.

(24) Cfr. MANTOVANI, Diritto premiale e ordinamento penitenziario, in Diritto premiale e sistema penale, Milano, 1983, p. 208.

(25) In questa specifica prospettiva, l'incremento delle detrazioni di pena, consentendo di mitigare significativamente la complessiva disciplina punitiva propria delle singole fattispecie sanzionate con pena detentiva, potrebbe essere interpretato come un ulteriore sintomo dell'uscita da quella situazione emergenziale contraddistinta tra l'altro dalla tendenza all'aumento in sede legislativa dei livelli sanzionatori. Cfr. MARGARA, La modifica della legge *penitenziaria:* una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere, in Questione giustizia, 1986, p. 540.

(26) FASSONE, BASILE e TUCCILLO, La riforma, cit., p. 74.

(27) Sulla nozione di « commisurazione della pena in senso lato », cfr. DOLCINI, La commisurazione della pena, Padova, 1979, p. 1 ss.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - Vol. III (1989)

PASQUALE NAPPI

# Aspetti processualcivilistici del sistema dell'autodisciplina pubblicitaria (*)

Sommaria: 1 Premessa. - 2. L'attività di giudizio degli organi di autodisciplina: delimitazione dell'àmbito di indagine, - 3. L'alternatività come fondamento della distinzione tra i mezzi di giustizia «privati» ai fini dell'applicabilità degli artt. 825 ss. c.p.c.. - 4. Prospettive della ricerca. - 5. L'oggetto del giudizio autodisciplinare. - 6. Il codice di autodisciplina e gli associati I.A.P.: la violazione del c.a.p. come violazione di precetti regolamentari. Conseguenze. - 7. Diversa configurazione giuridica del c.a.p. in relazione ai soggetti che lo accettano. - 8. Le controversie tra non associati in cui non sia legittimato ad agire il Comitato di controllo. - 9. Individuazione di una valida clausola compromissoria e analisi del procedimento davanti al Giurì: un esame a «futura memoria».

1. Nello stato moderno è possibile attribuire ai mezzi di giustizia privati la qualifica di alternativi.

Ciò consegue essenzialmente all'intervento delle grandi codificazioni civili ed al diverso ruolo che la giurisdizione statale ha assunto all'indomani della Rivoluzione francese (1).

---

(*) Per una migliore intellegibilità del testo in appendice è riportata l'ultima edizione del codice di autodisciplina pubblicitaria.

(1) Per un'ampia ed esaustiva disamina della situazione della giustizia civile anteriore e posteriore alla Rivoluzione francese si veda TARUFFO, La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi, Bologna, 1980. L'a. mette in evidenza che ancor prima del 1789, l'illuminismo si manifesta più come istanza di razionalizzazione del diritto comune, ed in parte come esigenza di riorganizzazione amministrativa dello Stato, che come tendenza ad un'opera radicale e profonda di riforma della giustizia civile, (op. cit., pp. 32-33); si evidenza inoltre che anche dopo la Rivoluzione francese l'auspicata riforma della giustizia resterà per alcuni anni più sul piana delle affermazioni e dei principi che non su quello delle realizzazioni concrete.

Sulla evoluzione della giustizia privata come mezzo di autodifesa (in particolare la faida) in relazione all'insorgere di un potere sovrano (lo Stato), si rimanda alla fondamentale opera di BRUNNER, Terra e potere, trad della 5ª ed., Milano, 1983. Si veda altresì SALVIOLI, Manuale di storia del diritto italiano 4ª, Torino, 1906, p. 556 ss. Un quadro complessivo dell'evoluzione dei rapporti tra

La connotazione sociale e garantista che contraddistingue lo stato di diritto al momento della sua nascita, trova inizialmente la massima espressione nella divisione e tripartizione delle funzioni, e nella affermazione della completa autonomia di ognuna di esse: gli unici ed insopprimibili vincoli esistenti sono quelli posti dalle leggi dello Stato (2).

Corollario di tali principi fu la rivendicazione di un ruolo di supremazia esclusiva degli organismi dello Stato all'interno delle singole funzioni; per ciò che concerne il potere giurisdizionale il suo esercizio venne devoluto solo ai giudici dello Stato, offrendo tutela solo ai diritti riconosciuti dalla legge statale.

La reazione alla situazione anteriore, contraddistinta da una pluralità di giurisdizioni (laica, ecclesiastica, feudale, municipale ecc.) e da forti particolarismi nella tutela giurisdizionale(3), portò con se il ripudio dell'idea stessa di una giustizia che coesistesse con quella statale, ciò tuttavia non condusse al divieto di ogni forma di composizione delle controversie che si attuasse al di fuori dell'ordinamento giudiziario statale, piuttosto venne concesso a tali forme di sopravvivere entro àmbiti ben precisi delimitati principalmente dalla disponibilità, da parte dei privati, dei diritti di cui si domandava la tutela. Comunque è chiaro che da quel momento il giudizio che si svolge davanti ad organi giurisdizionali dello Stato costituisce la regola, la possibilità di rivolgersi a giudici privati diventa l'eccezione.

Indubbiamente le pressanti istanze garantistiche ed egualitarie indussero, soprattutto nei secoli XVIII e XIX, uno sfavore nei confronti del ricorso a mezzi alternativi alla giustizia ordinaria; non per questo

---

giustizia privata e ordinamento statale è reperibile in una interessante opera di M. FERRARA, La giustizia privata, Napoli, 1937, passim e spec. p. 48 dove, in un'ottica « corporativistica » giustificata dall'atmosfera storica in cui l'opera venne creata, si afferma che « più lo Stato moderno estende la sua energia integrativa in senso 'totalitario' ... e più deve preoccuparsi di lasciare libero il campa all'attività privata, singola e collettiva, nei rapporti in cui non è né essenziale, né proficua la sua ingerenza direttiva e integrativa », con la conseguenza che nell'amministrazione della giustizia da paste della Stato « il principio del minimo mezzo s'impone: la tutela giuridica statale, come protezione ufficiale integrativa, deve sottentrare solo allora e solo in quanto non sia possibile altrimenti effettuare, per gli interessi singoli o collettivi, una vera ed armonica autodifesa preventiva o repressiva, cioè, una giustizia privata ».

(2) SATTA, voce Giurisdizione (nozioni generali), in Enc. dir., XIX, Milano, 1970, p. 224 dopo aver ripercorso l'iter che ha condotto alla moderna concezione della giurisdizione, scrive: « senza la giurisdizione verrebbe mena lo stesso ordinamento, o meglio la giuridicità dell'ordinamento, che è giuridico solo in quanto può (e deve) essere affermato ».

(3) TARUFFO, *op. cit.*, p. 13 ss.; SALVIOLI, *op. cit.*, pp. 561-564.

il fenomeno scomparve ma, si può dire, entrò in uno stadio di quiescenza (4).

Negli ultimi vent'anni la tendenza si è invertita e ciò è accaduto con una intensità significativa: il ricorso a forme private di giustizia è sempre in aumento ed è rinvenibile tanto all'interno dei singoli Stati quanto a livello internazionale, trovando particolarmente in quest'ultimo i presupposti maggiori e più idonei a giustificare la sua scelta.

A livello statale le ragioni del nuovo e progressivo spostamento dell'asse della giustizia verso forme private di composizione dei conflitti sono molte ed eterogenee. La volontà di risolvere le controversie in tempi molto più brevi di quelli oramai decennali della giustizia ordinaria, pur contribuendo a realizzare un maggior grado di effettività della tutela richiesta, non è che uno dei motivi — e probabilmente non il primo — dell'incremento del fenomeno: altre fondamentali ragioni fanno ritenere che la tendenza indicata andrà sempre più confermandosi.

Non è questa la sede per affrontare con la dovuta ampiezza l'analisi di un fenomeno molto vasto che involge problematiche, oltre che storico sociali, di politica del diritto (5). Ai fini del discorso che faremo nel prosieguo di questo breve scritto, è sufficiente dare una prima collocazione agli istituti che tenteremo di esaminare, soprattutto per meglio cemprendere le possibili conseguenze che la tendenza prospettata può comportare.

Come si è detto la rapidità dei giudizi è uno dei motivi che stanno alla base della scelta di giudici privati; l'esigenza di rapidità si inserisce in un più ampio contesto di accelerazione di tutte le procedure, indotto dalle necessità di un assetto sociale contraddistinto dalla nascita di nuovi bisogni (effettivi o indotti) e da una crescente imprenditorialità cui conseguono alti livelli produttivi ed un enorme incremento degli scambi commerciali, sia nazionali che internazionali. Sul piano organizzatorio ciò ha comportato il proliferare di forme asso-

---

(4) MORTARI, voce Arbitrato (dir. intermedio), in Enc. dir., II, Milano, 1958, p. 899 osserva che già « nei secoli XVI, XVII e XVIII, la legislazione degli Stati italiani non fu affatto favorevole all'arbitrato ».

(5) Per una visione generale del problema relativo alla moltiplicazione delle fonti di potere all'interno della società conseguente all'aumento delle « interdipendenze funzionali» si veda LUHMANN, Potere e complessità sociale, Milano, 1979, soprattutto p. 105 ss.; ID., Stato di diritto e sistema sociale, Napoli, 1978, p. 53 ss. dove vengono considerate le funzioni della giurisdizione nel sistema politico alla luce della teoria dei sistemi e della teoria decisionale Si veda anche OFFE, in BOBBIO-OFFE-LOMBARDINI, Democrazia, maggioranza e minoranze, Bologna, 1981, p. 73 ss.

ciative nuove e sempre più ampie, provocando l'incremento di quella che, con terminologia tradizionale, può essere definita la pluralità degli ordinamenti giuridici (6). La settorializzazione per categorie si trova in una relazione con lo Stato connotata da istanze confliggenti: da una parte esiste una espressa sfiducia nei confronti delle capacità dello Stato di rispondere alle esigenze proprie ad una società in continua evoluzione e trasformazione; dall'altra si richiede allo Stato una maggiore assistenza ma, nel contempo, si pretende anche una completa autonomia nella gestione e nella programmazione.

Sul piano della tutela dei diritti la ricerca di autonomia ha trovato come referente immediato il ricorso ai giudici privati. Questi ultimi presentano molte attrattive per i grandi gruppi che vivono ed operano sia all'interno dei singoli Stati che a livello internazionale: la cennata rapidità di giudizio, riservatezza, specializzazione dei giudici, possibilità di scegliere i giudici stessi, abbattimento delle frontiere giuridiche nei contenziosi internazionali (7).

Inoltre si sono creati con sempre maggiore frequenza dei veri e propri sistemi di giustizia interni agli ordinamenti giuridici minori, spesso con la istituzione di collegi decisori permanenti.

La circostanza che ora ci preme evidenziare è che sovente alle caratteristiche segnalate se ne aggiunge una molto rilevante: un ingente fenomeno di « normazione » interna, diretta a colmare le lacune delle legislazioni statali di settori che divengono sempre più vasti, o diretta ad aggiungersi alla legge dello Stato con discipline molto specifiche. Gli interessi delle categorie che operano nell'àmbito dei più diversi settori privati necessitano infatti di regolamentazioni specifiche e precise che consentano la strutturazione e la gestione delle organizzazioni stesse più proficua ed efficiente di quella che si otterrebbe adottando gli schemi, spesso obsoleti, predisposti dal legislatore statale ma, soprattutto, che consentano una autonomia pressoché totale che ponga al riparo da possibili ingerenze del potere statale, sia esso quello giurisdizionale che, a maggior ragione, quello amministrativo.

Si deve allora porre una prima fondamentale distinzione: ipotesi

---

(6) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico 3ª*, Firenze, 1977; CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.

(7) Per la dimensione sovranazionale del fenomeno ci sia consentito rinviare a GALANTER, La justice ne se trouve pas seulement dans les decisions des tribunaux, in Accès a la justice et Etat-Providence diretto da Cappelletti, Parigi, 1984, p. 151 ss.; CAPPELLETTI e GARTH, Introduction, ivi, p. 15 ss., spec. pp. 27-33; CHASE, *Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 913 ss., spec. pp. 939-943 e citt. ivi riportate.

in cui i giudici privati sono chiamati a prestare tutela a situazioni cui anche la legge statale la riconosce, ed ipotesi in cui le norme di cui si deduca la violazione siano di origine esclusivamente privata. In questa seconda ipotesi si dovrà poi effettuare una ulteriore distinzione a seconda che la violazione affermata integri la lesione di un interesse che il legislatore statale consideri o meno come meritevole di tutela.

Le distinzioni proposte hanno un'importanza determinante in un discorso diverso ma adiacente a quello sino ad ora accennato. Ci si vuol riferire alla possibilità di recezione delle pronunce emesse da organi privati da parte dell'ordinamento statale.

Venendo incontro alle esigenze innanzi prospettate, a forse tenendo semplicemente conto di una realtà insopprimibile, il legislatore ha disciplinato l'istituto dell'arbitrato rituale, contraddistinto principalmente dalla possibilità concessa ai privati di depositare la pronuncia emessa da arbitri, al termine di un procedimento delineato dagli artt. 806 ss. c.p.c., presso la cancelleria di un organo giurisdizionale della Stato per ottenere l'*exequatur*, e cioè ai fini dell'attribuzione, previa veri ca dei requisiti formali, dell'efficacia di sentenza al lodo arbitrale (sul punto v. *infra*).

L'interrogativo che ci si può porre di fronte alla situazione delineata è allora il seguente: quale rapporto esiste tra giudizio privato e ordinamento statale quando i privati richiedano che l'efficacia di sentenza, assistita dal « monopolio della forza » detenuto dallo Stato, venga attribuita ad una pronuncia emessa al termine di un giudizio privato (attuato correttamente nelle forme dell'arbitrato rituale) che abbia concesso tutela a situazioni e posizioni cui lo Stato stesso non riconosce la tutela?

Una risposta di ordine generale a questo interrogativo richiede un'analisi ed un approfondimento che non ci reputiamo in grado di affrontare; tuttavia cercheremo di fornire alcune risposte relative ad un caso singolo, quello dell'autodisciplina pubblicitaria, che offre molti spunti interessanti.

La nostra analisi cercherà di restare esclusivamente su di un piano strettamente tecnico.

2. La quasi totalità degli organismi che attualmente operano nel settore pubblicitario, per lo più associazioni e società, hanno costituito l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, cioè un'associazione non riconosciuta che « si propone di agire affinché la pubblicità sia onesta, veritiera, corretta e venga realizzata come servizio per l'informazione dei consumatori » (art. 2 statuto I.A.P.). Lo scopo che persegue, non di lucro, può essere definito come « egoaltruistico » in quanto corrispondente sia ad un interesse degli associati ad un buon

ambiente contrattuale, sia ad un interesse esterno della generalità dei consumatori ([8]).

L'Istituto, per previsione statutaria (art. 3), provvede alla emanazione ed alle revisioni (tramite il Consiglio Direttivo che provvede all'unanimità: art. 6, ult. co.) di un codice di autodisciplina (c.a.p.) che contiene una serie di norme di carattere sostanziale e procedurale che concernono la stessa materia che costituisce lo scopo principale della associazione e cioè il perseguimento dell'onestà, della veridicità e della correttezza pubblicitaria (art. 1 c.a.p.): le prime delineano i principi che devono essere rispettati nel porre in essere la pubblicità, una minoranza di esse ricalca il contenuto delle disposizioni relative alla concorrenza contenute nell'art. 2598 cod. civ., offrendone però una disciplina più ampia e precisa (quindi in alcuni casi differente), altre dettano delk regole di comportamento che sono peculiari al codice autodisciplinare in quanto richiedono l'osservanza di precetti che la normativa statale non dispone espressamente; le seconde prevedono invece l'istituzione, le attribuzioni, e le procedure per il funzionamento di due organismi interni, il Comitato di controllo ed il Giurì, che hanno rispettivamente la funzione di controllare il rispetto delle norme del c.a.p. da parte di coloro che lo hanno accettato in una delle forme che esamineremo più avanti, e di giudicare — mediante un vero e proprio processo (v. *infra*) — l'aderenza delle pubblicità alle previsioni delle cennate norme di carattere sostanziale. L'accertata non conformità di una pubblicità alle regole del c.a.p. conduce ad una pronuncia con cui il Giurì « invita » le parti interessate a desistere dalla pubblicità riprovata; la decisione è vincolante per tutti i mezzi pubblicitari che hanno accettato il codice di autodisciplina « ancorché non siano stati parte nel procedimento avanti al Giurì » (art. 41 c.a.p.). In caso di inosservanza delle decisioni, « il Giurì dispone che se ne dia notizia al pubblico attraverso gli organi di informazione indicati dal Giurì stesso, a cura dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria » (art. 42).

La nostra attenzione si concentrerà essenzialmente sulle funzioni individuate da ultimo e cioè sull'attività di giudizio, con la particolare intenzione di verificare in che modo il sistema di composizione

---

([8]) I1 termine « egoaltnxistico » è proposto da TAMBURRINO, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, in *Giurisprudenza sistematica civ. e comm.* fondata da *W.* Bigiavi, Torino, 1980, p. 393. L'interesse esterno del consumatore emerge chiaramente dalla citata dizione dell'art. 2 della statuto dello I.A.P.; quello interno dell'associazione si evince invece dall'art. 1 del c.a.p. che, oltre a ripetere che « la pubblicità deve essere onesta, veritiera e corretta », dispone che « essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla », esplicitando così l'altro (forse primario) obiettivo dell'autodisciplina: la salvaguardia degli interessi di categoria.

dei conflitti creato dall'autodisciplina pubblicitaria possa essere inquadrato nell'àmbito della categoria dei mezzi di soluzione delle controversie che si attuano al di fuori della organizzazione giudiziaria statale.

I problemi che si presentano in tale operazione sono di ordine diverso ma, in conseguenza del carattere strumentale da riconoscere anche ai mezzi di giustizia « privati » rispetto al diritto di cui si chiede la tutela, trovano spesso la loro soluzione sul piano del diritto sostanziale: ad esso infatti compete la funzione di individuare la natura da attribuire ai diversi accordi intercorsi tra coloro che accettano il codice di autodisciplina pubblicitaria e le decisioni del Giurì; di stabilire la natura delle regole contenute nel c.a.p. stesso, e, in generale, di verificare entro che limiti un'autorità privata possa essere la legittima espressione dell'autonomia negoziale di più soggetti (9).

Gli argomenti brevemente cennati, insieme ad altri di carattere specificamente processuale, dovranno essere necessariamente considerati nel prosieguo di questo breve studio, ora è invece opportuno segnalare altra questione la cui soluzione, nella prospettiva che abbiamo indicato in premessa, risulta essere imprescindibile per procedere ad un tentativo di collocazione sistematica degli organi dell'autodisciplina. Essa concerne la verifica della sussistenza del requisito dell'alternatività del ricorso agli organi autodisciplinari rispetto a quello all'autorità giudiziaria ordinaria.

3. I1 requisito dell'alternatività, integrato dal carattere sostitutivo del mezzo, risulta essere lo spartiacque tra istituti del tutto differenti, accomunati unicamente dalla circostanza, peraltro non trascurabile, che la composizione di una controversia scaturisce da un accordo di natura negoziale.

---

(9) Sul punto esiste una vasta bibliografia, tra le opere che offrono un inquadramento generale si segnalano: SANTI ROMANO, *op. cit.*; CESARINI SFORZA, *op. cit.*; monografie ed articoli specifici: M. FERRARA, La giustizia privata, cit.; LOMBARDI, Potere privato e diritti fondamentali, Torino, 1974; P. RESCIGNO, La giustizia interna delle associazioni private, in Persona e comunità (già in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1959), Bologna, 1966, ID, Sindacati e partiti nel diritto privato, in Jus, 1956, p. 34 ss.; BIANCA, Le autorità private, Napoli, 1977; BASILE, L'intervento *dei* giudici nelle associazioni, Milano, 1975; LA CHINA, L'organizzazione della giustizia *all'interno* dei partiti politici, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960, p. 213 ss.; GALGANO, *Delle* associazioni non riconosciute e dei comitati, in *Comm.* del cod. *civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967; NOBILI, L'arbitrato delle associazioni commerciali, Padova, 1957, p. 16; LUISO, La giustizia sportiva, Milano, 1975, quest'ultimo a. propone una dettagliata ed esauriente ricostruzione del sistema di giustizia del **CONI** (ente pubblico) *e* delle singole federazioni sportive, pervenendo a risultati di massimo rilievo.

Quando si afferma che un mezzo di composizione di una lite è alternativo alla giurisdizione ordinaria, ciò vuol dire che l'accordo intervenuto tra i soggetti ha modificato soltanto l'organo o il modo di una tutela già esistente perché riconosciuta dall'ordinamento statale (10). La differenza sostanziale derivante dalla presenza o meno del requisito in discorso risiede nella circostanza che nel primo caso risulta potenzialmente percorribile la strada della recezione della pronuncia privata da parte dell'ordinamento statale conseguente alla possibile e valida ricorrenza di un arbitrato rituale, mentre nel secondo caso tale percorso risulta precluso e si dovrà entrare nel settore, probabilmente più complesso, ma non per questo dotato di minore effettività, dei mezzi di soluzione delle liti e soprattutto di esecuzione delle pronunce, esclusivamente negoziali.

Esplicitando quanto osservato si può dire che se il requisito dell'alternatività risulterà sussistere, il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria potrebbe — in presenza degli ulteriori presupposti richiesti dalla legge — essere configurato sia come arbitrato rituale, sia come arbitrato libero, sia ancora come qualsiasi altro mezzo di composizione delle controversie; se invece verrà accertata la sua inesistenza, non si potrà in ogni caso configurare un arbitrato rituale. In pratica, poiché l'accordo compromissorio incide sulle (e ha per oggetto le) modalità di esercizio del diritto di azione (11), ciò implica necessariamente che l'azione esiste e che, quindi, esiste il diritto per la cui

(10) Così CARNELUTTI, Arbitri ed arbitratori, in Riv. dir. proc., 1924, I, p. 124 ss.; BIAMONTI, voce Arbitrato (dir. proc. civ.), in Enc. dir., II, Milano, 1958, pp. 900-902; si veda anche FAZZALARI, voce Processo arbitrale, in Enc. dir., XXXIV, Milano, 1987, p. 298: « fra i processi arbitrali e i processi giurisdizionali civili di cognizione vi è rapporto di alternatività, i primi potendo essere surrogati dai secondi »; e CARPI COLESANTI TARUFFO, Commentario breve al *c.p.c.*, Padova, 1988, sub art. 806: « I1 giudizio arbitrale si presenta come il mezzo al quale le parti possono ricorrere per sottrarre alla giurisdizione ordinaria... la decisione della lite, realizzando così una sorta di giustizia privata, dettata da un privato anziché dal giudice dello Stato ». La giurisprudenza si pone nella stessa linea quando, cercando di delineare le differenze tra arbitrato rituale e irrituale, afferma che solo nel primo « la decisione è ad un piano giurisdizionale, per avere le parti affidato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice e voluto una pronuncia che col crisma dell'autorità giudiziaria acquisti un valore pari a quello di una sentenza », così, tra le altre, Cass., 11 febbraio 1980, n. 975, in Mass. Giust. civ., 1980, I, p. 413; e Cass., 14 giugno 1979, n. 3348, ivi, 1979, I, p. 1460. Le Sezioni unite della Cassazione recentemente (sent, 9 dicembre 1986, n, 7315, in Mass. Giust. civ., 1986, p. 2088) hanno avuto occasione di ricordare che l'esistenza di un compromesso (nella fattispecie per arbitrato irrituale) non implica quella improponibilità assoluta della domanda giurisdizionale « configurabile nella diversa ipotesi della mancanza nell'ordinamento di una norma o principio astrattamente idonei a tutelare la posizione fatta valere in giudizio ».

(11) CARNACINI, voce Arbitrato rituale, in *Nov. Dig.*, I, 2°, Torino 1979, pp. 874 ss

tutela non ci si è rivolti all'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente.

L'esistenza del diritto d'azione costituisce d'altronde il presupposto implicito ed imprescindibile per l'applicazione della normativa statale relativa all'arbitrato rituale: gli artt. 806 e ss. del cod. proc. civ. fissano il minimo di regole perché l'arbitrato s'instauri e si svolga, e perché la pronuncia che ne derivi, oltre a legare le parti, sia suscettibile di ricevere dallo Stato gli attributi della sentenza giurisdizionale. Tale disciplina, concernente in ispecie momenti della instaurazione del processo arbitrale, dello svolgimento, dell'efficacia del lodo, della impugnazione del medesimo, va riguardata dall'angolo dello Stato, come possibile modello dell'attività dei privati e garanzia della medesima; dall'angolo dei litiganti e degli arbitri, indica loro i requisiti che le concrete attività devono inderogabilmente possedere perché il loro risultato sia riconosciuto e garantita dall'ordinamento (12). Peraltro appare logico che quest'ultimo riconosce e garantisce la pronuncia arbitrale solo nel momento in cui essa fornisce tutela a situazioni che l'ordinamento stesso riconosce come meritevoli di tutela giurisdizionale.

Inoltre, volendo anticipare alcune considerazioni relative alla possibilità di configurare il giudizio che si svolge davanti al Giurì come un arbitrato rituale, si deve evidenziare come la *differentia* specifica tra quest'ultimo e l'arbitrato libero risieda nella scelta compiuta dalle parti a seconda che esse vogliano (arb. rituale) o meno (arb. libero) che al lodo venga conferita « efficacia di sentenza » (13); ponendosi su di un piano sistematico ricostruttivo ciò implica che la presenza o meno della volontà delle parti diretta al deposito, deve essere accertata dopo aver verificato la depositabilità stessa della pronuncia del Giurì e, prescindendo momentaneamente dai requisiti di carattere formale, ciò sarà possibile solo quando la giustizia arbitrale sia alternativa a quella del giudice ordinario. Perché se poi si volesse ravvisare la *differentia* specifica tra arbitrato rituale e libero nella circostanza che i compromittenti abbiano parlato o meno di giudizio del collegio arbitrale, di decisione, di difesa e, in generale, si siano espressi in termini eminentemente processuali, si dovrebbe ricordare che il processo non è altro che uno « schema combinatorio di atti che può essere impiegato o viene impiegato non solo per il compimento di funzioni dello Stato ma anche per la realizzazione di attività dei privati » (14), senz'altro

(12) Così FAZZALARI, ***Processo arbitrale,*** cit., p. ***125.***

(13) La ***differentia*** di cui nel testo è evidenziata con vigore da PUNZI, voce ***Arbitrato,*** in ***Enc. giur. Treccani, I, Roma, 1988,*** p. ***4 ss.***

(14) FAZZALARI, ***op. loc. ultt. citt.;*** ID, ***I processi arbitrali nell'ordinarnento italiano, in Riv. dir. proc., 1968, pp.*** 465-470.

la scelta di tale schema può essere operata per garantire il rispetto di principi ritenuti fondamentali nell'attuazione giurisdizionale dei diritti, ma per i soggetti privati essa non è tuttavia di per sé sufficiente a far qualificare un arbitrato come rituale o libero, essendo a tal fine necessaria la manifesta volontà di pervenire ad un lodo suscettibile di essere depositato e di ricevere dall'autorità giudiziaria statale l'efficacia di sentenza (15). E opportuno sottolineare che se emergerà che l'esigenza di tutela prospettata al Giurì non è soddisfacibile dagli organi giurisdizionali dello Stato, oltre a risultare preclusa la possibilità di ravvisare un arbitrato rituale, risulterà altresì che l'organo deputato dall'Istituto dell'autodisciplina pubblicitaria alla soluzione delle controversie, non solo è creato dalle parti che volontariamente lo designano, ma trae dalla volontà delle parti la ragione stessa del suo potere che resta così concluso in un àmbito esclusivamente negoziale, con ciò differenziandosi da quei mezzi di giustizia alternativi che vengono si designati dalle parti, ma traggono la ragione del loro potere dalle norme statali che lo prevedono (16).

Ed è proprio sulla base di quest'ultima condizione che l'ordinamento prevede la possibilità di recepire al proprio interno la pronuncia resa da organi privati.

È ancora importante specificare che non si tratta di verificare i poteri del giudice togato a conoscere gli effetti di una pronuncia già emessa da un organismo privato a seguito della violazione di regole create negozialmente: siamo su di un piano logicamente diverso e comunque anteriore, perché prima di poter discutere sulla natura giuridica da riconoscere alla pronuncia del Giurì, è necessario accertare quale delle due ipotesi indicate in apertura risulti percorribile (17).

4. Volendo ora porre una precisazione di ordine sistematico, si deve evidenziare l'estraneità di una ricostruzione del sistema dell'autodisciplina pubblicitaria condotta in termini processualcivilistici dalla considerazione della minore o maggiore facilità nell'accesso al mezzo

(15) NOBILI, *op. cit.*, pp. 18-19: « L'esistenza di un arbitrato libero è invece rilevabile soprattutto dalla regola che esclude il deposito della decisione nella cancelleria dell'ufficio giudiziario competente, imponendolo invece presso l'associazione »; come si vedrà, il c.a.p. da una parte (art. 32, comma 2°) esclude che il Giurì sia normalmente un collegio arbitrale libero, mentre dall'altra prevede il deposito della decisione del Giurì presso la Segreteria dell'Istituto (art. 39).

(16) CARMELUTTI, Arbitri, cit.

(17) L'ipotesi è invece prospettata da SANTI ROMANO, *L'ordinamento* giuridico, cit., p. 127; la distinziane operata nel testo, completata da approfondimenti e riflessioni sulle posizioni della giurisprudenza, è presente in LUISO, op. cit., p. 46 ss.

di giustizia, od alla minore o maggiore effettività della tutela resa con i diversi mezzi privato e pubblico.

Considerando la peculiare ed innegabile « forza contrattuale » dell'Istituto dell'autodisciplina pubblicitaria e la buona prova fornita negli ultimi due decenni dal sistema da esso creato [18], si potrebbe anche convenire che, allo stato attuale, l'autodisciplina abbia — nel settore pubblicitario — una efficacia maggiore di quella dell'ordinamento statale, ciò tuttavia non comporta che la sua configurazione giuridica debba per tale motivo risultare affrancata dal rispetto degli schemi desumibili dalla normativa positiva [19].

Proprio quest'ultima notazione induce ad evidenziare l'estrema attualità di una ricerca sulla natura giuridica dei menzionati organismi: come è noto la direttiva CEE n. 84/450 prevede che gli Stati membri adottino disposizioni di carattere sostanziale e procedurale volte a « tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali » (art. 1). Senza voler entrare nel merito dei vari progetti di legge esistenti al riguardo [20], si deve però notare che anche una lettura superficiale delle indicazioni contenute nella direttiva rende evidente che la sua attuazione, se da una parte potrà risolvere alla radice il problema della alternatività dell'autodisciplina, dall'altra, proprio in conseguenza dell'ampliamento della attualmente scarna normativa statale in materia, creerà una maggiore sovrapposizione tra legge statale e disciplina privata, rendendo maggiormente

---

(18) Per una disamina da cui emergono gli aspetti positivi e negativi dell'autodisciplina, v. FUSI, I vent'anni dell'autodisciplina pubblicitaria italiana (1968-*1988)*, in Riv. dir. ìnd., 1986, p. 168 ss.

(19) Secondo alcuni mancherebbero i presupposti per procedere ad un inquadramento sistematico: « il sistema del Codice e del Giuri risulta in linea di principio inaccettabile perché si pone come momento di delega alla 'mano privata' di funzioni rispetto alle quali iniziativa, esercizio e responsabilità non possono non fare (istituzionalmente) capo al potere pubblico — funzioni, pertanto, in nessun moda ed in nessuna misura delegabili » così BESSONE-ORIANA-ROPPO, Dal « *Codice* di lealtà pubblicitaria » al controllo « amministrativo » dell'advertising. Ipotesi per un progetto di disciplina giuridica della pubblicità commerciale, in Giur. it., 1974, c. 188.

(20) Durante la IX legislatura vennero presentati due progetti di legge, il primo d'iniziativa governativa comunicato alla Presidenza del Senato il 22 ottobre 1984, il secondo, dell'opposizione (c.d. legge Rodotà), presentato alla Presidenza del Senato il 9 dicembre 1985. A tal riguardo si veda FLORIDIA, *Commento* al disegno di legge n. 995 sulla pubblicità ingannevole, in *Corriere* giur., genn. 1985; ID., Legge e autodisciplina in Italia: prospettive dopo la direttiva CEE, in *Atti* del convegno Internazionale I.A.P., Milano, 1986; SENA, Normativa comunitaria e nazionale sulla pubblicità, in Atti del *Congresso Nazionale* della Pubblicità, Roma, 1986.

« competitivo » il ricorso alla giustizia ordinaria (21). Ciò soprattutto quando si consideri il tipo di pronuncia che i due differenti sistemi pubblico e privato possono emettere e l'efficacia delle stesse: infatti se il formulare la decisione di una controversia non è una esclusiva dello Stato, tale è senz'altro il potere di conferire efficacia esecutiva alla decisione, e quindi la possibilità di farla eseguire coattivamente.

5. Per verificare la sussistenza del requisito dell'alternatività, si deve accertare se sia possibile che il giudice ordinario conosca le medesime controversie che vengono sottoposte al Giuri, e quindi se l'esigenza di tutela relativa al rispetto delle disposizioni del codice di autodisciplina costituisca o meno una pretesa giuridica azionabile di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria (22). Cercheremo di procedere al cennato accertamento usando gli strumenti propri alla più consolidata ricerca processualcivilistica: poiché la determinazione dell'oggetto del giudizio avviene attraverso gli elementi individuatori delle azioni, procederemo inizialmente ad individuare gli elementi oggettivi dell'azione in discorso (il petitum e la causa petendi), tenendo sin da ora presente che il tipo di provvedimento che può essere richiesto al Giurì è sempre e solo l'inibitoria, quindi un petitum obbligato; in un secondo momento verificheremo gli elementi soggettivi della stessa, dedicando particolare attenzione alle differenze che si determinano in relazione ai diversi modi di accettazione del c.a.p., ai soggetti dotati di legittimazione attiva, alle norme del c.a.p. di cui si deduca la violazione.

Nell'ipotesi in cui il giudizio che si svolge normalmente davanti :al Giuri venisse proposto davanti al giudice civile ordinario, avremmo una domanda il cui petitum immediato sarebbe costituito dalla richiesta di pronuncia inibitoria, il petitum mediato costituito dalla richiesta al soggetto convenuto di desistere dal porre in essere la pubblicità in contrasto con il c.a.p., mentre la causa petendi sarebbe costituita dall'asserita violazione di norme create negozialmente, e/o negozialmente accettate, dalle parti e quindi per le stesse vincolanti ?).

---

(21) La possibilità di una modifica nel senso indicato è prospettata da FUSI, *op.* cit., p. 181.

(22) FAZZALARI, Processo arbitrale, cit., p. 299, relativamente all'arbitrato rituale afferma che esso presuppone una controversia, nel senso che «s'incardina sulla esistenza di contrastanti pretese giuridiche, sulla lamentata lesione di posizioni giuridiche che si assumono già istituite ».

(23) MENCHETTI, Natura giuridica e funzioni del Codice di lealtà pubblicitaria, Milano, 1965, p. 50 ss., evidenzia la diversità del petitum che si può chiedere al Giuri rispetto a quello che si potrebbe chiedere al giudice ordinario, conseguente ai diversi piani su cui operano ordinamento giuridico e c.a.p.: sul piano giuridico

Poiché i rapporti che nascono da atti posti in essere dai privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale ricevono tutela giurisdizionale dall'ordinamento solo quando l'attività stessa dei privati viene riconosciuta come diretta a realizzare interessi a loro volta meritevoli di tutela, appare chiaro che la violazione di norme del c.a.p. non potrà costituire direttamente la causa petendi della pretesa rivolta al giudice ordinario, ma potrà assumere rilevanza solo nel momento in cui essa si comporrà in una figura che l'ordinamento dello Stato conosce e quindi, nella maggioranza dei casi, in quella del contratto (24). In sostanza il giudice ordinario potrà conoscere della violazione di norme del c.a.p. quando tale violazione integri in qualche modo l'inadempimento di una obbligazione.

Peraltro, per quanto la diffusa tendenza verso l'inquadramento dei regolamenti inerenti a rapporti associativi nel contesto contrattuale appaia come una scelta necessitata dall'attuale assetto normativo, il quale, riconoscendo il contratto come figura generale, fonte precipua dei rapporti giuridici, consente, in tal modo, di assoggettare ad una disciplina ben definita un ampio spettro di rapporti altrimenti destinati ad un limbo giuridico non ben definito, si deve tuttavia evidenziare che la riconosciuta contrattualità della fonte del rapporto può non implicare l'integrale negozialità degli atti che in questo si manifestano (25), con la conseguenza che la tutelabilità giurisdizionale delle posizioni che da essi sorgano deve essere accertata caso per caso.

Per poter verificare la possibilità di sussumere la violazione di norme del c.a.p. nell'àmbito dell'inadempimento, è necessario procedere alla ricognizione della natura giuridica da attribuire al codice stesso. Ciò faremo senza pretese di completezza e finalizzando la nostra analisi ad una ricostruzione condotta secondo la cennata prospettiva,

La natura giuridica da attribuire alle norme contenute nel c.a.p. è stata oggetto di vario interesse da parte della dottrina e si può affermare senza timore di smentita che al riguardo non si è formata una convinzione unitaria e neppure maggioritaria (26). I1 fatto è che,

---

il primo su quella morale il secondo. Da ciò si fa inoltre derivare l'affermazione che non possono esservi conflitti di attribuzione o di competenza tra Giurì a giudice ordinario, poiché diverse sono le sfere di applicazione nelle quali essi operano. Conformi su quest'ultimo punto SORDELLI, *Osservazioni* sulla portata e i limiti del Codice di Lealtà Pubblicitaria, Relazione all'VIII Congresso- Nazionale della Pubblicità, Firenze, 1966, p. 4; e BORRELLI, Osservazioni sul Codice *di* Lealtà, ivi, p, 6 ss.

(24) Così SANTI ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., p: 129; si veda anche LUISO, op. *cit., passim* spec. p. 272 ss.

(25) Sulla tendenza di cui nel testo v, DEL PRATO, I regolamenti privati, M i lano, 1988, p. 161.

(26) A seguito di una approfondita analisi, propende per la natura 'morale'

come tenteremo di dimostrare, la natura stessa del c.a.p. non può essere ricondotta ad uno schema giuridico unitario: essa muta in ragione dei soggetti che accettano il codice e degli accordi con cui avviene l'accettazione, con la conseguenza che in alcuni casi si potrà configurare la violazione delle norme del c.a.p. come l'inadempimento di una obbligazione, mentre altre volte ciò risulta impossibile. Ma procediamo ad un tentativo di ricostruzione del sistema di autodisciplina pubblicitaria.

6. Come si è già visto *(retro* § 2) il codice di autodisciplina concerne la stessa materia che costituisce lo scopo dell'associazione non riconosciuta che provvede ad emanarlo, così come previsto nello statuto della stessa: esso nella sostanza è una articolazione dello statuto, formulato alla stregua dei canoni fissati in quest'ultimo ed in base alle competenze ivi previste. L'emanazione e la vigenza del c.a.p. è pertanto normativamente sottratta alla disponibilità del singolo associato perché strutturalmente inerente alla figura organizzativa dell'associazione, con la conseguenza — limitata ai soli organismi associati — che la legittimazione legalmente autoritativa riconosciuta agli organi dell'autodisciplina sottrae qualsiasi rilevanza alla verifica della sussistenza o meno di una autorizzazione o di un assenso successivi a quelli prestati al momento della conclusione del contratto associativo. Quindi la volontà manifestata col contratto associativo, o al momento della successiva adesione, è elemento necessario e sufficiente a far sorgere, e nel contempo sottostare a, dei vincoli di comportamento che vengono specificati nel c.a.p. Quest'ultimo, poiché lo scopo esclusivo dell'associazione consiste proprio nel disciplinare determinate attività dei membri e sanzionare in modo tipico (l'inibi-

---

delle norme del c.a.p.: MENCHETTI, *op. cit.*, p. 7 ss.; ritengono invece si tratti di 'semplici doveri': BESSONE-ORIANA-ROPPO, op. cit.; attribuiscono sostanzialmente carattere etico: FRANCESCHELLI, Il nuovo codice di lealtà pubblicitaria, in Riv. dir. *ind.*, 1971, p. 313; ID., L'autodisciplina pubblicitaria *nel* sistema giuridico italiano, in Convegno internazionale sul diritto della pubblicità, Madrid, 1983; e SQRDELLI, *Autodisciplina* pubblicitaria tra autodisciplina e legge statale, in *Riv.* dir. ind., 1971, p. 313; ID., *Autodisciplina* pubblicitaria: rapporti tra autodisciplina e legge statale, ivi, 1975, I, 52.

Ritiene, invece, che allo Stato competa di dettare principi generali, lasciando un margine di operatività esclusiva all'autodisciplina pubblicitaria: BORRELLI, Autodisciplina pubblicitaria e leggi nazionali, in Riv. dir. ind., 1981, p. 369. In! un recente scritto ZORZI, Autodisciplina pubblicitaria, in Contratto *e* impresa, 1985, p. 551, aderendo sostanzialmente all'opinione di Borrelli, afferma che la costante osservanza delle norme del c.a.p. e delle decisioni del Giurì ha fatto di esse altrenttanti principi della correttezza professionale rilevanti agli effetti dell'art. 2598 n, 3 cod. civ., consentendo in tal modo al giudice dello Stato di tenere in considerazione le disposizioni di carattere sostanziale del c.a.p.

toria e l'eventuale pubblicazione) la violazione di tale disciplina, è pertanto configurabile come promanazione dello statuto associativo avente funzione di normazione organizzatoria e natura strettamente regolamentare.

In sintesi: l'autodisciplina stessa rientra nella legittimazione corporativa in cui risulta essere inscindibilmente conglobata, le norme che la regolano costituiscono un regolamento c.d. subordinato rispetto a quello, primario, contenuto nello statuto adottato dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (27). La conseguenza di quanto rilevato è che la violazione delle norme del c.a.p., componendosi direttamente nel mancato rispetto degli obblighi assunti con il contratto associativo, ci pone di fronte al dibattuto problema della individuazione dei limiti entro cui la garanzia della tutela giurisdizionale può estendersi all'osservanza dei patti associativi interni ad una associazione non riconosciuta.

L'argomento è stato oggetto di ampie quanto autorevoli trattazioni cui ci sia consentito rinviare (=*).Ai nostri fini (e quindi per verificare l'esistenza dell'alternatività tra ricorso degli associati al Giurì e azionabilità della medesima pretesa avanti al giudice ordinario) è sufficiente sottolineare il mutamento avvenuto nelle opinioni di dottrina e giurisprudenza relativamente all'ampliamento del sindacato giurisdizionale dei menzionati patti associativi.

In un primo momento invalse l'idea secondo la quale i rapporti sorti e svolgentisi all'interno delle associazioni non riconosciute, proprio a causa del mancato riconoscimento da parte dello Stato, erano irrilevanti per quest'ultimo e dovevano trovare la loro disciplina nel loro autonomo ordinamento giuridico, con la conseguenza che le relative controversie, rispetto alle quali si riteneva che lo Stato fosse carente di giurisdizione, dovevano essere conosciute dai loro organi di giustizia interni (29).

Successivamente, soprattutto a seguito della intervenuta normativa costituzionale, dottrina e giurisprudenza respinsero tale interpretazione, considerandola il fuorviante portato di una concezione dell'autonomia da riconoscersi alla pluralità degli ordinamenti giuridici condotta alle estreme conseguenze. Argomentando sul fondamentale principio garantistico contenuto nell'art. 2 della Costituzione,

---

(27) Gli schemi logici adottati per la ricostruzione di cui nel testo sono tratti da DEL PRATO, *op. cit.*, soprattutto p. 230 ss.

(28) GALGANO, *op. cit.*, p. 161 ss. e bibliografia ivi citata; CESARINI SFORZA, *op. cit.*, p. 60 ss.; GIUGNI, Introduzione allo studio della *autonomia* collettiva; SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 125 ss.; MATTEUCCI, *Positivismo* giuridico e *costituzionalismo*, in *Riv. trim.* dir. e proc. civ., 1963, p: 1096; LUISO, op. cit., p. 239 ss.

(29) Così CESARINI SFORZA, *op. loc. ultt. citt.*, in nota.

oggi comunemente si ammette la tutelabilità giurisdizionale dei rapporti che nascono dal patto associativo.

Gli « accordi degli associati » che per la disposizione contenuta nell'art. 36, comma 1°, cod. civ., regolano l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioai non riconosciute, divengono così rilevanti anche per l'ordinamento statale (30).

È necessario tuttavia evidenziare che l'estensione operata tramite il richiamato principio costituzionale è diretta alla tutela delle garanzie da riconoscersi alla posizione di libertà dell'individuo nei confronti delle formazioni sociali di cui egli viene a far parte, nel senso di concedere al singolo la tutela giurisdizionale contro l'arbitrio del gruppo, e ciò, essenzialmente, con riguardo a quei provvedimenti — disciplinari o meno — che influiscano sui rapporti fondamentali tra singolo associato e associazione. In primo luogo viene quindi in rilievo il rapporto associativo stesso, garantendo in ogni caso la tutela giurisdizionale all'associato illegittimamente escluso o espulso, ma anche le situazioni nascenti dalla ripartizione delle cariche sociali previste dallo statuto per il funzionamento stesso dell'associazione.

Ora, pare evidente che le norme dettate nel codice autodisciplinare, pur essendo configurabili come direttamente afferenti al contratto associativo, non integrano ipotesi assimilabili a quelle ora richiamate: l'associato dello I.A.P. che volesse chiedere al giudice ordinario una tutela volta all'attuazione di precetti regolamentari interni, diretti a vincolare l'attività esterna dei singoli membri, non chiederebbe certo un provvedimento reintegrativo di una sua posizione lesa dall'associazione o sanzionatorio della violazione di norme volte alla tutela del singolo.

Né, ponendosi sull'opposto versante dell'ipotesi in cui sia l'associazione ad agire nei confronti dell'associato (assimilabile al caso in cui ad agire sia il Comitato di controllo, ma vedi *infra*), si potrebbe ritenere che il comportamento del singolo posto in essere in violazione dei precetti « comportamentali » contenuti nel c.a.p., consenta all'associazione di pretendere la tutela giurisdizionale, poiché tali violazioni non incidono su quei rapporti intercorrenti tra associato ed associazione che il legislatore ha previsto come meritevoli di tutela ed inquadrabili per lo più nell'àmbito delle prestazioni sociali: l'obbligo dei conferimenti, l'obbligo di rispondere per tutto quanto compiuto in nome dell'associazione, l'obbligo di eseguire le deliberazioni assembleari in quanto prese validamente, ecc.

In base ai rilievi operati ci sembra di poter allora affermare che relativamente alle controversie tra associati e alle controversie tra associazioni ed associati, il requisito dell'alternatività non sussista e che di conseguenza per tale categoria di composizione dei conflitti sia logicamente impossibile procedere alla verifica degli ulteriori pre-

supposti necessari per la ricorrenza di un arbitrato rituale [31].

Resta invece aperta la strada per altre ricostruzioni: se la pronuncia resa dal Giuri tra i soggetti sopra menzionati risulta essere non sostitutiva di una pronuncia giurisdizionale, essa senz'altro non è depositabile e tale ultima circostanza può condurre nell'àmbito dei mezzi non giurisdizionali di soluzione dei conflitti che non prevedono tale possibilità, primo fra tutti l'arbitrato libero.

Tuttavia, prima ancora di accertare la presenza di una valida clausola compromissoria, di verificare la terzietà dell'organo giudicante e, soprattutto, la volontà delle parti, si deve prendere atto che a negare al giudizio davanti al Giuri la qualifica di arbitrato irrituale, è lo stesso codice di autodisciplina. L'art. 32, comma 2°, c.a.p., prevede infatti che « nelle vertenze nelle quali non sia coinvolto l'interesse del consumatore, il Giurì, su concorde richiesta delle parti, può costituirsi in collegio arbitrale irrituale decidendo con un lodo », appare palese che argomentando *a contrario* da tale disposizione si desume che in assenza della richiesta delle parti il Giuri non è un collegio arbitrale irrituale e che la sua pronuncia, oltre a non essere — come si è visto — suscettibile di deposito, non viene neppure qualificata come lodo.

La circostanza da ultima evidenziata soccorre anche a risolvere un dubbio non prospettato in precedenza per non privare di unitarietà la ricostruzione di questa prima categoria di controversie.

Si è visto che all'interno del c.a.p. esistono alcune disposizioni che ricalcano, specificandolo, il contenuto delle norme del codice civile in tema di concorrenza sleale. Si tratta di ipotesi di minore frequenza in cui, non essendo coinvolto un interesse del consumatore, il Comitato di controllo è privo di legittimazione ad agire, mentre quest'ultima spetta esclusivamente alla parte che si ritiene lesa dall'atto di concorrenza sleale. In tali casi appare indubbio che il requisito dell'alternatività potrebbe sussistere e quindi parrebbe rendersi praticabile, da questo punto di vista, la strada della verifica degli ulteriori requisiti richiesti per configurare un arbitrato rituale. A ben vedere però le ipotesi in questione sono le stesse in cui la concorde richiesta delle parti, *ex* art. 32, comma 2°, vale a far costituire il Giurì in collegio arbitrale irrituale, perché solo in tali casi può non essere coinvolto quell'interesse del consumatore che legittima l'iniziativa *o*

---

(30) GALGANO, *op. loc. ultt. citt.*.

(31) BESSONE-ORIANA-ROPPO, *op. cit.*, c. 187 ritengono che dalle norme del c.a.p., che « non sono legge della Stato», non derivano ai destinatari obblighi rilevanti sul piano dell'ordinamento generale e sanzionabili, in caso di violazione, dagli organi della giurisdizione statale, ma puri e semplici doveri che esauriscono la loro rilevanza nell'ambito dell'ordinamento privato.

la partecipazione nel giudizio del Comitato di controllo. Allora, poiché il codice di autodisciplina stesso prevede la possibilità che l'ordinario *iter* procedimentale che si attua davanti al Giurì venga derogato, disponendo altresì che in tali ipotesi « il presidente del Giurì stabilisce la relativa procedura » (art. 32 c.a.p.), risulta chiaramente che per costituirsi in collegio arbitrale irrituale l'organo giudicante deve modificare il proprio assetto e la propria procedura in relazione alle singole ipotesi in cui vi sia stata la predetta concorde manifestazione di volontà delle parti.

Ma se, come si è detto, la *differentia* specifica tra arbitrato rituale e arbitrato libero risiede non in una differente procedura o in una diversa struttura logica del giudizio (che anzi sembrano identiche), ma nella scelta compiuta dalle parti a seconda che esse vogliano o meno che al lodo venga conferita « efficacia di sentenza », nella sua procedura ordinaria il Giurì non può essere un collegio arbitrale rituale neppure nelle ipotesi ora richiamate.

Anche se di infrequente applicazione, la previsione contenuta nell'art. 32, comma 2°, c.a.p., è indice della consapevolezza espressa dal « codificatore autodisciplinare » della necessità di una specifica manifestazione di volontà delle parti per trasformare in collegio arbitrale irrituale un organismo che normalmente opera in funzione strettamente autodisciplinare. Infatti, quando il giudizio è proposto dal Comitato di controllo « attore » e « giudice » sono organi collegiali interni (privi, peraltro, di soggettività giuridica) della medesima associazione cui, inoltre, appartiene anche il convenuto.

In tali ipotesi appare ovvio che, pur considerando il modo in cui vengono nominati i membri del Giurì (32), l'organo giudicante non è terzo né rispetto la controversia, né rispetto le parti e quindi non potrebbe dar luogo ad un arbitrato libero, perché anche quest'ultimo, al pari dell'arbitrato rituale, richiede che il potere di giudicare e di decidere venga conferito ad un terzo (33).

Quando entrambe le parti sono associate dell'Istituto di Autodi-

(32) L'art. 29 del c.a.p. prevede che i membri del Giurì sono nominati dallo I.A.P. e sono scelti fra esperti di diritto, di problemi dei consumatori, di comunicazione. Essi non possono essere scelti fra esperti che esercitano, la loro attività professionale in materia di autodisciplina pubblicitaria, NOBILI, *op. cit.*, p. 17, ritiene che quando la decisione del conflitto sia rimessa ad un collegio specializzato, composta da membri eletti da un organo dell'associazione, in presenza di circostanze tali da far ritenere il collegio come un insieme di mandatari dell'associazione, si dovrà concludere per l'esistenza di un procedimento disciplinare. V., inoltre, LUISO, op. cit., p. 302 ss.

(33) PUNZI, *op. cit.*, p. 37 ss.; le considerazioni espresse nel testo sono analoghe a quelle che LUISO, *op. cit.*, p. 276 ss., formula relativamente alla differente conformazione degli organi della giustizia sportiva,

sciplina Pubblicitaria, il Giurì continua a non essere terzo e, proprio per superare tale ostacolo alla possibilità dell'arbitrato libero, viene richiesta una espressa e concorde manifestazione di volontà delle parti.

La particolarità più significativa che emerge al termine dell'esame di questa prima categoria di controversie è che rispetto ad essa il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria, in virtù dell'organizzazione (della giustizia) interna, equipara il giudizio sul rispetto delle norme del c.a.p. con lo scopo stesso dell'associazione, e il giudizio stesso diventa elemento essenziale e aspetto normale dello svolgersi dell'attività associativa.

7. Fino a questo momento si è esaminata l'ipotesi in cui il giudizio davanti al Giurì abbia come parti il Comitato di controllo e un associato I.A.P., owero due associati I.A.P. (che poi la qualità di associato sia assunta perché si tratta di organismo costituente o perché acquisita mediante adesione successiva, è irrilevante ai nostri fini). Dobbiamo ora render conto di altre ipotesi che si atteggiano in modo differente da quelle finora esaminate, ciò in relazione ai diversi modi in cui può awenire l'accettazione del codice di autodisciplina e delle decisioni del Giurì ed in relazione ai soggetti che lo accettano.

Le modalità di accettazione possono essere le seguenti:

a) accettazione diretta: gli organismi costituenti l'associazione I.A.P., all'atto della conclusione del contratto associativo, convengono che l'associazione stessa proweda all'emanazione del codice quale strumento organizzatorio per perseguire lo scopo comune. Tali organismi firmatari si impegnano ad osservare il c.a.p., a dare diffusione alle pronunce del Giurì, ad adottare adeguati provvedimenti nei confronti dei soci che non si attengano al giudizio;

b) accettazione *indiretta*: i soggetti associati agli enti firmatari vengono richiesti da questi ultimi di accettare le norme del c.a.p.; ciò avviene mediante clausole ad hoc inserite nei contratti che intervengono tra le associazioni membri dello I.A.P. e i loro associati « esterni »;

c) accettazione dell'utente non associato: gli utenti di mezzi pubblicitari che non appartengano alle associazioni di cui *sub* a) e b), stipulano con queste ultime singoli contratti di inserzione pubblicitaria in cui è inserita una « clausola di accettazione » del codice. Tale calusola è stata riconosciuta valida dal Tribunale di Milano (sent. 22 gennaio 1976) che l'ha configurata come un contratto a favore di terzo (34).

---

(34) La si veda in Foro pad., 1976, I, c. 128 ss., ed anche, con interessanti considerazioni espresse da GALGANO, in Le associazioni *le* fondazioni i *comitati, I*

L'ipotesi di cui *sub* a) è quella che abbiamo già esaminata pervenendo alla conclusione che in essa è impossibile ravvisare gli estremi per la valida ricorrenza di un arbitrato, sia rituale che libero.

I casi di cui *sub* b) e c) sono invece differenti perché per i soggetti da essi considerati le norme del c.a.p. non si configurano come promanazione regolamentare del contratto associativo per il semplice ma fondamentale motivo che tali soggetti non sono membri dello I.A.P.

Ciò è confermato dalla considerazione che nel caso *sub* b) i singoli che operano nel settore pubblicitario entrano a far parte soltanto dell'ente minore cui aderiscono ed è quest'ultimo ad essere associato all'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria. Quindi il gruppo minore sarebbe privo di legittimazione a sottomettere, attraverso la propria adesione allo I.A.P., le situazioni soggettive dei propri membri al rispetto del codice ed alle decisioni del Giuri, essendo a tal fine necessaria una specifica clausola inserita nel contratto associativo o in quello sociale dell'ente minore. La presenza di una clausola di tal fatta, che dovrebbe essere accettata all'unanimità, ricondurrebbe parzialmente l'ipotesi di cui *sub* b) in quella *sub* a): il c.a.p. assumerebbe natura regolamentare ma gli accettanti non divengono comunque associati dello I.A.P.

Per i soggetti del gruppo *sub* c) invece l'assenza della qualità dì associato è di chiara evidenza; in tale ultima ipotesi il codice assume una struttura differente, riconducibile, nelle grandi linee, ad una sorta di « capitolato della pubblicità », di un contratto normativo che le parti si obbligano a rispettare.

In tali casi la pubblicità posta in essere in violazione delle norme autodisciplinari parrebbe corrispondere ad un inesatto adempimento del singolo contratto pubblicitario che avrebbe dovuto essere adempiuto secondo le modalità previste nel c.a.p. e recepite mediante la clausola di accettazione, secondo lo schema del rinvio recettizio.

Risulta evidente che in base alla ricostruzione proposta per quest'ultima ipotesi, il requisito dell'alternatività sussiste, ben potendo essere dedotta innanzi al giudice civile ordinario la violazione di obblighi assunti contrattualmente relativi alle modalità di esecuzione del contratto pubblicitario (configurabile come di prestazione d'opera, ma cfr. art. 2224 cod. civ.).

Senonché, mentre nel giudizio ordinario utente e mezzo pubblicitario assumerebbero rispettivamete i ruoli di attore e di convenuto, nel giudizio davanti al Giurì essi divengono « litisconsorti » dal lato passivo: infatti nel 70% dei giudizi autodisciplinari ad agire è il Co-

---

*grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, **Padova, 1987, p. 259 ss.**

mitato di controllo, mentre il restante 30% è costituito dalle già richiamate ipotesi in cui il giudizio si instaura su istanza della parte che deduca la violazione di una norma che non tutela direttamente un interesse del consumatore (35).

La giurisprudenza (Trib. Milano cit.) ha ritenuto che tale situazione trovi la sua motivazione giuridica nella configurazione della clausola di accettazione come contratto a favore di terzo: il mezzo sarebbe lo stipulante, e il suo interesse alla stipulazione sarebbe connesso alla sua posizione associativa; l'utente sarebbe il prornittente, mentre il terzo sarebbe determinabile solo in funzione del pregiudizio derivante dalla pubblicità oggetto del contratto. Esso in concreto diverrebbe determinabile quando assuma la veste di denunciante una data pubblicità. La sottoscrizione della clausola comporterebbe quindi il conferimento delle facoltà al terzo, che nel 70% dei casi è il Comitato di controllo (e quindi allo I.A.P. del quale il Comitato è organo interno), di sottoporre in via autonoma al Giurì la pubblicità oggetto del contratto, e al Giurì di emettere la decisione in ordine alla conformità o meno della pubblicità stessa al c.a.p., con tutte le conseguenze che dalla decisione derivano (36).

Nell'ottica processualcivilistica, la situazione non può non essere differente: infatti se relativamente al diritto sostanziale dedotto in giudizio la pronuncia del Giurì parrebbe poter sostituire quella del giudice ordinario, per quanto concerne invece la legittimazione attiva non si potrebbe in alcun modo riconoscere come validamente esistente un potere di rappresentanza in capo al Comitato di controllo.

Anche a voler ritenere superato l'ostacolo costituito dall'assenza di terzietà dell'organo giudicante rispetto all'attore (infatti sono entrambi organi collegiali interni della medesima associazione), bisogna riconoscere che l'ordinamento statale non potrebbe conferire « efficacia di sentenza » ad una pronuncia emessa nei confronti di un soggetto, il Comitato di controllo, privo di qualsiasi legittimazione secondo la normativa statale.

Mentre nell'ordinamento privato il Comitato potrebbe essere assimilato, nelle grandi linee, ad una sorta di pubblico ministero che agisce nell'interesse della generalità dei consumatori, ed è titolare di un potere di « mera azione » (37) che gli consente di agire davanti al

---

(35) I dati percentuali sono tratti dall'Annuario 1988 dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

(36) La configurazione è tratta direttamente dalla motivazione della sentenza del Tribunale di Milano già citata. L'estensore di tale pronuncia, Floridia, dal 1979 ad oggi è sempre stato membra del Giurì.

(37) Sul concetto di « mera azione » v. VELLANI, *Del pubblico ministero*, in *Commentario al c.p.c.* diretto da Allorio, I, 2°, p. 752 ss.

Giurì senza però essere destinatario degli effetti derivanti dalla pronuncia dello stesso, ponendosi nell'ottica dello Stato, e quindi in quella di una possibile recezione al proprio interno della pronuncia privata, risulta impossibile riconoscere al Comitato di controllo la qualità di parte perché esso è privo di legittimazione ad agire davanti al giudice ordinario.

Quand'anche si riuscisse ad attribuire allo I.A.P. la qualifica di ente esponenziale legittimato a far valere in giudizio i diritti dei consumatori alla lealtà pubblicitaria (cosa molto improbabile se si considera l'orientamento della giurisprudenza in materia e, soprattutto, il ceto imprenditoriale di cui lo I.A.P. è espressione), ci si dovrebbe arrestare di fronte alla normativa positiva in tema di rappresentanza processuale: l'art. 36 cod. civ., espressamente richiamato dall'ultimo comma dell'art. 75 cod. proc. civ. in tema di capacità processuale, al secondo comma prevede che le associazioni non riconosciute « possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali, secondo questi accordi (degli associati) è conferita la presidenza o la direzione ».

La norma viene unanirnemente ritenuta come dispositiva [38], essa può essere derogata dagli accordi degli associati e quindi si potrebbe ritenere che tali accordi nel caso di specie attribuiscano al Comitato di controllo la rappresentanza. Ciò, tuttavia, se è possibile per la giustizia interna, non lo è senz'altro per quella dello Stato: oltre alla insormontabile difficoltà di riconoscere il potere di rappresentanza processuale ad un organo privo di soggettività giuridica, si deve prendere atto che l'art. 8, comrna 1°, dello statuto I.A.P. dispone che « il Presidente ha la legale rappresentanza dell'Istituto a tutti gli effetti di legge », e quindi anche relativamente alla legittimazione ad agire.

Anche nell'ipotesi ora esaminata sarebbe quindi impossibile ravvisare un arbitrato rituale.

Ad analogo risultato saremmo giunti percorrendo un altro itinerario logico-giu idico: quello che transita attraverso la verifica della sussistenza di una valida clausola compromissoria.

Verifichiamo anche tale possibilità perché essa risulta utile a stabilire se, almeno, si possano individuare gli elementi necessari a configurare un arbitrato irrituale (a rispondere negativamente sarebbe sufficiente richiamare il già esaminato contenuto dell'art. 32 c.a.p., per dovere di completezza vogliamo verificare la possibilità di altre argomentazioni).

Se nell'ottica prettamente negoziale la clausola di accettazione del

---

(38) GALGANO, *op. cit.*, p. 190 ss.; sulla capacità di essere parte in un processo e sulla rappresentanza processuale v., per tutti, MANDRIOLI, *Delle* parti e dei difensori, in *Commentario al* cod. proc. civ. diretto da Allorio, I, 2°, torino, 1973, *sub.* art. 75.

c.a.p. può essere configurata come contratto a favore di terzi, nella differente prospettiva della nostra analisi dobbiamo stabilire se essa possa integrare una valida clausla compromissoria.

In tale operazione tuttavia ci si trova davanti ad una situazione singolare: un soggetto A (il mezzo pubblicitario) ed un soggetto B (l'utente) convengono negozialmente di far decidere le controversie che potranno insorgere tra il soggetto A+B ed un soggetto C (il Comitato di controllo), ad un organo di giustizia (il Giuri) che è organo collegiale, privo di soggettività giuridica, interno ad una associazione (lo I.A.P.) cui appartiene anche il soggetto C.

Appare ovvio che manca l'essenza stessa dell'accordo compromissorio: i soggetti legittimati ad essere parti di un giudizio arbitrale, sia esso rituale o libero, devono necessariamente essere gli stessi che hanno stipulato il compromesso *o* la clausola compromissoria. Ciò peraltro è confermato dalla norma del cod. proc. civ. che fornisce la nozione stessa del compromesso': dispone infatti l'art. 806 che « le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte ».

E il risultato non cambia ponendosi in una differente angolazione e proponendo un'altra ricostruzione.

Si potrebbe infatti ritenere che la clausola compromissoria intervenga tra tre soggetti secondo il seguente schema: agenzia e utente mediante la clausola di accettazione inserita nel contratto pubblicitario convengono di aderire alla clausola compromissoria predisposta dallo I.A.P. e contenuta nel codice di autodisciplina. Tale ultima clausola legittimerebbe il Comitato di controllo ad agire nei confronti di agenzia ed utente, consentendo altresì a questi di agire l'uno nei confronti dell'altro.

A ben vedere però, il *proprium* della clausola compromissoria è costituito dalla circostanza che essa accede ad un contratto, e tale collegamento è essenziale perché consente di individuare l'oggetto delle possibili controversie da devolvere alla cognizione degli arbitri. Da ciò deriva anche la necessità che la clausola compromissoria, pur se autonoma rispetto al contratto, non sia anteriore alla sua stipulazione (39).

Nella ricostruzione proposta la clausola di accettazione implica l'adesione ad una clausola compromissoria che, oltre ad essere anteriore al contratto tra agenzia ed utente, accede ad un contratto diverso da quello posto in essere tra agenzia pubblicitaria ed utente, infatti essa afferisce al contratto associativo dello I.A.P.

La conseguenza di quanto rilevato è che la validità della proposta

(39) Cass., 17 dicembre 1969, n. 3992, in *Mass.* Giust. *civ.*, 1969, 2006.

sussisterebbe solo a condizione che le parti contraenti (agenzia ed utente) avessero aderito al contratto associativo, mentre pare indubbio che la clausola di accettazione ha per oggetto solo ed unicamente il codice di autodisciplina e non può configurarsi come un contratto di adesione allo I.A.P.

Praticamente non è possibile per i contraenti aderire ad una clausola compromissoria che accede ad un contratto diverso nell'oggetto e nei soggetti da quello posto in essere dai medesimi. Se la clausola compromissoria è diretta a deferire agli arbitri tutte o determinate controversie derivanti dall'esecuzione di un contratt , ciò vuol dire che rientrano nella competenza arbitrale le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro *causa petendi* in quel contratto, nel senso che abbiano ad oggetto i diritti che trovino in quest'ultimo la loro fonte (40). Appare superfluo evidenziare la diversità dei diritti che sorgono dal contratto pubblicitario e da quello associativo.

8. Procediamo ora all'esame dell'ultima ipotesi, quella in cui le parti della controversia siano il mezzo pubblicitario non associato dello I.A.P., ma che abbia accettato negozialmente il c.a.p., e utente che abbia sottoscritto la clausola di accettazione.

In questo caso, a differenza che negli altri ora esaminati, ricorrono tutti i presupposti di carattere sostanziale perché si possa configurare un arbitrato: sussiste l'alternatività sia perché nella maggioranza delle ipotesi la normativa del c.a.p. di cui si deduce la violazione si « sovrappone » a quella statale, sia perché nei casi residui si può configurare un inesatto adempimento del contratto pubblicitario (v. *retro);* i soggetti compromittenti sono gli stessi che assumeranno la qualità di parti contrapposte nel giudizio davanti al Giuri; l'organo giudicante è terzo rispetto ai litiganti in quanto nessuno dei due è membro dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

Per negare anche a tale ipotesi la qualifica di arbitrato rituale, sarebbe sufficiente richiamare nuovamente le argomentazioni compiute sul contenuto dell'art. 32 c.a.p., relative alla necessità che il Giurì, per costituirsi in collegio arbitrale irrituale (e quindi anche rituale), deve modificare il proprio *iter* ordinario; tuttavia per completezza espositiva verificheremo la ricorrenza dei singoli elementi richiesti per la valida esistenza di un arbitrato rituale.

Riteniamo che, per quanto concerne la individuabilità della clausola compromissoria, pur con alcune forzature, si possono riconoscere come esistenti alcuni degli elementi richiesti dalla legge (41). In particolare:

---

(40) PUNZI, *op. cit.*, pp. 9-10.

(41) Esiste una vastissima bibliografia in tema di arbitrato, per una indica-

— l'art. 808, comma 1°, c.p.c. prescrive per la clausola compromissoria la forma scritta a pena di nullità.

Si riconosce, tuttavia, pur se con qualche resistenza ed opposizione da parte della dottrina (42), che il requisito di forma sia soddisfatto anche quando venga effettuata una mera *relatio* al documento esterno; che contenga la clausola in questione (43). Nel nostro caso il documento esterno sarebbe il codice di autodisciplina e ci sembra che, nel suo complesso, esso risulta configurabile come una clausola compromissoria;

— per quanto appunto riguarda il contenuto della clausola compromissoria, pare possibile ritenere che la fattispecie complessa clausola di accettazione-c.a.p., faccia emergere l'accordo delle parti di sottoporre le controversie che insorgeranno tra di loro relative al contratto di pubblicità al giudizio del Giurì, e diretto a conferire un mandato congiunto al Giurì stesso di decidere e giudicare;

— relativamente agli arbitri si potrebbe — ma la forzatura ermeneutica è evidente — interpretare la clausola di accettazione come contenente altresì il conferimento del potere di nominarli ad un terzo, ex art. 810, comma 3°, c.p.c. (nella specie lo I.A.P.). Si ammette, inoltre, la validità di una clausola compromissoria che faccia riferimento ad un collegio arbitrale precostituito (44). Non occorre rammentare che,

---

zione necessariamente limitata, ci sia consentito ricordare solo alcuni autori. Trattazioni generali: REDENTI, voce *Compromesso* (dir. proc. civ.), in Nov. dig., I, 2, Torino, 1957, p. 846 ss.; BIAMONTI, *op. cit.*, p. 893 ss.; FAZZALARI, *op. cit.*; PUNZI, op. cit.; RICCI E.F., voce *Compromesso*, in Nov. dig., II, Appendice, Torino, 1981, p. 126 ss.

Monografie ed articoli: FAZZALARI, I processi arbitrali nell'ordinamento italiano, in Riv. dir. proc,, 1968, p. 459 ss.; TARZIA, Efficacia del lodo e *impugnazioni* dell'arbitrato rituale e irrituale, in Riv. dir, proc., 1987, p. 14 ss.; BARONE, *Considerazioni* sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato *irrituale*, in I processi speciali, Napoli, 1979, SCHIZZEROTO, *Dell'arbitrato 2°*, Milano, 1982.

Sulla riforma dell'arbitrato, introdotta dalla l. 9 febbraio 1983, n. 28, si vedano: CARPI, Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato, in Riv. *trim.* dir. e proc. *civ.*, 1984, p. 47 ss.; PUNZI, *Sull'inammissibilità* dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale non depositato, in Rass. arbitrato, 1985, p. 237 ss.; ANDRIOLI, *La* novella sull'arbitrato, in Dir. giur., 1983, p. 249 ss.; FRANCHI, Brevissime osservazioni sulla l. 9 febbraio *1983* n. 28 contenente *modificazioni* alla disciplina *del*l'arbitrato, in Riv, dir. civ., 1983, p. 219 ss

(42) NICOLÒ, La relatio nei negozi formali, in Raccolta di scritti, II, Milano, 1980, p 1479

(43) V. Cass., 18 febbraio 1985, n. 1367, in Rep. Giur. it., 1985, voce « Arbitrato », n. 44.

(44) Cass., 11 febbraio 1982, n. 837, in Mass. Foro it., 1982, p. 185; Cass., 18 aprile 1978, n. 1842, ivi, 1978, p. 358. Si veda anche Cass., 21 ottobre 1980, n. 5635, in Giur. it., 1981, I, c. 42 ss.: « I1 Collegio dei probiviri (previsto dallo statuto societario) non può inquadrarsi nella figura dell'arbitrato rituale, sia perché trat-

essendo i componenti del Giurì in numero dispari, anche questo requisito è rispettato.

La terzietà degli arbitri nei giudizi in discorso, non essendo presente il Comitato di controllo e non essendo le parti membri I.A.P., dovrebbe essere verificata caso per caso.

Non possono oramai sfuggire le difficoltà che si incontrano nel cercare di individuare gli elementi di una valida clausola compromissoria che, peraltro, si porrebbe comunque in contrasto con quanto disposto degli artt. 829, comma 1° e 831 c.p.c., là dove prevedono la irrinunciabilità di entrambe le impugnazioni, per nullità e per revocazione, concesse dal legislatore nei confronti delle pronunce arbitrali. L'art. 39, ult.co., del c.a.p., prevede infatti che le decisioni del Giurì sono definitive; tale disposizione, recepita dai contraenti al pari di tutte quelle contenute nel c.a.p., è inequivocabilmente nel senso di impedire alle parti qualsiasi genere di impugnazione della pronuncia del Giurì. Per quanto tale previsione risulterebbe comunque superata dal dettato normativo contenuto negli artt. 829, comma 1° e 831 c.p.c., nel senso che — in ipotesi — l'impugnazione delle pronunce del Giurì sarebbe sempre ammissibile, il qualificare espressamente le decisioni « definitive » assume una rilevanza molto significativa: già restando sul piano interpretativo imposto dalla natura negoziale della clausola compromissoria, e indagando quindi sulla comune intenzione delle parti, *ex* artt. 1362 e ss., cod. civ. (45), risulta impossibile rinvenire un accordo delle parti che manifesti la volontà che alla pronuncia del Giurì venga conferita « efficacia di sentenza » a seguito del deposito della stessa e l'emanazione del decreto pretorile previsto dall'art. 825, comma 4°, c.p.c., e che abbia quindi come effetto l'attribuzione dell'efficacia esecutiva e l'assoggettabilità dell'atto al regime delle impugnazioni di cui agli artt. 827 ss., c.p.c.

Ma, soprattutto, la definitività attribuita alle decisioni del Giurì è l'ulteriore conferma di una volontà esattamente opposta: tutte le norme del codice di autodisciplina pubblicitaria relative alla decisione del Giurì ed alla sua efficacia mostrano chiaramente l'intenzione di creare un sistema del tutto autosufficiente. Tale sistema è la conferma che un mezzo di autodisciplina viene creato quando si sa o si crede di avere la forza di far eseguire le proprie decisioni: la forza

---

tasi di organo inserito nella stessa struttura dell'ente societario e non di un autonomo organismo collegiale sorgente sulla base di una volontà contrattuale promanante dalle stesse parti, coinvolte in lite insorta o potenziale, sia perché la nomina degli arbitri non è condizionata, nello statuto, al voto unanime dell'assemblea »

(45) ANDRIOLI, *Commento* al *c.p.c., 3°*, IV, Napoli, 1964, p. 765; REDENTI, *op. cit.*, p. 786.

in discorso risiede nella quasi unanime accettazione del c.a.p. da parte di coloro che operano nel settore pubblicitario, o se ne avvalgono, per cui chi non rispetta le decisioni del Giuri viene screditato di fronte a tutti coloro che operano nel medesimo settore.

L'osservanza delle decisioni è rimessa alla scelta della parte, nel senso che ad essa spetta valutare l'opportunità di perseverare nel porre in esser la pubblicità dichiarata non conforme, ovvero di desistere adeguandosi.

Senza voler entrare nel merito della funzione sociale ed economica del sistema dell'autodisciplina pubblicitaria, certamente utile e meritoria, si deve riconoscere che sul piano strettamente giuridico esso è espressione di poteri eminentemente negoziali che operano ad un livello paragiurisdizionale.

E che l'efficacia del sistema derivi dal « potere di screditare » è dimostrato dal mezzo predisposto in previsione di casi particolarmente gravi o per eventuali inosservanze delle decisioni del Giurì: gli artt. 40 e 42 c.a.p. statuiscono che nelle ipotesi cennate il Giurì può ordinare, o rispettivamente dispone, la pubblicazione — attraverso gli organi di informazione indicati dal Giuri stesso — dell'estratto della pronuncia con i nomi delle parti (art. 40), owero della notizia della mancata osservanza della decisione. Ed è ancora indicativo della completa autonomia del sistema il fatto che in entrambe i casi la pubblicazione avviene a cura dell'Istituto della autodisciplina pubblicitaria ([46]).

9. Quanto finora rilevato in ordine all'inquadramento del sistema dell'autodisciplina nell'àmbito della categoria dei mezzi di composizione delle controversie che si attuano al di fuori dell'organizzazione giudiziaria statale, non toglie nulla all'efficienza ed alla bontà degli schemi procedimentali adottati dal c.a.p., ciò anche per la fondamentale autonomia dei due argomenti. Infatti, lo si è già osservato, il processo non è altro che uno schema combinatorio di atti che può essere adottato, e viene adottato, da soggetti diversi dallo Stato. Certamente i meccanismi da esso previsti sono posti a garanzia di determinate esigenze che i1 legislatore ha ritenuto come fondamentali nell'attuazione giurisdizionale dei diritti, tuttavia la sua scelta da parte di soggetti privati, se può essere operata per soddisfare una delle condizioni per addivenire all'attribuzione dell'efficacia di sentenza alla pronuncia privata, deve essere affiancata dagli altri requisiti di

---

([46]) Per un interessante commento condotto anche in chiave di analisi economica del diritto v. TROIANO, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria e il suo Giuri (prime valutazioni)*, osservazioni *a* Giurì del codice di autodisciplina pubbl. 1 dicembre 1981, n. 37/81, in *Foro it.*, 1982, *I*, c. 2674 ss.

carattere sostanziale e formale che si è cercato di individuare.

Ciò premesso, risulta ugualmente interessante analizzare lo svolgimento del giudizio davanti al Giurì, anche perché in futuro potrebbero intervenire quegli elementi di natura sostanziale (l'attuazione della direttiva CEE n. 84/450) e di natura negoziale (la volontà delle parti di porre in essere un arbitrato rituale) che consentiranno di configurare il Giurì come un collegio arbitrale rituale.

Sia dalla procedura delineata dal c.a.p. che dalle pronunce del Giurì (oramai si è formata una vera e propria « giurisprudenza » autodisciplinare), emerge chiaramente la scelta di schemi procedurali rinvenibili, nelle grandi linee, all'interna del codice di procedura civile; noi dovremo verificare se la scelta di tali schemi consenta di garantire l'osservanza dei principi che il legislatore ha ritenuto fondamentali per lo svolgimento del giudizio arbitrale. Si è già visto quali difficoltà ricorrano relativamente al requisito dell'alternatività, alla esistenza di una valida clausola compromissoria, ed alla legittimazione ad agire ed a resistere; esaminiamo ora la procedura adottata dal Giurì in relazione alle disposizioni contenute nel c.p.c.

L'art. 816 c.p.c. prevede che le parti possono stabilire nel compromesso, nella clausola compromissoria o con atto scritto successivo, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento (comma 1°). Gli arbitri devono, anche in assenza della previsione di cui sopra, assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche (3° co.).

Si tratta in sostanza di garantire comunque lo svolgimento di un valido contraddittorio, ossia di riconoscere ad entrambe le parti il diritto di influire concretamente sullo svolgimento del processo e sul suo esito.

La garanzia del contraddittorio deve essere salvaguardata in ogni stato (e grado) del procedimento, essa pertanto non riguarda solo il momento iniziale del procedimento ma deve essere verificata in relazione a tutto l'iter procedimentale (47).

Innanzitutto lo schema procedimentale adottato deve consentire, avvalendosi di adeguate forme di comunicazione, di far conoscere il contenuto della domanda al destinatario di essa e, in genere, a tutti i soggetti destinati a subire gli effetti del processo (ovviamente sup-

(47) L'importanza del principio del contraddittorio anche nel procedimento arbitrale è confermata anche dalla parziale estensione del principio all'arbitrato irrituale, sul punto v. TARZIA, *Efficacia del lodo* cit., p. 24 ss., ove si rileva altresì come il fenomeno di « processualizzazione » di tale forma di arbitrata ha indotto nella giurisprudenza la possibilità di riconoscere nella violazione del contraddittorio un motivo di impugnazione del lodo irrituale.

poniamo risolto positivamente il problema della legittimazione ad agire del Comitato di controllo).

Nel nostro caso la causa può essere introdotta o dal C. di c., che sottopone al Giuri, d'ufficio o su istanza di parte, la pubblicità a suo parere non conforme alle norme del codice autodisciplinare che tutetelano l'interesse del consumatore, ovvero può essere introdotta da un'istanza della parte che si ritiene lesa da una pubblicità. In entrambe i casi, a seguito della istanza, il presidente del Giurì nomina un relatore e « dispone la comunicazione degli atti alle parti interessate ». Così avviene il primo contatto tra quelle che saranno le parti del giudizio e si instaura il primo nucleo di contraddittorio.

L'istanza in questione contiene gli elementi ritenuti sufficienti ad « individualizzare » la domanda (48), *l'edictio* actionis è rappresentata dall'indicazione della pubblicità denunciata assieme alla indicazione delle norme del c.a.p. di cui si deduce la violazione e, ovviamente, della parte o delle parti che hanno concorso a porre in essere l'illecito pubblicitario. La giurisprudenza del Giurì ha inoltre recepito il principio iura novit Curia, ed afferma che l'art. 36 c.a.p. non richiede l'indicazione specifica delle norme del codice che si ritengono violate, in quanto la qualificazione della fattispecie dal punto di vista della sua riconducibilità nell'uno o nell'altro divieto compete soltanto al Giurì in relazione ai fatti indicati, essendo le qualificazioni delle parti al riguardo non vincolanti e neppure necessarie (49).

La vocatio in ius, discostandosi dal sistema della citazione a comparire a udienza fissa proprio del giudizio di cognizione ordinaria, è assimilabile a quella che avviene nei processi instaurati con ricorso: infatti è il presidente del Giurì a fissare la data di convocazione delle parti.

Assieme alla comunicazione degli atti, il presidente del Giurì assegna alle parti un termine molto breve (« non inferiore agli otto e non superiore ai quindici giorni »: art. 38 c.a.p.; normalmente otto giorni), per il deposito delle rispettive deduzioni e di eventuali documenti.

E da ritenere che tali incombenti siano da compiersi entro il termine stabilito a pena di decadenza, con la conseguenza che la discussione orale dovrà vertere soprattutto sugli aspetti della controversia che non sia stato possibile trattare per iscritto. Alla discussione partecipa un rappresentante del Comitato di controllo appositamente delegato (art. 38, comma 2°, c.a.p.).

---

(48) I1 temine è proposto da CERINO CANOVA, La domanda *giudiziale* ed *il* suo contenuto, in Commentario al *c.p.c.* diretto da Allorio, I, Torino, 1980, p. 172 ss.

(49) Pronuncia del Giurì n. 33 del 1984, in Giurisprudenza *completa* del Giuri **di** Autodisciplina Pubblicitaria, a cura di L.C. Ubertazzi, IPSOA Informatica, 1986, p. 705.

Per quanto non sia espressamente prevista dal c.a.p., dalla giurisprudenza del Giuri ([50]) emerge la possibilità per il convenuto (ma ovviamente solo nei giudizi instaurati dal C. di c.) di proporre domande riconvenzionali nei confronti dell'attore che, a sua volta potrà proporre una reconventio reconventionis. In assenza di una espressa previsione la scelta sulla perentorietà o meno dei termini resta nella più completa disponibilità delle parti, tuttavia considerando la maggiore somiglianza del giudizio davanti al Giuri al rito del lavoro che non a quello di cognizione ordinaria, e soprattutto in relazione alla estrema immediatezza e concentrazione che lo contraddistinguono, la proponibilità di riconvenzionali dovrebbe essere soggetta a quegli stessi termini perentori previsti dall'art. 416 c.p.c., e quindi dovrebbe essere proposta, a pena di decadenza, con il deposito delle deduzioni e dei documenti sopra menzionato. Sempre in relazione alla proposta assimilazione e per garantire il rispetto del contraddittorio anche sulla riconvenzionale, sarebbe opportuno riconoscere la possibilità di fissare una nuova udienza entro un termine ragionevole (arg. ex art. 418 c.p.c.).

Individuato in tal modo il thema decidendum, nel corso del procedimento si dovrà comunque garantire alle parti il diritto d'interloquire sull'oggetto del giudizio e quindi esse dovranno essere poste in grado di prendere posizione in ordine a qualsiasi questione la cui risoluzione sia influente ai fini della decisione, di poter esercitare quel fondamentale aspetto del diritto di difesa che è dato dal diritto alla prova, in modo tale che il convincimento del Giurì si formi sulla base dei risultati dell'attività probatoria svolta da ciascuna delle parti.

Relativamente a quest'ultimo punto, il c.a.p. (art. 6) prevede il potere del Giurì o del Comitato di controllo di richiedere alle parti di dimostrare la veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni e la consistenza delle testimonianze usate, provocando così una inversione dell'onere della prova che risulta essere a carico del convenuto. Tale inversione parrebbe non essere in contrasto con il disposto dell'art. 2698 cod. civ., con la conseguenza che il relativo patto (contenuto nell'art. 6 c.a.p.) è valido ed efficace.

Il carattere parzialmente inquisitorio che assume il giudizio davanti al Giuri non pare in alcun modo contravvenire alle regole imposte dal rispetto del contraddittorio. L'ampliamento della contestazione iniziale operato d'ufficio (art. 38 c.a.p.) si pone in contrasto con il principio dispositivo del quale è massima espressione l'art. 112 c.p.c. là dove prevede che il giudice deve pronunciare su tutta la domanda

---

([50]) Pronunce del Giurì: n. 26 del 1979; n. 41 del 1981, entrambe in *Giurisprudenza completa...*, cit., p. 221 e p. 410; nn. 52, 61, 62, 78 del 1986: nn. 45, 64, 75, 79 del 1987, tutte in *Giurisprudenza pubblicitaria a* cura di L.C. Ubertazzi, I, 1986-1987, IPSOA Informatica, 1988.

e non oltre i limiti di essa, ma tale principio è espressione di una scelta di politica legislativa che può non collidere con la possibilità che il rispetto del contraddittorio sia garantito anche quando il *thema decidendum* venga a mutare a seguito dell'iniziativa d'ufficio dell'organo giudicante (51).

Tale considerazione soccorre anche a superare eventuali difficoltà nell'accettare l'idea della ammissibilità di domande nuove proposte nel corso del procedimento.

Infatti, essendo il procedimento davanti al Giurì non vincolato da formalità non espressamente previste nel codice di autodisciplina (art. 32, ult. co., c.a.p.), *e* se l'organo giudicante stesso ha il potere di accertare d'ufficio violazioni non contestate nell'atto introduttivo (art. 38, comma 4°, lettera c.), a maggior ragione esso può pronunciarsi su questioni segnalate ad iniziativa di parte nel corso della discussione orale (=), sempreché su tali questioni sia stato provocato il contraddittorio.

D'altronde nello stesso giudizio ordinario di cognizione la giurisprudenza unanimemente ammette che la violazione dell'art. 184 c.p.c., conseguente alla proposizione di domande nuove nel corso del giudizio di primo grado, è sanata dalla « intervenuta accettazione del contraddittorio sulla medesima da parte di colui che avrebbe potuto *ec*cepire la novità » (53) e ciò, pur considerando i diversi principi che ispirano giudizio ordinario e giudizio autodisciplinare, conferma il primato che il nostro ordinamento attribuisce al principio del contraddittorio rispetto a quello della domanda.

Per quanto concerne, infine, la deliberazione ed i requisiti del lodo, valgono le regole contenute nell'art. 823 cod. proc. civ.

Particolare rilevanza ha il disposto del n. 6, secondo il quale il lodo deve essere sottoscritto da tutti gli arbitri e deve indicare giorno, mese ed anno in cui vengono apposte le sottoscrizioni: a quanto ci consta la pronuncia del Giurì, adeguandosi inopportunamente alla previsione dettata dall'ultimo comma dell'art. 132 cod. proc. civ. per la decisione dei collegi civili ordinari, è sottoscritta solo dal presidente e dal relatore. Relativamente ai giudizi « privati » la norma è invece di primaria importanza perché la sottoscrizione di tutti gli arbitri è l'unico elemento con rilevanza esterna che indichi l'avvenuta osservanza del fondamentale precetto che stabilisce che tutti gli arbitri devono parteci-

---

(51) Pronuncia n. 10 del 1983, in Giurisprudenza completa..., cit., p. 553.

(52) Pronuncia n. 73 del 1987, in Giurisprudenza pubblicitaria, cit. p. 513.

(53) L'indirizzo giurisprudenziale appare consolidato, tra le più recenti si veda: Cass., 25 giugno 1985, n. 3834, in Mass. Giust. civ., 1985, p. 1183; Cass., 25 ottobre 1984, n. 5442, ivi, 1984, p. 1183; Cass. 29 novembre 1983, n. 7166, ivi, 1983, p. 2437.

pare alla discussione e devono deliberare in conferenza personale. L'importanza del precetto è ancora confermata dalla puntualità della previsione contenuta nel comma 3° dell'art. 823: se taluno degli arbitri non possa o non voglia sottoscrivere gli originali del lodo, si ammette ugualmente la validità del lodo sottoscritto solo dalla maggioranza degli arbitri, purché prima di tale sottoscrizione sia fatta menzione dell'impedimento.

Infine, a seguito della riforma introdotta dalla legge 9 febbraio 1983 n. 28, l'indicazione della data di ciascuna sattoscrizione assume notevole importanza poiché individua il momento dal quale la pronuncia arbitrale inizia a produrre l'efficacia vincolante di cui all'ultimo comma.

Al termine di questa breve analisi ci sembra che la rapidità cui è ispirata tutta la procedura attivata dal sistema autodisciplinare potrebbe condurre a quella sommarietà che rischia di mettere in discussione una corretta e legittima attuazione del contraddittorio.

Allo stato attuale l'unica garanzia che argina tali rischi è costituita dall'estrema professionalità ed equilibrio dei membri del Giurì; tali qualità rappresentano, inoltre, il miglior strumento di cui l'autodisciplina dispone per fronteggiare il prospettato mutamento, in senso « competitivo », del quadro normativo statale e delle competenze giurisdizionali in materia pubblicitaria.

# APPENDICE

## CODICE DI AUTODISCIPLINA PUBBLICITARIA (*)

### PREMESSA

#### SCOPO DEL CODICE DI AUTODISCIPLINA

Il Codice di Autodisciplina ha lo scopo di assicurare che la pubblicità, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata soprattutto come servizio per l'informazione del pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore.

Il Codice definisce le attività in contrasto con le finalità suddette, ancorché conformi alle vigenti disposizioni legislative; l'insieme delle sue regole, esprimendo il costume cui deve uniformarsi l'attività pubblicitaria, costituisce la base normativa per l'autodisciplina pubblicitaria.

#### ORGANI E SFERA DI APPLICAZIONE

Per l'applicazione dei principi e delle norme del Codice sono istituiti il Giurì ed il Comitato di Controllo.

Il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto di pubblicità come più oltre previsto.

### TITOLO I

### NORME GENERALI

#### DEFINIZIONI

Agli effetti del Codice il termine «pubblicità» comprende ogni comunicazione relativa a prodotti o servizi quali che siano i mezzi utilizzati.

Il termine «prodotto» comprende qualsiasi oggetto della comunicazione pubblicitaria e si intende perciò esteso anche al servizio, metodo, trattamento e simili.

Il termine «messaggio» comprende qualsiasi forma di presentazione al pubblico del prodotto e si intende perciò esteso anche all'imballaggio, alla confezione e simili.

Il termine «consumatore» comprende ogni persona cui è indirizzato il messaggio pubblicitario o che sia suscettibile di riceverlo.

Agli effetti del Codice di Autodisciplina non costituisce pubblicità la distribuzione a scopo didattico di materiale pubblicitario quando sia richiesto dagli Istituti scolastici pubblici o privati e l'usa avvenga sotto il controllo del personale docente.

#### REGOLE DI COMPORTAMENTO

**Art. 1 - Lealtà pubblicitaria**

La pubblicità deve essere onesta, veritiera e corretta. Essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla.

(*) 13a edizione in vigore dal 15 aprile 1988. Precedenti edizioni: 12 maggio 1966. 15 ottobre 1971, 1° marzo 1975, 1° gennaio 1977, 30 giugno 1978, 1° gennaio 1979, 15 marzo 1979, 1° gennaio 1980, 1° gennaio 1981, 1° settembre 1982, 1° maggio 1985, 1° giugno 1987.

**Art. 2 - Pubblicità ingannevole**

La pubblicità deve evitare ogni dichiarazione o rappresentazione che sia tale da indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche, specie per quanto riguarda le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, le condizioni di vendita, la diffusione, l'identità delle persane rappresentate, i premi o riconoscimenti.

**Art. 3 - Terminologia, citazioni, prove tecniche e scientifiche, dati statistici**

Terminologia, citazioni e menzioni di prove tecniche e scientifiche devono essere usate in modo appropriato. Prove tecniche e scientifiche e dati statistici con limitata validità non devono essere presentati in modo da apparire come illimitatamente validi.

**Art. 4 - Testimonianze**

Le testimonianze devono essere autentiche, responsabili e controllabili.

**Art. 5 - Garanzie**

I termini « garanzia », « garantito » e simili possono essere usati solo se accompagnati dalla precisazione del contenuto e delle modalità della garanzia offerta oppure dall'indicazione delle fonti di informazione disponibili su di essa.

**Art. 6 - Dimostrazione della verità dei messaggi**

Chiunque si vale della pubblicità deve essere in grado di dimostrare, a richiesta del Giurì o del Comitato di Controllo, la veridicità dei dati delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni e la consistenza delle testimonianze usate.

**Art. 7 - Identificazione della pubblicità**

La pubblicità deve essere sempre riconoscibile come tale. Nei mezzi in cui, oltre alla pubblicità, vengono comunicati al pubblico informazioni e contenuti di altro genere, la pubblicità inserita deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti.

**Art. 8 - Superstizione, credulità, paura**

La pubblicità deve evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità e, salvo ragioni giustificate, della paura.

**Art. 9 - Violenza, volgarità, indecenza**

La pubblicità non deve contenere affermazioni o rappresentazioni di violenza fisica o morale o tali che, secondo il gusto e la sensibilità dei consumatori, debbano ritenersi indecenti, volgari o ripugnanti.

**Art. 10 - Convinzioni morali, civili, religiose e dignità della persona**

La pubblicità non deve offendere le convinzioni morali, civili e religiose dei cittadini.

La pubblicità deve rispettare la dignità della persona umana in tutte le sue forme ed espressimi.

**Art. 11 - Bambini e adolescenti**

Una cura particolare deve essere posta nei messaggi che si rivolgono ai bambini e agli adolescenti o che possono essere da loro ricevuti.

Questi messaggi non devono contenere nulla che possa danneggiarli psichicamente, moralmente o fisicamente e non devono inoltre abusare della loro naturale credulità o mancanza di esperienza, o del loro senso di lealtà.

In particolare questa pubblicità non deve indurre a:

— violare norme di comportamento sociale generalmente accettate;

— compiere azioni od esporsi a situazioni pericolose;

— ritenere che il mancato possesso del prodotto pubblicizzato significhi inferiorità, oppure mancato assolvimento dei loro compiti da parte dei genitori;

— sollecitare altre persone all'acquisto del prodotto pubblicizzato.

L'impiego di bambini e adolescenti in messaggi pubblicitari deve evitare ogni abuso dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani.

Art. 12 - Sicurezza

Quando si tratta di prodotti suscettibili di presentare pericoli, specialmente se non possono facilmente essere riconosciuti come tali dal consumatore, la pubblicità deve indicarli con chiarezza.

Comunque essa non deve contenere descrizioni o rappresentazioni tali da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza o a diminuire il senso di vigilanza e di responsabilità verso i pericoli per la salute e per la sicurezza proprie e della collettività.

Art. 13 - Imitazione, confusione e sfruttamento

Deve essere evitata qualsiasi imitazione pubblicitaria servile anche se relativa a prodotti non concorrenti, specie se idonea a creare confusione con altra pubblicità.

Deve essere inoltre evitato qualsiasi sfruttamento del nome, del marchio e della notorietà altrui, specie se inteso a trarre per sé un ingiustificato profitto.

Art. 13 bis - Tutela di progetti pubblicitari

Qualora, in vista dell'eventuale futuro conferimento dell'incarico di amministrare la propria pubblicità un utente richieda ad una agenzia o a un professionista, nell'ambito di una gara o di una consultazione plurima, la presentazione di uno o più progetti creativi, deve astenersi dall'utilizzare o dall'imitare gli aspetti ideativi e creativi del o dei progetti non accettati o prescelti per un periodo di tre anni dalla data del deposito di cui all'art. 37 bis,

L'agenzia o il professionista non prescelti possono invocare l'applicazione della presente disposizione solo se, anteriormente alla presentazione del progetto all'utente, ne abiano effettuato il deposito ai sensi dell'art. 37 bis.

Art. 14 - **Denigrazione**

È vietata ogni denigrazione delle attività, imprese o prodotti altrui, anche se non nominati.

Art. 15 - Comparazione

La comparazione indiretta non è consentita se non quando sia intesa ad illustrare sotto l'aspetto tecnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali dell'attività e del prodotto pubblicizzato.

Art. 16 - Variabilità

Un messaggio accettabile per un determinato mezzo o per un determinato prodotto non necessariamente è accettabile per altri, in considerazione delle differenti caratteristiche dei vari mezzi pubblicitari e dei vari prodotti.

Nei casi di cui ai successivi articoli 17, 18, 21, 27 e 28 sono consentiti messaggi che non contengano tutte le informazioni ivi previste, quando i messaggi stessi si limitino ad enunciazioni generiche.

## TITOLO II

## NORME PARTICOLARI

### A) SISTEMI DI VENDITA

Art. 17 - Vendite a credito

La pubblicità relativa a vendite a credito deve precisare chiaramente l'entità del versamento iniziale e delle rate successive, il tasso di interesse e gli oneri accessori nonché il prezzo totale del prodotto. Essa deve particolarmente precisare le condizioni di riservato dominio e simili, nonché quelle della locazione o del noleggio con patto di riscatto.

**Art. 18 - Vendite per corrispondenza**

La pubblicità relativa a vendite per corrispondenza deve descrivere chiaramente i prodotti offerti in vendita, i prezzi e le condizioni di pagamento, le condizioni di fornitura nonché quelle di annullamento della vendita, qualora siano previste.

Essa deve inoltre indicare l'identità completa e la sede della ditta inserzionista.

**Art. 19 - Forniture non richieste**

È vietata la pubblicità relativa a forniture non richieste, che mirino ad obbligare il ricevente al pagamento qualora questi non rifiuti i prodotti fornitigli o non li rinvii al fornitore.

**Art. 20 - Vendite straordinarie e di liquidazione**

La pubblicità non deve far apparire come vendita all'asta, fallimentare ovvero straordinaria o di liquidazione una operazione commerciale che tale non sia.

**Art. 21 - Operazioni promozionali**

La pubblicità relativa ad operazioni promozionali, realizzate attraverso concorsi od operazioni a premio, deve mettere il pubblico in grado di conoscere chiaramente e agevolmente le condizioni di partecipazione, il numera e l'entità dei premi, le modalità della loro assegnazione, i termini di scadenza e i mezzi con cui verranno resi noti i risultati.

B) SETTORI MERCEOLOGICI

**Art. 22 - Bevande alcooliche**

La pubblicità delle bevande alcooliche non deve contrastare con l'esigenza di favorire l'affermazione di modelli di consumo ispirati a misura, correttezza e responsabilità. In particolare essa deve evitare di:

— incoraggiare un uso eccessivo e incontrollatu, e quindi dannoso, delle bevande alcooliche;

— rappresentare situazioni di attaccamento morboso al prodotto e, in generale, di dipendenza dall'alcool;

— rivolgersi o fare riferimento, anche indiretto, ai minori;

— associare l'uso di bevande alcooliche con la guida di veicoli;

— indurre il pubblico a ritenere che l'uso delle bevande alcooliche contribuisca alla lucidità mentale e all'efficienza fisica e che il mancato uso del prodotto comporti una condizione di inferiorità fisica, psicologica e sociale;

— indurre il pubblico a trascurare le differenti modalità di consumo che è necessario considerare in relazione alle caratteristiche dei singoli prodotti e alle condizioni personali del consumatore;

— usare l'indicazione del grado alcoolico di una bevanda come tema: principale dell'annuncio.

**Art. 23 - Cosmetici**

La pubblicità relativa ai prodotti cosmetici e per l'igiene personale non deve indurre a ritenere che tali prodotti abbiano caratteristiche, proprietà e funzioni che li rendano idonei al raggiungimento di scopi diversi da quelli di abbellire, proteggere, profumare, deodorare e detergere la cute e i suoi annessi, ovvero di correggere l'apparenza e curare l'igiene della persona,

**Art. 23 bis - Prodotti dietetici**

La pubblicità relativa a prodotti dietetici non deve vantare proprietà non conformi alle particolari caratteristiche dei prodotti, ovvero proprietà che non siano realmente possedute dai prodotti stessi.

Inoltre detta pubblicità deve essere realizzata in modo da non indurre i consumatori in errori nutrizionali e deve evitare richiami a raccomandazioni o attestazioni di tipo medico.

Queste regole si applicano anche agli alimenti dietetici per la prima infanzia, a quelli che sostituiscono in tutto o in parte l'allattamento materno e a quelli che servono per lo svezzamento o per l'integrazione alimentare dei bambini.

**Art. 24 - Trattamenti fisici ed estetici**

La pubblicità relativa ai trattamenti fisici ed estetici della persona non deve indurre a ritenere che tali trattamenti abbiano funzioni terapeutiche o restitutive, ovvero abbiano la capacità di produrre risultati radicali.

**Art. 25 - Prodotti medicinali e trattamenti curativi**

La pubblicità relativa a medicinali e trattamenti curativi deve tener conto della particolare importanza della materia ed essere realizzata col massimo senso di responsabilità.

Tale pubblicità deve richiamare l'attenzione del consumatore sulla necessità di opportune cautele nell'uso dei prodotti e comunque non deve indurre ad un loro uso scorretto.

In particolare, la pubblicità al consumatore relativa alle specialità medicinali da banco ed ai trattamenti curativi deve evitare di:

— attribuire al prodotto efficacia o indicazioni terapeutiche in contrasto con quelle loro riconosciute, pur tenendo conto che l'uso di un linguaggio accessibile al pubblico non costituisce di per sé contrasto;

— far apparire superflua la consultazione del medico o l'intervento chirurgico;

— rivolgersi esclusivamente ai minori o indurre i bambini a utilizzare il prodotto senza adeguata sorveglianza.

**Art. 26 - Corsi di istruzione e metodi di studio *o* insegnamento**

La pubblicità relativa a corsi di istruzione e metodi di studio a di insegnamento non deve contenere alcuna promessa di lavoro né esagerare le possibilità di impiego o di remunerazione che si offrono a coloro che seguono i corsi stessi o adottano i metodi proposti e neppure offrire titoli e qualifiche non riconosciuti o comunque non ottenibili con questi mezzi.

**Art. 27 - Operazioni finanziarie e immobiliari**

La pubblicità relativa ad operazioni finanziarie e immobiliari non deve invitare ad effettuare investimenti, ad assumere impegni ed a versare anticipi senza offrire idonee garanzie. Essa deve inoltre fornire chiare ed esaurienti informazioni sulla natura e sulle precise condizioni delle operazioni proposte.

**Art. 28 - Viaggi organizzati**

La pubblicità relativa a viaggi organizzati, sotto qualsiasi forma, deve fornire informazioni complete ed accurate, con particolare riguardo al trattamento ed alle prestazioni incluse nel prezzo, nonché a quelle a carico del viaggiatore (come bevande, trasporto bagagli, gite accessorie, trattamento, mance consuetudinarie, tasse, sovrapprezzi, etc.), alle condizioni di pagamento ed alla possibilità di recesso o di modificazione del programma di viaggia

**Art. 28 bis - Giocattoli e giochi per bambini**

La pubblicità relativa a giocattoli e giochi per bambini non deve indurre in errore:

— sulla natura e sulle prestazioni e dimensioni del prodotto pubblicizzato;

— sul grado di abilità necessario per utilizzare il prodotto;

— sull'entità della spesa, specie quando il funzionamento del prodotto comporti l'acquisto di prodotti complementari.

In ogni caso, questa pubblicità non deve minimizzare il prezzo del prodotto o far credere che il suo acquisto sia normalmente compatibile con qualsiasi bilancio familiare.

## TITOLO III

## GIURÌ E COMITATO DI CONTROLLO

**Art. 29 - Composizione del Giuri**

I1 Giurì è composto da un numero di membri compreso fra nove e undici, nominati dall'Istituto dell'Autodisci-

plina Pubblicitaria e scelti fra esperti di diritto, di problemi dei consumatori, di comunicazione.

I membri del Giurì durano in carica due anni e sono riconfermabili.

L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria nomina tra i membri del Giurì il Presidente e il Vicepresidente che svolge le funzioni del Presidente in assenza di questi.

I membri del Giurì non possono essere scelti fra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina pubblicitaria.

**Art. 30 - Composizione del Comitato di Controllo**

Il Comitato di Controllo è composto da nave membri titolari nominati dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria e scelti come segue: un esperto di materie giuridiche; tre fra persone esperte dei problemi dei consumatori; due fra persone esperte di tecnica pubblicitaria; tre fra persone esperte di mezzi di comunicazione.

Il numero dei componenti pu essere elevato fina, a undici.

Ciascun titolare può essere sostituito in caso di assenza o impedimento da un supplente. I supplenti sono anch'essi nominati dall'Istituto con i medesimi criteri previsti per i titolari. I membri del Comitato di Controllo durano in carica due anni e sono riconfermabili.

L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria nomina un presidente e i vice presidenti del Comitato. I membri del Comitato non possono essere scelti fra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina pubblicitaria.

Il Comitato può operare articolato in sezioni di almeno tre membri ciascuna, presiedute dal presidente o da un vicepresidente.

**Art. 31 - Principi per il giudizio**

I membri del Giurì e del Comitato di Controllo svolgono le loro funzioni secondo il proprio libero convincimento e non in rappresentanza di interessi di categoria. Nell'adempimento dei loro compiti i membri del Giurì a del Comitato di Controllo sano tenuti ad osservare il massimo riserbo.

**Art. 32 - Funzioni del Giurì e del Comitato di Controllo**

Il Giurì esamina la pubblicità che gli viene sottoposta e si pronuncia su di essa secondo il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria,

Nelle vertenze nelle quali non sia coinvolto l'interesse del consumatore, il Giurì, su concorde richiesta delle parti, può costituirsi in collegio arbitrale irrituale decidendo con un lodo. Il presidente del Giurì stabilisce la relativa procedura caso per caso.

Il Comitato di Controllo:

— sottopone in via autonoma al Giurì, anche in seguito a segnalazioni pervenute, i messaggi a sua, parere non conformi alle norme del Codice che tutelano l'interesse del consumatore o la pubblicità;

— esprime pareri consultivi su richiesta del presidente del Giurì;

— può invitare in via preventiva a modificare la pubblicità che appaia non conforme alle norme del Codice;

— su richiesta della parte interessata, esprime in via preventiva il proprio parere circa la conformità alle norme del Codice che tutelano l'interesse del consumatore, della pubblicità sottopostagli in forma definitiva ma non ancora diffusa. Il parere viene espresso sotto riserva della validità e completezza dei dati e delle informazioni fornite dalla parte richiedente.

A questa condizione l'approvazione impegna il Comitato di Controllo a non agire d'ufficio contro la pubblicità approvata.

In qualsiasi momento il Giurì ed il Comitato di Controllo possono richiedere che chi si vale della pubblicità fornisca documentazioni idonee a consentire l'accertamento della veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni o testimonianze usate. Per la valutazione delle documenta-

zioni prodotte il Giurì o il Comitato di Controllo possono avvalersi dell'opera di esperti.

Salvo quanto disposto nel presente Codice, il Giurì e il Comitato di Controllo esplicano le proprie funzioni senza formalità.

**Art. 33 - Segreteria**

La Segreteria dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria svolge anche l'attività di segreteria per il Giurì ed il Comitato di Controllo.

**Art. 34 - Sede e riunioni**

Il Giurì, il Comitato di Controllo e gli uffici di segreteria hanno sede presso l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

Il Giuri e il Comitato di Controllo e le sue sezioni si riuniscono tutte le volte che se ne presenti la necessità, su convocazione dei rispettivi presidenti da comunicarsi almeno tre giorni prima della data da essi fissata.

Tale termine può non essere osservato in casi di particolare urgenza.

Le riunioni del Giurì e del Comitato di Controllo non sono pubbliche.

Il Giurì e il Comitato di Controllo sono validamente costituiti con la presenza di cinque membri.

In assenza del presidente e dei vice presidente assume la presidenza il membro più anziano di età. Il Giurì ed il Comitato di Controllo, quest'ultimo in sessione plenaria, deliberano con il voto della maggioranza dei membri presenti; in caso di parità, prevale il voto di chi presiede.

Nelle sezioni del Comitato le decisioni devono essere prese all'unanimità; in caso contrario la decisione viene demandata al Comitato in sessione plenaria.

Le sezioni del Comitato di Controllo sono validamente costituite con la presenza di almeno tre membri.

Nelle loro riunioni il Giurì e il Comitato di Controllo sono assistiti da un funzionario di Segreteria tenuto al segreto di ufficio, e che si allontana al momento della deliberazione del Giurì,

**Art. 35 - Amministrazione**

Le modalità amministrative relative alle istanze sono decise dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

**Art. 36 - Istanze al Giurì ed al Comitato di Controllo**

Chiunque ritenga di subire pregiudizio da attività pubblicitarie contrarie al Codice di Autodisciplina può richiedere l'intervento del Giurì nei confronti di chi, avendo accettato il Codice stesso in una qualsiasi delle forme indicate in premessa, abbia commesso le attività ritenute pregiudizievoli.

La parte interessata deve presentare una istanza scritta indicando, la pubblicità che intende sottoporre all'esame del Giurì, esponendo le proprie ragioni e allegando la relativa documentazione.

Le istanze di azione e di procedimento arbitrale devono essere indirizzate al presidente del Giuri; quelle per il parere preventivo al presidente del Comitato di Controllo.

**Art. 37 - Deposito di pubblicità svolta in altri Paesi**

Gli utenti che vogliono tutelare la pubblicità da loro svolta in altri Paesi contro possibili imitazioni in Italia, possono depositare gli esemplari di tale pubblicità presso la segreteria del Comitato di Controllo. Il deposito conferisce un diritto di priorità valido per un periodo di cinque anni dalla data del deposito stesso.

**Art. 37 bis - Deposito di progetti pubblicitari**

L'agenzia o il professionista che vogliano tutelare i propri progetti creativi in relazione alle ipotesi contemplate all'art. 13 bis, possono depositare copia del relativo materiale, in plico sigillato, presso la Segreteria del Comitato di Controllo. Il deposito conferisce all'agenzia o al professionista, nei soli

confronti dell'utente interessato, il diritto di invocare l'applicazione dell'art. 13 bis per un periodo di tre anni dalla data del deposito stesso.

**Art. 38 - Procedimento avanti al Giurì**

Ricevuta l'istanza, la presidenza del Giurì nomina fra i membri del Giurì un relatore, dispone la comunicazione degli atti alle parti interessate assegnando loro un termine, non inferiore agli otto e non superiore ai quindici giorni, per il deposito delle rispettive deduzioni e di eventuali documenti e le convoca avanti al Giurì entro il termine più breve possibile per la discussione orale che dovrà vertere soprattutto sugli aspetti della controversia che non sia stato possibile trattare per iscritto.

Alla discussione partecipa un rappresentante del Comitato di Controllo appositamente delegato.

Nei procedimenti ad istanza di parte, il presidente del Giurì può richiedere al Comitato parere consultivo scritto, stabilendo il termine per il deposito.

Esaurita la discussione, il Giurì:

a) qualora ritenga la pratica sufficientemente istruita emette la propria decisione;

b) qualora ritenga necessario acquisire ulteriori elementi di prova rimette gli atti al relatore, il quale provvede al più presto e senza formalità alla assunzione degli atti istruttori ritenuti necessari, esauriti i quali egli restituisce gli atti al Giurì per l'ulteriore corso dei procedimenti;

c) qualora durante il procedimento siano emersi elementi tali da fare ritenere la sussistenza di violazioni non previste nell'istanza in esame, le accerta e dichiara d'ufficio, salva la necessità di disporre la relativa istruttoria.

In qualsiasi momento del procedimento il Giurì può chiedere, senza formalità, al Comitato di Controllo pareri su qualsiasi questione.

Avanti al Giuri le parti possono farsi assistere e rappresentare da legali e consulenti.

**Art. 39 - Decisione del Giurì**

I1 Giurì, al termine della discussione, emette la sua decisione, il cui dispositivo viene immediatamente comunicato alle parti. Quando la decisione stabilisce che la pubblicità denunciata è contraria alle norme del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, il Giurì invita le parti interessate a desistere dalla pubblicità riprovata.

Entro dieci giorni dalla decisione, il Giurì deposita la pronuncia presso la Segreteria, che ne trasmette copia alle parti ed agli enti interessati.

Le decisioni del Giurì sono definitive.

**Art. 39 bis - Procedimento monitorio**

Il presidente del Giurì, se la pubblicità denunciata nelf'istanza appare manifestamente contraria ad una o più norme del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, senza far luogo a istruttoria e discussione può ingiungere con proprio provvedimento! alle parti di desistere dalla medesima.

L'ingiunzione, succintamente motivata, e l'istanza sono comunicate senza indugio dalla Segreteria alle parti, con l'avvertimento che ciascuna di queste può proporre opposizione davanti al Giurì nel termine non prorogabile di dieci giorni.

Se l'opposizione è proposta, l'ingiunzione si considera revocata e il procedimento davanti al Giurì segue le forme ordinarie. In mancanza di opposizione entra il termine prescritto, l'ingiunzione acquista efficacia di decisione e, con la relativa attestazione della Segreteria, viene nuovamente comunicata alle parti affinché vi si conformino.

**Art. 40 - Pubblicazione delle decisioni**

Le massime di tutte le decisioni sono pubblicate, a cura della Segreteria, sul Notiziario! dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria con i nomi delle parti cui si riferiscono.

Il Giurì può ordinare che singole decisioni siano pubblicate per estratto, a cura dell'Istituto, anche con i nomi delle pasti, nei modi e sugli organi di

informazioni ritenuti opportuni. I1 testo dell'estratto è predisposto dal relatore e sottoscritto dal presidente.

Le parti nei cui confronti la decisione è stata pronunciata devono astenersi da ogni utilizzazione della decisione medesima per fini di pubblicità.

**Art. 41 - Effetto vincolante delle decisioni del Giurì**

I mezzi pubblicitari che direttamente o tramite le proprie Associazioni hanno accettato il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, ancorché non siano stati parte del procedimento avanti al Giurì, sono tenuti ad osservare le decisioni.

**Art. 42 - Inosservanza delle decisioni**

Qualora chi è tenuto ad uniformarsi alle decisioni del Giurì non vi si attenga, il Giurì dispone che se ne dia notizia al pubblico attraverso gli organi di informazione indicati dal Giurì stesso, a cura dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

ABSTRACT

A vast phenomenon of systems of internal regulation on the part of large associations which avail themselves of private forms of justice can frequently be added to the ever-increasing resort to means for the resolution of conflicts occurring outside the system of state jurisdiction.

Analysing the significant case of the Advertising Self-Regulation Association, the author tries to verify the existence of the formal and substantive requisites that the state system requires so that the private award may be received into the state legal order and, consequently, given authority as a judgment.

Al sempre crescente ricorso' a forme di composizione dei conflitti che si attuano al di fuori dell'ordinamento giurisdizionale dello Stato si affianca spesso un ingente fenomeno di normazione interna dei grandi gruppi associativi che si avvalgono di tali forme di giustizia privata.

Analizzando il caso molto significativo offerto dal sistema dell'autodisciplina pubblicitaria, l'autore cerca di verificare la ricorrenza dei requisiti di carattere formale e sostanziale richiesti dall'ordinamento statale affinché la pronuncia resa da organismi privati possa essere recepita all'interno dell'ordinamento dello Stato e, conseguentemente, dotata di efficacia di sentenza.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - Vol. 1 (1989)

ANDREA PUGIOTTO

# Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente: le origini.

## DOTTRINA E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (1956-1965)

## INDICE

Introduzione: *Ragioni della ricerca dottrinale e dell'indagine giurisprudenziale.*

1. Il sempre più frequente ricorso della Corte costituzionale al diritto vivente.
2. La dottrina degli ultimi anni: indicazioni non concordi sul concetto di diritto vivente e sulle implicazioni del suo uso nella giurisprudenza della Corte.
3. Necessità di risalire all'origine del concetto e di verificarne la vicenda in relazione alla dottrina ed alla giurisprudenza costituzionale dell'epoca.

Parte prima: Le *origini del dibattito dottrinale in ordine al concetto di diritto vivente.*

1.1 La tesi di Tullio Ascarelli come prima elaborazione dottrinale del concetto di diritto vivente.
1.2 Alcune precisazioni su questa tesi.
2.1 Le obiezioni masse dalla prevalente dottrina ad un concetto di diritto vivente di matrice giurisprudenziale.
2.2 Le possibili risposte alla *levata di scudi* dottrinale.
3. Gli effetti conseguenti ad una accettazione della tesi del diritto vivente di matrice giurisprudenziale.
4.1 I limiti della tesi di Ascarelli e la necessità di integrarne alcuni profili.
4.2 a) quando si forma diritto vivente giurisprudenziale.
4.3 b) se il diritto vivente giurisprudenziale sia vincolante per il giudizio della Corte costituzionale.
4.4 c) individuazione di altre matrici del diritto vivente differenti da quella giurisprudenziale.
4.5 d) il concetto sociologico di diritto vivente. Rinvio.

Parte seconda: *L'uso del diritto vivente nella prima giurisprudenza della Corte costituzionale.*

1. Finalità, oggetto e metodologia dell'indagine giurisprudenziale.
2.1 Le affermazioni programmatiche delle prime sentenze interpretative di rigetta
2.2 Le sentenze interpretative di accoglimento ed il mutamento del diritto vivente come nuovo « termine » della questione di costituzionalità.
2.3 I requisiti di un diritto vivente vincolante indicati nella sentenza n. 11 del 1965.

2.4 Il rapporto tra interpretazione adeguatrice e diritto vivente secondo la Carte.

3. *L'interpretazione della Cassazione*

3.1 La marcata attenzione verso gli orientamenti del giudice di nomofilachia. Il carattere non vincolante della sua interpretazione.

3.2 Il ruolo non difforme dell'interpretazione delle Sezioni Unite di Cassazione.

3.3 Il problema del rapporto tra « punto di diritto » fissato dalla Cassazione (vincolante per il giudice di rinvio) e sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale.

4. *L'interpretazione delle altre Alte Magistrature*

4.1 La scarsa rilevanza degli orientamenti del Consiglio di Stato (anche se in Adunanza Plenaria).

4.3 L'interpretazione del Tribunale Supremo Militare, della Commissione Centrale delle imposte e dell'Alta Corte siciliana.

5. *L'interpretazione del giudice di rimessione*

5.1 La libertà della Corte di disattendere l'orientamento del giudice *a quo*, a prescindere dal suo grado giurisdizionale...

5.2 ... ed indipendentemente dal numero dei giudici che propongono la medesima interpretazione.

6. *La communis opinio tra teorici e pratici del diritto*

6.1 Il frequente richiamo all'interpretazione giurisprudenziale (non ulteriormente qualificata).

6.2 Indizi significativi, ma non risolutivi, circa, il suo carattere vincolante.

6.3 Il valore fortemente persuasivo dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, considerate congiuntamente.

7. *L'interpretazione amministrativa*

7.1 Il ruolo contraddittorio dell'interpretazione regolamentare nella determinazione del diritto vivente.

7.2 Il reiterato ricorso a circolari amministrative per confermare la tesi interpretativa assunta dalla Corte costituzionale.

7.3 Altre forme di interpretazione amministrativa.

8. *I progetti di legge in itinere come elementi interpretativi.*

8.1 La scarsa rilevanza dei richiami all'attività parlamentare in corso (con particolare riferimento ai disegni di legge).

Conclusioni: *Le ipotesi formulabili allo stato della ricerca.*

1. Ricognizione dei risultati dell'indagine giurisprudenziale.

2. *Possibili conseguenze sul piano delle regole processuali del giudizio costituzionale incidentale.*

2.1 Ridefinizione restrittiva del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

2.2 Mutamento del diritto vivente e ridefinizione del criterio della manifesta infondatezza.

2.3 Ridimensionamento del vizio dell'ordinanza per indeterminatezza del *thema decidendum*.

2.4 Interpretazione restrittiva del potere di annullamento conseguenziale.

2.5 La norma vivente come oggetto del giudizio di costituzionalità.

2.6 Una diversa gradualità degli strumenti decisionali della Corte.

**3.** *Possibili conseguenze sul piano dei rapporti tra Corte costituzionale e Magistratura.*

3.1 Una sostanziale gerarchizzazione nell'interpretazione della legge?

**3.2** Preclusione di una sentenza interpretativa di rigetto sul « punto di diritto » della Cassazione.

**3.3** Prevenzione di possibili contrasti interpretativi tra Corte costituzionale e Cassazione.

**3.4** L'interpretazione adeguatrice tra Corte costituzionale e Magistratura.

**4.** *Possibili conseguenze sul ruolo della Corte costituzionale nell'ordinamento.*

**4.1** L'accentuato ruolo di garanzia della Corte per le situazioni soggettive costituzionalmente garantite.

**4.2** Il recupero, per via obliqua, di un controllo costituzionale sugli atti amministrativi.

5. Il rischio di un uso discrezionale — e non vincolato — del diritto vivente.

Introduzione

## RAGIONI DELLA RICERCA DOTTRINALE E DELL'INDAGINE GIURISPRUDENZIALE

### 1. Il sempre più frequente ricorso della Corte costituzionale al « diritto vivente »

È un dato incontroverso che la recente giurisprudenza costituzionale abbondi nel ricorrere al concetto di « diritto vivente » come oggetto del giudizio di legittimità della disposizione impugnata.

La più recente dottrina tendenzialmente concorda nel ritenere che la Corte costituzionale intenda, con tale espressione, « la risultante di una costante interpretazione giurisprudenziale, apparendo a questi fini decisivo l'orientamento assunto dalla Cassazione » (1).

In presenza di un diritto vivente, la Corte rinuncerebbe ad interpretare la disposizione impugnata in modo ad esso difforme, pronunciando quindi una sentenza di accoglimento (totale o parziale, spesso incidente sul testo) se quella così intesa viola il parametro costituzionale. Laddove, invece, il giudice di rimessione ha impugnato la disposizione assumendola con un significato differente dal diritto vivente, la Corte pronuncerebbe una sentenza interpretativa di rigetto, intesa a depotenziare l'interpretazione del giudice *a quo* in favore di quella prevalente in giurisprudenza. Solo in assenza di un diritto vivente la Corte recupererebbe piena libertà interpretativa della disposizione oggetto del suo sindacato; residuale invece sarebbe ormai il ruolo delle sentenze interpretative di accoglimento (1bis).

Questa, però, appare una rappresentazione generale eccessivamente semplificata che, forse, non corrisponde con esattezza alla variegata realtà dell'atteggiamento del giudice della legge e che, soprattutto, dà per risolti alcuni nodi del problema rispetto ai quali, invece, il dibattito è da considerarsi ancora aperto.

### 2. La dottrina degli ultimi anni: indicazioni non concordi sul concetto di « diritto vivente » e sulle implicazioni del suo uso nella giurisprudenza della Corte

Infatti, nonostante il comune orientamento sopra descritto, le indicazioni formulate dalla dottrina degli ultimi anni su questo speci-

---

(1) L'efficace espressione di sintesi è citata dalla nota redazionale alla sentenza n. 42 del 1986 in *Giur. Cost.* 1986, 334.

(1bis) LA PERGOLA A., *Relazione di sintesi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 728-732 (in particolare 730).

fico tema non appaiono concordi sotto molti profili determinanti.

Così per le possibili matrici del diritto vivente. Scontato l'unanime riferimento alla giurisprudenza della Cassazione (specie se a Sezioni Unite), per il resto le posizioni sono assai articolate: Zagrebelsky vi aggiunge la giurisprudenza non oscillante del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti; esclude in linea di massima l'interpretazione data dal giudice a *quo* e considera ancora incerto il valore da riconoscere all'applicazione amministrativa (2).

Lanfranchi, invece, attribuisce un ruolo decisivo alla dottrina, sino a qualificare diritto vivente la *communis opinio* fra teorici *e* pratici del diritto (3).

Nocilla allarga a sua volta la nozione, comprendendovi pure indicazioni derivanti da orientamenti non ancora formalizzati, quali le proposte di legge *in itinere* (4).

Carlassare, più recentemente, è tornata ad indicare come possibile matrice i regolamenti *praeter* o *secundum legem* (5).

Così per il carattere vincolante del diritto vivente, da taluni (6) riconosciuto senz'altro, da altri (7) in forma più dubitativa, da altri ancora decisamente negato (8).

Ma è soprattutto nella analisi delle implicazioni conseguenti all'uso

---

(2) ZAGREBELSKY G., La dottrina del diritto vivente, in Giur. *Cost.* 1986, 1148 (ora anche nel volume Strumenti e tecniche di giudizio, cit. 97).

Dello stesso Autore, sul medesimo tema, si vedano anche i seguenti scritti: Il sistema costituzionale delle fonti del diritto, Torino 1984, 86 ss.; Processo costituzionale, voce dell'*Encicl.* Dir., Milano 1988, vol. XXXVI, 645 ss.; La giustizia *costituzionale,* Bologna 1988, 2ª ed., 283 ss. e 501 ss.

(3) LANFRANCHI L., Corte costituzionale, nornofilachia e rimedi contro i provvedimenti decisovi del giudice delegato, in Giur. *Comm.* 1987, I, 248 ss. (in particolare 264). Già in tal senso, però, FAZZALARI E., Introduzione alla giurisprudenza, Padova 1984, 51.

(4) NOCILLA D., *A* proposito di « diritto vivente », in Giur. *Cost.* 1981, 1876.

(5) CARLASSARE L., Regolamento, voce dell'*Encicl.* Dir., Milano 1988, vol. XXXIX, **636** ss. L'Autrice riprende, con ulteriori argomenti ad *adiuvandum,* una tesi già avanzata precedentemente da ESPOSITO C., Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione, in Giur. *Cost.* 1962, 605.

(6) ANZON A., La *Corte* costituzionale e il « *diritto* vivente », in Scritti in onore di V. *Crisafulli,* Padova 1985, I, 1 (ma già in Giur. *Cost.* 1984, 303); LUCIANI M., Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale, Padova 1984, 263 ss., poi ribadito in I fatti e *la Corte:* sugli *accertamenti* istruttori del giudice *costituzionale* nei giudizi sulle leggi, in Strumenti e tecniche di giudizio, cit. 535. Nell'ultimo volume citato si vedano anche, a sostegno del carattere vincolante del diritto vivente, TAMBURRINO G., Saluto, 11 e LA PERGOLA A., op. cit., 729 s.

(7) ZAGREBELSKY G., La dottrina, cit. 1153 s.; DE ROBERTO G., Diritto vivente *e* novazione legislativa, in Giur. *Cost.* 1984, 331 ss.

(8) LANFRANCHI L., *op. cit.,* 266 (nella misura in cui il diritto vivente viene inteso come consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione).

del diritto vivente da parte della Carte costituzionale, che le valutazioni della dottrina differiscono tra loro. Se a tutti appare evidente il trasformarsi del sindacato di costituzionalità da giudizio astratto a concreto (9), per Anzon il ricorso alla categoria del diritto vivente è funzionale ad una sorta di *actio finium regundorum* tra Corte costituzionale e giudici (alla prima spetterebbe l'interpretazione della Costituzione, ai secondi della legge ordinaria), ed in tal modo il giudice costituzionale verrebbe ad assumere un ruolo « illuminista » (custode dei valori costituzionali più che moderatore dei conflitti sociali in atto) (10).

Zagrebelsky corregge tale impostazione, ritenendo che l'intento della Corte, attraverso l'uso del diritto vivente, sia quello di evitare contrapposizioni interpretative, specie con il giudice della nomofilachia: laddove però tale rischio non sussiste, la Corte non esita a proporre la sua interpretazione della disposizione impugnata (11).

Al contrario, Lanfranchi, ritiene che proprio per mantenere integro il primato del diritto vivente, la Corte debba, in talune ipotesi, opporsi all'arientamento consolidato della Cassazione con una propria esegesi del sistema ordinario (12).

Luciani, invece, paventa il rischio di un irrigidimento dei rapporti interni all'ordine giudiziario e di una limitazione della libertà interpretativa dei giudici dei gradi inferiori, conseguente alla poziorità riconosciuta dalla Corte all'esegesi delle magistrature supreme (13).

Se poi la teoria del diritto vivente si allarga fino a comprenderne anche una accezione sociologica (la legge così come risulta nell'effettività dei rapporti sociali) contrapposta al diritto vigente (14), le difformi valutazioni appaiono ancora più marcate.

Così inteso, l'uso del diritto vivente, secondo Zagrebelsky, spinge la Corte ad un ruolo politicamente impegnato: essa non giudica più l'atto legislativa astratto, ma la « situazione di diritto » determinata dall'applicazione concreta della legge e dall'impatto sociale derivatone (15).

---

(9) Nel senso che il sindacato della Corte non riguarda più l'atto legislativo astratto ed in potenza, bensì la sua effettività attuale derivante dalla sua applicazione: vedi, per tutti, ZAGREBELSKY G., *La* dottrina, cit. 1150.

(10) ANZON A., *op. cit.*, 17 ss.

(11) ZAGREBELSKY G., La dottrina, cit. 1156 s.

(12) LANFRANCHI L., *op. cit.*, 266.

(13) LUCIANI M., *op. cit.*, 264.

(14) Vedi, *infra*, la parte II, par. 4.5.

(15) ZAGREBELSKY G., La dottrina, cit. 1159 ss.

### 3. Necessita di risalire alle origini del concetto e di verificarne la vicenda in relazione alla dottrina ed alla giurisprudenza costituzionale dell'epoca

Data l'esistenza di sommatorie finali così differenti, appare opportuno azzerare le suggestioni ed i condizionamenti della recente dottrina e condurre una ricerca paziente che traversi l'intera giurisprudenza costituzionale per cercare di cogliere il diritto vivente nel suo divenire.

In presenza, infatti, di opzioni così diverse, tentare di ricostruire il concetto nella sua genesi e nei suoi successivi sviluppi non sembra lavoro inutile: lo studio diretto dell'ormai imponente materiale giurisprudenziale potrà sicuramente agevolare il chiarimento e così dare ragione di alcune tesi forse troppo meccanicisticamente sposate in dottrina, benché legate soltanto a particolari aspetti del diritto vivente.

È un piano che richiede un'indagine molto ampia, ed un tempo certamente non breve per essere compiutamente svolto. Tuttavia la parte di ricerca condotta limitatamente alle origini della problematica, sembra già offrire interessanti risposte ad alcuni quesiti di fondo: che cosa si intenda, in origine, per « diritto vivente »; quale sia la genesi del concetto sul piano dottrinale e per quali ragioni venga elaborato; quali le obiezioni mosse da numerosa dottrina e quali le possibili risposte; ed infine, soprattutto, quali siano gli effetti conseguenti al suo accoglimento da parte della Corte costituzionale.

A tali domande si sono cercate risposte nell'ampio ed articolato dibattito dottrinale sviluppatosi dalla seconda metà degli anni '50 alla fine degli anni '60; risposte delle quali si è verificata la consistenza attraverso una completa indagine sulla giurisprudenza dei primi dieci anni di attività della Corte costituzionale.

Al termine di questa indagine retrospettiva, risulterà certo più agevole capire il presente della dottrina del diritto vivente: vedere se ed in che misura esso coincide con il significato originario (e perché, eventualmente, non vi sia identità), disvelarne l'uso che ne fa la Corte e soprattutto i meccanismi (dommatici ma anche ideologici) ad esso sottesi.

E sarà allora possibile individuare dei criteri di valutazione in ordine ai mutamenti che tutto ciò comporta: sul piano delle regole procedurali del giudizio costituzionale, dei poteri interpretativi della Corte, del rapporto tra la Corte medesima e il giudice di rinvio, e soprattutto del ruolo che essa viene a svolgere nell'ordinamento.

Parte prima

# LE ORIGINI DEL DIBATTITO DOTTRINALE IN ORDINE AL CONCETTO DI DIRITTO VIVENTE

## 1.1 La tesi di Tullio Ascarelli come prima elaborazione dottrinale del concetto di diritto vivente

È facile individuare nel dibattito sviluppatosi fin da subito in dottrina sulla struttura e sugli effetti delle prime sentenze interpretative di rigetto (in ispecie, le decisioni n. 3 e n. 8 del 1956) la genesi della problematica del diritto vivente (1): fra le diverse teorie elaborate in merito, infatti, già nel 1957 viene tratteggiata una prima dottrina del diritto vivente, in cui se ne evidenziano le ragioni fondanti di teoria gnerale e le caratteristiche essenziali.
di teoria generale e le caratteristiche essenziali.

L'elevato numero di sentenze che dichiarano non fondata la questione interpretando la disposizione impugnata in modo difforme dal giudice a *quo*, relega ben presto in posizione residuale la tesi che equipara a tutti gli effetti tali decisioni a quelle di rigetto *sic et simpliciter* (2), ed egualmente minoritaria resta pure la tesi che attri-

---

(1) Anche per un'indagine delia giurisprudenza costituzionale sotto il particolare profilo del concetto di diritto vivente, quindi, si rivela esatto quanto profeticamente affermata da M. Gallo a commento della sentenza n. 3 del 1956: « non vorrei esagerare, ma ho l'impressione che quando tra dieci, o venti, o trent'anni, sarà lecito tentare di trarre le prime conclusioni di ordine storico dalle vicende della giustizia costituzionale nel nostro Paese, questa sentenza apparirà come uno dei momenti decisivi per lo svolgimento dell'istituto » (Id., *La legittimità costituzionale dell'art.* 57 *n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto,* in *La scuola positiva,* 1956, 451).

(2) Accennata da NUVOLONE P., *Norme penali e principî costituzionali,* in *Giur. Cost.* 1956, 1263, la tesi è più robustamente argomentata da STELLACCI P., *Se sia vincolante l'interpretazione della legge adottata dalla Corte costituzionale,* in *Arch. Pen.* 1956, 6.

A suo avviso, sia il giudice comune che il giudice di rinvio mantengono la propria autonomia interpretativa: il primo perché è subordinato solo alla legge (ex art. 101 comma 2 Cost.), e perché le sentenze di rigetto non hanno efficacia *erga omnes* (ex art. 136 Cost.); il secondo perché l'eventuale giudicato formatosi non va oltre il *thema decisum* (e quindi non copre le premesse interpretative) o l'eventuale preclusione impedisce semplicemente la riproposizione della medesima questione, né è possibile estendere analogicamente alla sentenza costitu-

buisce efficacia *erga* omnes alle sentenze interpretative di rigetto (3).

Isolate quindi le due posizioni dottrinali che, in qualche modo, tendevano a ricondurre il problema entro lo schema ben più familiare del binomio sentenza di rigetto/di accoglimento, vengono elaborate numerose teorie originali.

Individuando strutturalmente nella pronuncia interpretativa di rigetto un giudicato esplicito circa l'esatta interpretazione della disposizione. impugnata, ed un giudicato implicito valevole erga omnes circa la sua illegittimità se interpretata in modo difforme, taluni autori

---

zionale il valore vincolante del punto di diritto fissato dalla Cassazione per il giudizio di rinvio.

Stellacci è consapevole che la soluzione adottata ha un inconveniente: la sentenza costituzionale è inutiliter data, ma soprattutto il giudice potrebbe applicare la legge secondo l'interpretazione disattesa dalla Corte (e quindi, implicitamente incostituzionale). Tuttavia ritiene l'inconveniente meno grave di quanto appaia, e rimediabile o attraverso la riproposizione della *quaestio* legitimitatis (se l'errore interpretativo è della Corte) o con il ricorso ai gradi successivi di giurisdizione (se l'errore interpretativo è del giudice).

(3) La tesi viene proposta da REDENTI E., Legittimità delle *leggi* e Corte costituzionale, Milano 1957, 75 ss.; le sentenze di rigetto della Corte, per l'Autore, hanno eguale natura, autorità ed estensione delle sentenze di accoglimento; anch'esse, quindi, hanno efficacia erga omnes. Le sentenze interpretative di rigetto, in quanto di rigetto, hanno efficacia erga omnes; un altro giudice del merito diverso da quello di rimessione potrà, comunque, rimettere alla Corte la stessa disposizione purché interpretata in modo differente (e la Corte potrà, in tal caso, esprimere una decisione interpretativa di accoglimento).

Precedentemente all'inizio dell'attività della Corte, comunque, avevano espresso un orientamento simile CALAMANDREI P., La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Padova 1950, 60 (che tuttavia, nel successivo scritto Corte costituzionale e autorità *giudiziaria,* in Riv. Dir. Proc. 1956, 41, muterà opinione circa la funzione legislativa e di interpretazione autentica della Corte costituzionale, da cui faceva derivare l'effetto erga omnes delle sue decisioni interpretative, anche se di rigetto) e BALLADORE PALLIERI G., Diritto costituzionale, Milano 1955, 4ª ed. (per il quale l'efficacia erga omnes delle sentenze interpretative di rigetto è connessa alla funzione giurisdizionale di diritto oggettivo che l'Autore attribuisce alla Corte: il giudicato, quindi, non può limitarsi solo alle parti del processo a quo).

Va pure ricordata, qui, la originale posizione di JAEGER N., *Sui* limiti di efficacia *delle* decisioni della Corte costituzionale, in Riv. *Dir.* Proc. 1958, 364 *(e* poi, in modo pressoché ricalcato sullo scritto precedente, La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività, in Riv. Trim. *Dir.* Proc. Civ. 1958, 786-800) il quale, partendo dal presupposto che la giurisprudenza interpretativa della Corte ha valore di fronte di produzione giuridica (p. 375) ed ha eguale efficacia del *jus* superveniens (p. 378 s.) e che motivazione e dispositivo della decisione hanno identico rilievo (come sarebbe dimostrato dal fatto che i giudici della Corte votano e approvano collegialmente anche la parte motiva della decisione), ritiene che l'interpretazione della disposizione impugnata espressa nella sentenza di rigetto è vincolante erga omnes.

elaborano (sia pure con qualche disomogeneità) la tesi della cd. **doppia** pronuncia (4).

Partendo, invece, dal presupposto che alla Consulta sia inibita **la** possibilità di giudicare su norme, svolgendosi invece il suo sindacato esclusivamente su testi legi lativi, Montesano sostiene che la Corte *o*

---

(4) Sono riconducibili alla tesi della doppia pronuncia (o della sentenza condizionale o altresì detta della sentenza ipotetica) GIANNINI M.S., *Alcuni* caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme, in Giur. Cost. 1956, 902; CRISAFULLI V., Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria, in Giur. Cost. 1956, 929; GALLO M., *op. cit.*, 439 (e successivamente, con maggiori approfondimenti, Sulla censurabilità dell'art. 57 n. *1 c.p.* dopo la sentenza n. 3 della Corte costituzionale, in Riv. It. Dir. Pen. 1957, 99); CAPPELLETTI M., Sentenze condizionali della Corte costituzionale, in Riv. Dir. Proc. 1957, 88; CAVALLARI V., La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. i *c.p.* e il valore per il giudice comune della interpretazione della Corte costi*tuzionale*, in Riv. Dir. Proc. Pen. 1957, 1; FIORE C., *Sull'efficacia* della sentenza *costituzionale* interpretativa dell'art. 392 *c.p.p.*, in Giust. Pen. 1965, I, 100.

Tuttavia non sona poche né secondarie le accentuazioni differenti tra gli autori indicati.

Giannini ritiene che, sia per ragioni logiche (p. 923) sia per ragioni giuridiche (p. 924), ad essere vincolante non è il dispositivo ma la motivazione della sentenza costituzionale: l'Autore vede, quindi, già nelle prime sentenze interpretative di rigetto lo schema inevitabile e necessario della doppia pronuncia. Analogamente GALLO, Sulla censurabilità, cit., 101, il quale ritiene che la pronuncia implicita di illegittimità della norma non è condizionata alla testuale enunciazione nel dispositivo, poiché ciò dipenderebbe dalla formulazione della domanda del giudice a quo.

Invece secondo Crisafulli, sia la norma dichiarata valida sia quella invalidata devono formalizzarsi nel dispositivo della sentenza: in assenza di ciò, l'interpretazione non formalizzata vale solo come suggerimento moralmente autorevole ma giuridicamente non vincolante (pp. 939 e 949). Similmente Cappelletti (p. 107 s.), che inquadra la sentenza costituzionale ipotetica nella categoria processuale delle sentenze incompiute o ad accertamento incompleto.

Su posizioni autonome è invece Cavallari che, diversamente da Giannini e Gallo, nega che il giudicato implicito di incostituzionalità abbia efficacia erga *omnes* (p. 19 nota 41) e che, diversamente da Crisafulli e Cappelletti, nega la possibilità di un formale dispositivo contenente la doppia pronuncia, poiché a tanto non consentirebbero le disposizioni regalanti la materia (p. 20 nota 41).

Quanto a Fiore, la struttura della doppia pronuncia proposta in dottrina, benché opinabile, esprime però efficacemente il reale contenuto delle sentenze interpretative di rigetta della Corte. Partendo dal presupposto che «la Costitunione risulta violata tanta attraverso l'applicazione di una legge realmente anticostituzionale, quanto attraverso l'applicazione anticostituzionale di una legge costituzionalmente legittima» (p. 104), l'Autore ritiene esclusa per il giudice ordinario la facoltà di interpretare la disposizione nel modo disatteso dalla Corte, sia pure implicitamente: il che rende possibile, di fatto, che l'interpretazione della Corte si imponga come l'unica alternativa alla soluzione costituzionalmente scorretta prospettata nell'ordinanza di rirnessione (p. 105 s.).

Le rettifiche ed i successivi aggiustarnenti che la tesi della doppia pronuncia ha subito nel tempo, si spiegano w n la sua mancata assunzione da parte della

li dichiara incostituzionali o li salva, rimanendone però libera l'interpretazione e l'applicazione da parte del giudice *a quo* (5).

Diversamente, Esposito riconosce al giudice di rimessione la pos-

---

giurisprudenza costituzionale (benché qualcuno abbia ricondotto a tale teoria il succedersi di una sentenza interpretativa di accoglimento ad una sentenza interpretativa di rigetto: CONSO G., *La «doppia pronuncia» sulle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria: struttura ed efficacia*, in *Giur. Cost.* 1965, 1129).

In tal senso appare significativo che Crisafulli già nel 1965 (Id., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1965, 91) sostenga la tesi, più riduttiva, del vincolo positivo della decisione interpretativa di rigetto per il solo giudice *a quo* e che nelle sue *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova 1984, vol. II, non faccia alcuna menzione della tesi della doppia pronuncia.

Cosi come particolarmente indicativa risulta essere la proposta di *jus condendum* avanzata da GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1965, 214 di una modifica alla legge n. 87 del 1953 che mutui lo schema della doppia pronuncia col trasfondere nel dispositivo il doppio accertamento della sentenza «donde è evidente che si avrebbe una efficacia di mero accertamento per la parte relativa alla declaratoria di validità; di accertamento costitutivo con effetti *erga omnes*, invece per la parte relativa alla declaratoria di invalidità» (p. 214).

Di identico rilievo (e significato) anche la rettifica di CAPPELLETTI M., *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1967, 581 circa la necessità che la sentenza condizionale si configuri formalmente (nel senso della pubblicazione etc., non anche ovviamente negli effetti) come decisione di accoglimento (p. 583).

(5) MONTESANO L., *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.* 1958, 524. Secondo l'Autore la Corte giudica non di norme ma di disposizioni ed è quindi libera di interpretare colme crede la legge impugnata: laddove questa non sia idonea a conseguire il suo scopo (cioè l'applicazione della Costituzione) va dichiarata incostituzionale, similmente a quanto accade all'atto amministrativo viziato da eccesso di potere o al provvedimento giurisdizionale nullo. Sulla base di tali premesse, è sufficiente che la legge presenti anche solo la possibilità di interpretazione non conforme alla Costituzione perché la Corte la annulli: in caso contrario, il giudice potrebbe infatti assumere quella interpretazione illegittima (essendo esclusa la possibilità per la Corte di pronunciare sentenze interpretative).

In alcuni scritti successivi (Id., *I provvedimenti prefettizi d'urgenza e il giudizio costituzionale sui «testi legislativi ambigui»*, in *Foro* It. 1961, *1*, 1283; ID., *Giudizio costituzionale su leggi indivisibili e convalidabili*, in *Foro It.* 1963, 1, *474;* Id., *Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme*, in *Riv. Dir. Proc.* 1963, 20) l'Autore tenta un aggiornamento della sua tesi, sollecitato dalle prime sentenze interpretative di accoglimento, da quella non contemplate.

Montesana viene così, in sintesi, ad affermare che la Corte, laddove vi sia un dubbio «sostanziale» di costituzionalità può solo pronunciare sentenze di accoglimento totale o di rigetto (anche interpretative). Se invece l'incostituzionalità è «formale» (derivante, cioè, da una formulazione ambigua del testo) la Corte deve pronunciare sentenze di accoglimento totale o parziale. Mai la Corte può, invece, pronunciare sentenze di accoglimento interpretative, nemmeno su testi legislativi ambigui.

sibilità di reinterpretare la disposizione sottoposta a sindacato della Corte liberamente, purché non arrivi a farne applicazioni incostituzionali (6).

Mazziotti, a sua volta, evince dalle sentenze interpretative di rigetto conseguenze ancora diverse: al giudice *a quo* è preclusa la facoltà di risollevare la questione di legittimità della stessa norma legislativa rispetto alla stessa norma costituzionale o ad altra norma costituzionale comunque desunta dalla medesima disposizione costituzionale. Resta invece praticabile, per il giudice a quo, la proposizione di una questione di legittimità avente ad oggetto un'altra norma legislativa, pur se desunta dalla stessa disposizione legislativa già impugnata. Quanto ai giudici di processi diversi da quello principale, essi possono riproporre anche la stessa questione già rigettata, sia pure interpretativarnente, dalla Corte (7).

Per Sandulli, la sentenza interpretativa di rigetto crea solo un vincolo negativo per il giudice del processo principale, che resta libero di reinterpretare la disposizione, fatta eccezione per il significato disatteso dalla Corte (8).

---

(6) ESPOSITO C., *Osservazione a Corte costituzionale n. 10 del 1957,* in *Giur. Cost.* 1957, 72. La tesi dell'Autore si basa su due elementi di fondo. I1 primo è che la Corte giudica di disposizioni giuridiche secondo il loro espresso, o per lo meno individuato, significato storica e sistematico, che comunque è puntualmente proprio della proposizione normativa. I1 secondo è che la Corte non è obbligatoriamente tenuta a delimitare le conseguenze normative della disposizione che ha valutata conforme a Costituzione, se non nei casi in cui ritenga opportuno farlo per la possibilità che da quella disposizione salvata vengano dedotte interpretazioni incostituzionali. Così strutturata (e con le conseguenze indicate nel testo) la tesi di Esposito mira a garantire la libertà interpretativa del giudice *a quo* e ad evitare il formarsi di norme non più sottoponibili al sindacato costituzionale.

(7) MAZZIOTTI M, *Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale,* in *Giur. Cost.* 1960, 1100. Individuata la natura della questione di legittimità costituzionale nel giudizio di compatibilità tra norme di rango diverso che il giudice *a quo* ritiene espresse dalle disposizioni indicate nell'ordinanza di rinvio, ed analizzato il modo in cui la Corte può arrivare a giudicare non fondata la questione propostale (sindacando la norma indicata dal giudice *a quo* o un'altra autonomamente ricavata dalla legge impugnata), l'Autore ricava poi le conseguenze illustrate nel testo.

(8) SANDULLI A.M, *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1961, 1. È la tesi prevalente (così CRISAFULLI V,, *Lezioni,* cit. 400). Secondo l'Autore, oggetto della impugnazione del giudice *a quo* è *un* atto legislativo (non una statuizione legislativa o norma) e oggetto del giudizio della Corte è la questione di legittimità comprensiva del *petitum* e della *causa petendi:* il primo è il riscontro di compatibilità tra Costituzione *e* atta legislativo; la seconda sono i motivi che sottendono la questione di costituzionalità. Ebbene: la sentenza interpretativa di rigetto fa stato tra le parti e copre con il suo effetto di giudicato sia il *petitum* che la

Al contrario Crisafulli ritiene che il giudice a *quo* è vincolato ad applicare la disposizione salvata dalla Corte, così come questa l'ha interpretata, facendo quindi derivare dalla pronuncia interpretativa di rigetto un obbligo positivo (9).

Accanto a queste tesi, viene proposta da Ascarelli una soluzione che, a ragion veduta, va additata come la prima elaborazione del concetto di diritto vivente.

La tesi di Ascarelli (10) muove da alcune premesse di teoria generale dell'interpretazione giuridica.

La prima è la equivocità intrinseca di ogni testo legislativo, data la generalità e astrattezza della « norma » *(rectius:* legge) presupposto esistenziale della sua vigenza costante nel tempo: l'interpretazione ne permette una applicazione ad una realtà in divenire, dando del testo letture differenti, ma sempre in continuità con il dato di partenza.

---

*causa petendi.* Quindi la dichiarazione di infondatezza della questione sollevata è vincolante per il giudice *a quo:* egli non potrà interpretare la disposizione nel modo disatteso dalla Corte. Potrà invece reinterpretarla in tutti gli altri modi, poiché sull'interpretazione auspicata dalla Corte non si forma alcun giudicato vincolante. Gli altri giudici sono egualmente liberi nella loro attività interpretativa, tranne l'obbligo di risollevare la questione di costituzionalità qualora intendano interpretare la disposizione nel modo disatteso dalla Corte.

(9) CRISAFULLI V., *Ancora delle sentenze interpretative,* cit. 91. La tesi, comunque, era già stata abbozzata dallo stesso Autore, sia pure in modo parziale e con minar approfondimento, in un suo scritto precedente (Id., *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune,* in *Giur. It.* 1956, I, 1, 863). Così, pure, AZZARITI G., *Discorso del Presidente nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte,* in *Giur. Cost.* 1957, 885.

Sembra condurre alle medesime conclusioni anche l'itinerario logico giuridico di LIEBMAN E.T., *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale,* in *Riv. Dir. Proc.* 1957, 507, che distingue tra effetti principali e secondari delle sentenze costituzionali: in merito all'efficacia delle sentenze interpretative di rigetto (che però l'Autore non considera nel suo saggio, limitato, alla categoria delle decisioni semplicemente di rigetta), si dovrebbe evincere il loro valore vincolante solo per il giudice *a quo* e non invece *erga omnes.*

(10) Il saggio fondamentale in cui Ascarelli argomenta la propria tesi relativa al rapporto tra la interpretazione giudiziaria e la interpretazione della Corte costituzionale è *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione,* in *Riv. Dir. Proc.* 1957, 351, cui farà seguito il carteggio tra l'Autore e Francesco Carnelutti, pubblicato, con il titolo *In tema di interpretazione ed applicazione della legge,* in *Riv. Dir. Proc.* 1958, 14 (ivi, la lettera di Ascarelli si pone come utile puntualizzazione dello scritto precedente).

È evidente, comunque, che la tesi che si analizza nel testo affonda le proprie radici in una peculiare teoria dell'interpretazione giuridica che l'Autore aveva elaborato nei suoi poliedrici studi precedenti, fra i quali si vedano in particolare: ID., *Prefazione,* in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione,* Milano 1952; ID., *Interpretazione del diritto e diritto comparato,* in *Saggi di diritto commerciale,* Milano 1955 *e* ID., *Antigone e Porzia,* in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli,* Torino, 1960, *I,* 107. Vedi inoltre, *infra,* note 56, 57 e 58.

La seconda è l'esistenza di un nesso di strumentalità necessaria tra l'interpretazione e l'applicazione della legge: l'interpretazione è posta in funzione della applicazione della norma al caso concreto e l'applicazione a sua volta va così ricondotta al risultato dell'interpretazione.

Partendo da tali presupposti, Ascarelli descrive un processo interpretativo che definirei *circolare:* « ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo (...) e cioè in realtà la formulazione (ai fini dell'applicazione) della norma » (11). In altri termini, ed ancor più chiaramente: « la norma così è sempre e solo quella interpretativamente formulata e in funzione di una sua applicazione e in realtà non esiste se non nella sua applicazione, compiuta la quale la formulazione data passa ad essere testo, punto di partenza per nuove formulazioni, e per nuove posizioni di norme » (12).

In tale prospettiva, quindi, non esistono testi rigorosamente univoci, perché la loro univocità dipende dall'applicazione che ne è stata fatta, così come la loro intrinseca equivocità viene superata solo al momento dell'applicazione alla concreta fattispecie.

E nel momento che si è visto decisivo dell'applicazione, determinante è la scelta dell'interprete.

Trasferita questa costruzione ermeneutica sul piano concreto dei problemi aperti dalle prime sentenze interpretative di rigetto, le conseguenze che Ascarelli ne trae sono assai rilevanti: la pronuncia della Corte ha direttamente per oggetto il testo (inteso nel modo suddetto) nei cui confronti viene dichiarata l'incostituzionalità *o* dichiarata infondata la questione di costituzionalità. E proprio per le considerazioni precedenti ciò significa che « se la Corte pronuncia l'incostituzionalità di un determinato testo o dichiara infondata la questione dì costituzionalità di un determinato testo, allora *la Corte deve partire da quella portata del testo che risulta considerando le concrete applicazioni effettuatene* » (13).

Concrete applicazioni che l'Autore identifica nell'interpretazione giurisprudenziale dominante che « costituisce pertanto non già uno tra i possibili elementi ai quali far capo nella formulazione della

(11) ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit. 352.

(12) ASCARELLI T., In tema di interpretazione, cit. 15, Vedi anche, per l'identica concetto, quanto l'Autore scrive in Antigone e Porzia, cit. 115: « l'interpretazione mette alla fine anch'essa capo a una norma, e a un precedente che dovrà essere poi a sua volta interpretato, chè il risultato interpretativo è a sua volta oggetto della valutazione di ciascuno. Il suo successo è segnato dal generale accoglimento ed è attraverso di esso che la norma si fa quale interpretata ».

(13) ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit, 361. Corsivo non testuale.

norma della quale si deve valutare la costituzionalità (...), ma un elemento al quale ***si deve*** fare capo »[14].

La Corte, quindi, potrà pronunciare una sentenza di rigetto non quando il testo legislativo sia astrattamente interpretabile in modo compatibile con la Costituzione, ma solo quando esso sia così effettivamente interpretato dalla giurisprudenza ordinaria. Viceversa, laddove la giurisprudenza ordinaria interpreta il testo legislativo in modo che la Corte valuta incostituzionale, questa non potrà che annullarlo indipendentemente dalla possibilità o meno di una sua interpretazione adeguatrice alla Costituzione.

## 1.2 Alcune precisazioni su questa tesi

Sono evidenti le suggestioni che sostengono la tesi di Ascarelli: la convinzione che il testo legislativo è sempre polisenso e va quindi agganciato ad una specifica interpretazione, che non può essere solo quella letterale perché « la norma non è racchiusa nel testo (...) e l'interpretazione non è lo specchio di quanto racchiuso nel testo » [15].

L'allusione al fatto che la legge, una volta promulgata, si stacca dal legislatore ***e*** vive di vita autonoma, fin'anche ad assumere una portata differente da quella originariamente attribuitale secondo la *intentio legislatoris.*

L'esistenza di una interpretazione evolutiva che implica il cambiamento, con il tempo, del significato di una stessa formula legislativa.

La necessaria conciliazione tra passato e futuro, tra formulazione astratta e applicazione concreta ***e*** quindi la convinzione che oggetto del sindacato della Corte debba essere la norma effettivamente vigente, non « un'altra, del tutto immaginaria, che essa si è creata ***in vitro,*** senza alcuna corrispondenza con la realtà » [16].

Meno evidenti, invece, appaiono taluni elementi costitutivi della teoria qui analizzata (anche a causa di una terminologia dell'Autore non facilmente riconducibile entro schemi linguistico-giuridici consueti) e la linea di confine con altre posizioni dottrinali ad essa contigue: è opportuno, allora, fare alcune precisazioni in merito.

---

(14) ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit. **362.** Corsivo non testuale. L'interpretazione giurisprudenziale dominante assume un molo vincolante perché il testo viene considerato ai fini dell'apprezzamento della sua costituzionalità. Laddove, invece, il testo viene considerato ai fini della formulazione della norma da osservare nel caso concreto, l'elemento dell'interpretazione giudiziaria prevalente si stempera tra tutti gli altri canoni ermeneutici di cui il giudice può **fare** uso.

(15) ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit. 356.

1. Innanzitutto il concetto di *testo* e di *norma,* così come assunti nella tesi di Ascarelli.

Nella loro accezione giuridicamente più precisa [17] il primo viene a indicare il contenuto prescrittivo dell'atto legislativo, assumendo quindi una valenza statica e astratta; il secondo, invece, viene ad indicare il risultato interpretativo di una formula scritta posta dal legislatore, assumendo quindi una valenza dinamica e, in una certa misura, soggettiva.

La distinzione, è noto, ha svolto la funzione di vero e proprio spartiacque all'interno della dottrina che si è occupata di giustizia costituzionale, dividendo coloro che individuano come oggetto del sindacato di costituzionalità il testo legislativo [18] da quanti, al contrario, ritengono che la Corte giudichi di norme [19].

Benché la *querelle* risulti oggi assai stemperata (sia per il dato

---

(16) Così BARILE P., La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose, in Foro It. 1962, I, 857: si tratta, come si dirà oltre, di uno dei pochi interventi dottrinali che si collocano su posizioni sostanzialmente omogenee a quella di Ascarelli.

(17) Si veda, in merito, il classico scritto di CRISAFULLI V., Disposizione (e norma), voce dell'*Encicl.* Dir., Milano 1964, vol. XIII, 195. Un'interessante ricostruzione della lenta evoluzione dottrinale in ordine alla distinzione concettuale tra testo e norma, inquadrata all'interno del più ampio problema del rapporto tra impugnazione ed interpretazione della legge, si può leggere in LASERRA G., La Corte costituzionale e l'interpretazione della legge, in Giur. It. 1961, LV, 187.

(18) A titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, nel periodo considerato dall'indagine dottrinale condotta si possono indicare a favore di questa tesi i seguenti autori: NUVOLONE P., *op. cit.*, 1263; ESPOSITO C., op. *cit.*, 72; MONTESANO L., *op. cit.*, 6; ANDRIOLI V., Sequestro di giornali e libertà di stampa, in Foro *It.* 1959, I, 1754; AMATO G., La difficile agonia dell'art. 2 T.U. legge di P.S., in *Dem.* Dir. 1961, 307 s.; LASERRA G., *op. cit.*, 191; SANDULLI A.M., *op.* cit., 6; PORZIO M., Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale, in *Arch.* Pen. 1966, I, 272.

(19) Anche per questa tesi, con i limiti indicati nella nota precedente, si possono segnalare i seguenti autori: GIANNINI M.S., *op. cit.*, 902; CRISAFULLI V., Questioni in tema di interpretazione, cit. 947; GALLO M., Sulla censurabilità, cit. 99. Si vedano, inoltre, CORDERO F., «Principio di diritto» e pronuncia negativa della Corte costituzionale, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1962, 265 e POMODORO S., Interpretazione della legge e giudizio di legittimità costituzionale, in Arch. Ric. Giur. 1962, II, 10: entrambi manifestano forti perplessità, comunque, sulla contrapposizione testo/norma.

È interessante rilevare che fin dall'inizio della sua attività la Corte costituzionale appare ammettere il proprio sindacato sulle norme: così almeno si evince dal discorso inaugurale del Presidente E. De Nicola, pronunciato il 23 aprile 1956 in occasione della prima udienza pubblica della Corte. Ivi, infatti, si legge che, tra le quattro funzioni attribuite alla Corte costituzionale, la più rilevante è «il sindacato di legittimità costituzionale di una legge — e si può aggiungere: *o* di una norma di legge» (in Giur. Cost. 1956, 168, corsivi non testuali).

oggettivo della cittadinanza ormai acquisita dalle sentenze interpretative tra gli strumenti di cui si serve la Corte, certo non spiegabili a ritenere che questa giudichi solo di disposizioni, sia per l'elaborazione di posizioni critiche rispetto al binomio testo/norma [20]) tra gli anni '50 e '60 essa è estremamente vivace.

---

[20]) Sul valore probante delle decisioni *lato sensu* interpretative come conferma che la Corte giudica di norme e non di disposizioni, insiste soprattutto CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento,* in *Scritti in memoria di P. Calamandrei,* Padova 1957, vol. IV, 289 nota 16 (con riferimento alle sentenze interpretative di rigetto) e ID., *Le sentenze interpretative della Corte costituzwnale,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1967, 19 ss. (con riferimento alle sentenze di accoglimento per omissione).

Evidenzia criticamente come, nei fatti, la giurisprudenza costituzionale si orienti nel giudicare di norme anche PACE A., *Identità o differenza tra la questione di costituzionalità della norma e la questione di costituzionalità dell'interpretazione?,* in *Giur. Cost.* 1965, 1650.

Già agli inizi degli anni '60, comunque, si pongono le basi per un. ripensamento critico della contrapposizione (fino ad allora netta e recisa) tra testo e norma.

In tal senso PIZZORUSSO A., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1963, 365 ss. Secondo l'Autore (che pure si schiera per la tesi della norma, invitando però la Corte a ridurre l'uso delle sentenze interpretative e comunque, nel caso, a formulare dispositivi quanto più chiari possibili) il problema è essenzialmente terminologico, una volta dimostrata che la Corte non conosce vincoli di diritto positivo nello scindere il testo, e che la scissione talvolta può essere solo ideale e non formale (cioè con agganci testuali).

Su posizioni simili anche BRANCA G., *L'illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale,* in *La giustizia costituzionale,* Firenze 1966, 62: benché egli ritenga che la Corte giudichi del testa, mutua poi una nozione ampia di divisibilità dell'atto legislativo tale da ridurre la distinzione tra disposizione e norma quasi ad un'endiadi. Secondo l'Autore, infatti, le parole di un testo sono rilevanti non come segni grafici ma come! segni significanti: « la differenza è solo esteriore e chi non lo riconoscesse confonderebbe le parole come segni da vedere e come suoni da sentire con le parole come mezzi espressivi: sotto quest'ultimo aspetto la proposizione che dice « x, y » non è diversa da quella che dice « z » se in « z » stanno, pur non dette « x e y » ».

In modo ancora più netto e con maggior sistematicità, RESCIGNO G.U., *Per la distinzione tra questione di costituzionalità e argomentazioni del giudice a quo - Sul potere del prefetto di respingere la domanda di oblazione,* in *Giur. Cost.* 1967, 1053. Secondo l'Autore oggetto del giudizio di costituzionalità è la proposizione normativa, intesa come « ogni proposizione in senso logico-grammaticale che abbia significato normativo compiuto » (p. 1059): essa non coincide, quindi, con il linguaggio del legislatore (articolo, comma) ricavandosi invece da ciascun articolo o comma, oppure dalla unificazione di più articoli o commi contemporaneamente, attraverso operazioni logiche più o meno complesse.

Così operando, si individuano due tipi di proposizioni normative: quelle formulate dal legislatore e quelle ricostruite dall'interprete.

Le prime vengono formulate con il materiale linguistico scritto della frase originaria, solo disposto in modo diverso (ad esempio sciogliendo congiunzioni

Ed è opinione comune, in forza di una indubbia identità terminologica (ma, come vedremo, concettualmente fuorviante), che anche Ascarelli vada collocato tra coloro che individuano nel testo l'oggetto del giudizio costituzionale [21].

In realtà il procedimento interpretativo circolare assunto nella teoria dell'Autore, nega la dicotomia testo/norma sopra descritta, perché l'uno è presupposto esistenziale dell'altra e viceversa: la norma vive come norma solo nel momento in cui viene applicata; ma una volta espressa ai fini della sua applicazione al caso concreto, torna ad esserci soltanto testo. Ascarelli insiste, quindi, sul concetto di testo come oggetto del giudizio costituzionale, perché esso racchiude l'applicazione giurisprudenziale concreta (per dirla con l'Autore: è « il passato », è « un dato storico », è « un comportamento »).

In realtà, sia pure in modo implicito ed involuto, taluna dottrina [22] intuisce la peculiarità della concettuologia di Ascarelli, ma non ne coglie gli sviluppi conseguenti, invero di notevole importanza.

Così Crisafulli, parlando della contrapposizione tra disposizione e norma, rileva che per Ascarelli « la norma vive come norma solo nel momento in cui viene applicata al di qua essendoci soltanto il testo » [23] mentre per lui la norma si pone « come prodotto o risultato (...) dell'interpretazione dei testi » [24]. E evidente ***la differenza teorica*** tra i due autori. Per il primo la norma esiste solo con l'appli-

---

e disgiunzioni, esplicitando più proposizioni contenute implicitamente 'in una sola, etc.). Le seconde sono interpretative delle precedenti *(e* quindi formalmente diverse ma sostanzialmente eguali) oppure vengono dedotte logicamente da quelle (e quindi sono formalmente diverse ma sostanzialmente contenute nelle prime). Stando così le cose, « la cd. distinzione fra disposizione e norma è esatta solo se intesa in questo senso, ma è errata se intesa alla lettera come distinzione tra materia e forma, giacché non esiste proposizione che non sia norma *(e* cioè che non significhi qualcosa da un punto di vista normativo) e non esiste norma che non sia formulata con una proposizione » (p. 1060, corsivo non testuale).

(21) Così erroneamente fanno AMATO G., *op. cit.*, 307; MONTESANO L., I provvedimenti prefettizi d'urgenza, cit. 1284; SANDULLI A.M., op. cit., 1; PIZZORUSSO A., *op.* cit., 366 nata 37.

(22) Così ANDRIOLI V., Ancora sulla figura del Ministro giudice nella Costituzione della Repubblica, in Dir. Giur. 1958, 3: « Si è contrapposto con maggior compiacimento da parte dell'Ascarelli, il testo, che formerebbe l'oggetto della pronuncia della Coste costituzionale, alla norma, e si è puntuaiizzato l'interesse della ricerca nella scelta tra le possibili interpretazioni del testo (e cioè, se ho bene inteso, tra le varie norme) ». In modo sostanzialmente analogo, VASSALLI *G.*, La vicenda dell'istruzione sommaria dinanzi alla Corte costituzionale, in *Giur.* Cost. 1965, 1093 nota 9 e PACE A., *op. cit.*, 1652. Così, infine, Crisafulli come più precisamente si dice nel testo e nelle note seguenti.

(23) CRISAFULLI V., Le sentenze interpretative, cit., 2 nota 1.

(24) CRISAFULLI V., *op. ult. cit.*, loc. cit.

cazione: egli parla solo di norme viventi; per il secondo la norma esiste come possibile risultato ermeneutico: egli parla anche di norme ipotetiche [25]. Ma altrettanto evidente è *la differenza concreta* tra i due atteggiamenti. Se diciamo che la Corte giudica di norme, seguendo la tesi di Ascarelli, tali norme non potranno che essere quelle indicate dall'applicazione giurisprudenziale: il diritto vivente, quindi, è vincolante. Se diciamo che la Corte giudica di norme, seguendo la tesi di Crisafulli invece, tali norme potranno anche essere quelle ricavabili autonomamente dalla Corte: il diritto vivente, quindi, non è vincolante.

2. Va marcata anche la differenza tra la tesi di Ascarelli e altre posizioni dottrinali che pure attribuiscono un ruolo rilevante (ed in una certa misura vincolante) all'applicazione giurisprudenziale.

Così Montesano secondo il quale, come si è detto, l'atto legislativo va annullato quando è inidoneo al suo fine di realizzare la Costituzione. Il che può emergere sia dal penetrante giudizio interpretativo della Corte, libera nella lettura che deve fare dell'atto impugnato, sia dal « rawisare in orientamenti giurisprudenziali, pur se non costanti o prevalenti, l'indice che la legge funziona incostituzionalmente » [26].

L'applicazione giudiziaria, in tale prospettiva, viene a collocarsi come figura sintomatica della incostituzionalità della legge, ed in questo ruolo risulta vincolante per il giudizio di legittimità costituzionale. Esiste, quindi, un indubbio rapporto con la teoria del diritto vivente: tuttavia non meno evidenti appaiono le differenze con la tesi di Ascarelli.

Innanzitutto la qualificazione dell'applicazione giurisprudenziale: secondo Montesano, per vincolare la Corte non necessariamente si deve configurare come prevalente, essendo sufficienti anche orientamenti giurisprudenziali « già verificatisi », anche « non costanti », purché « non eccezionalissimi o aberranti ». Al contrario, per Ascarelli essa deve essere dominante, per risultare vincolante ai fini del sindacato di costituzionalità.

In secondo luogo il vincolo derivante dall'applicazione giudiziaria (comunque qualificata). Per Montesano esso è funzionante *a senso unico:* è sufficiente per costringere la Corte a dichiarare incostituzionale

---

(25) I1 termine « norma ipotetica » viene assunto nel testo in una accezione generica e di mera contrapposizione figurata a quello di « norma vivente ». Non è quindi mia intenzione riferirmi ad esso nel senso, ben preciso e giuridicamente significante, indicato da GIANNINI M.S., *op. cit.*, 922.

(26) MONTESANO L., Norma e formula legislativa, cit., 534. Vedi anche ID., I provvedimenti prefettizi d'urgenza, cit., 1289.

l'atto legislativo, ma non basta a impedirne l'annullamento (qualora la Corte sia persuasa che, a prescindere dall'applicazione costituzionale fattane, il testo legislativo presenti una formulazione ambigua).

Al contrario, per Ascarelli l'interpretazione giurisprudenziale è determinante sia nell'annullare la disposizione impugnata, sia nel salvarla in forza di un'interpretazione adeguatrice vivente,

3. Egualmente indubbio è il rapporto tra la tesi di Ascarelli e quella più tardi elaborata da Carnelutti che, recuperandone molte delle suggestioni di fondo, arriva a teorizzare la dipendenza della Corte costituzionale dal giudice a *quo* quanto all'interpretazione della legge impugnata (27).

Benché l'impalcatura di supporto sia la stessa (27 bis), non è possibile leggere il saggio di Carnelutti come una sorta di interpretazione autentica della tesi di Ascarelli. I1 rapporto, caso mai, si awicina di più a quello di genus a species: all'interno della dottrina del diritto vivente giurisprudenziale, tale matrice va specificata come l'interpretazione dedotta nell'atto introduttivo del processo costituzionale.

Più avanti si analizzerà criticamente tale dottrina (27 ter): qui è sufficiente disvelarne l'apparente similitudine con la teorica del diritto vivente così come concepita da Ascarelli. Invero la singola interpretazione del giudice di rimessione (non supportata da un omogeneo orientamento giurisprudenziale) è intrinsecamente inadatta ad esprimere il modo in cui quella legge viene storicamente applicata dalla maggioranza dei giudici: vincolando la Corte all'isolata lettura dell'ordinanza di rinvio, quindi, si torna a configurare il sindacato di costituzionalità come astratto, incapace (rectius: impossibilitato) a misurarsi con l'effettività dell'operato dell'ordine giudiziario.

---

(27) **CARNELUTTI** F., Poteri delta Corte costituzionale in *tema* di interpretazione *della* legge impugnata, in Riv. Dir. Proc. 1962, 349.

(27 bis) È lo stesso Carnelutti che, all'inizio del suo saggio, espressamente riconosce che « vengano tosto in mente certe idee dell'ultimo Ascarelli, in tema di interpretazione » (ID., *op.* utt. cit., loc. cit.).

(27 ter) Proprio per il rapporto di genus a species evidenziato nel testo, si è preferito (anche per una ragione di sistematicità della ricerca) analizzare la tesi di Carnelutti nel paragrafo 4.2 dedicato, all'identificazione delle singole matrici giurisprudenziali del diritto vivente (ivi compresa, quindi, l'interpretazione del giudice a quo).

## 2.1 Le obiezioni mosse dalla prevalente dottrina ad un concetto di diritto vivente di matrice giurisprudenziale

Al suo comparire, la tesi di Ascarelli è soggetta ad una raffica di critiche.

Il saggio in cui viene compiutamente illustrata, ospitato sulla *Rivista* di *Diritto Processuale,* è seguito da una postilla della Direzione (F.C.: Francesco Carnelutti) (28) che garbatamente ma espressamente la sconfessa (e sarà l'inizio di una reiterata polemica tra i due autori, fino al 1962 quando in una nota Carnelutti sostanzialmente tornerà sui suoi passi (29)). Le adesioni raccolte in dottrina sono solo occasionali e comunque espresse con affermazioni non estreme *e* limitatamente vincolanti (30). Al contrario, le prese di distanza risul-

---

(28) CARNELUTTI F., *Postilla,* in *Riv. Dir. Proc.* 1957, 363.

(29) Già si è segnalato (cfr. nota 10) il carteggio tra i due autori, pubblicato l'anno successivo nella stessa *Rivista di Diritto Processuale.* I1 sostanziale *revirement* di Carnelutti cui si fa riferimento nel testo, risulta evidente nel suo saggio *Poteri della Corte costituzionale,* cit., 349: ivi (come si vedrà dettagliatamente oltre) l'Autore teorizza come matrice di un diritto vivente vincolante per la Corte costituzionale addirittura l'interpretazione proposta dal singolo giudice *a quo.*

(30) Per una adesione *ante litteram* alla tesi (non ancora, compiutamente elaborata) del diritto vivente di matrice giurisprudenziale si veda TREVES *G.,* *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza,* in *Giur. Cost.* 1956, 994, che approva in generale il ricorso della Corte al diritto vivente per interpretare la disposizione impugnata (anche se nel caso di specie, la sent. n. 8 del 1956, non ritiene probante il richiamo ivi fatto alla giurisprudenza dell'ultimo decennio, non essendo questa unanime).

Successivamente al saggio di Ascarelli, si vedano le prudenti adesioni (non prive di distinguo) di PIERANDREI F., *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia,* in *Giur. Cost.* 1962, 562 (secondo cui la Corte, nell'ermeneutica della legge impugnata, attribuisce particolare rilievo all'interpretazione giurisprudenziale delle più alte magistrature); ANDRIOLI V., *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1962, 551 (il quale parte dal presupposto che « l'ordinamento positivo (dico) consta non solo del diritto scritto, ma del diritto vivente, a sua volta costituito dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla pratica applicazione dei testi » e sviluppa poi, da tali premesse, una propria originale teoria sui giudizi di valore sottesi alle decisioni della Corte); BARILE P., *op. cit.,* 855 (che, recuperando la tesi di Ascarelli, ritiene preclusa alla Corte la possibilità di assumere norme prive del tutto di corrispondenza con la realtà, ferma restando però la sua libertà interpretativa); BARTHOLINI S., *Di un caso di rilevanza dinanzi alla Corte Costituzionale dell'esecuzione della disposizione impugnata,* in *Spunti di diritto costituzionale,* Padova 1962, 5; POMODORO S., *op. cit.,* 5 ss. (l'Autore ammette, in via teorica, che la Corte dovrebbe rimettersi all'interpretazione della legge impugnata fattane da una giurisprudenza preesistente ed uniforme, ma ritiene che ciò, di fatto, sia precluso dalla impossibile realizzazione di tali presupposti esistenziali).

È soprattutto cm la vicenda delle garanzie difensive nell'istruttoria sommaria su cui la Corte interviene, in rapida successione, con le note sentenze

tano ben più numerose e, talvolta, formulate drasticamente: così quando si colloca la tesi del diritto vivente di matrice giurisprudenziale tra quelle « manifestamente inattendibili » (31) o la si qualifica come « un'ipotesi lontana dalla realtà, proposta quasi in via sperimentale o con intenti polemici da parti opposte, ma subito confutata vittoriosamente » (32). Lo stesso Ascarelli, con una classica *excusatio non petita* (ed in quanto tale particolarmente indicativa) esordisce nel suo fondamentale saggio più volte citato, affermando di essere « conscio di un'eterodossia forse troppo grave » (33) nell'avanzare le argomentazioni ricordate.

Un'eterodossia awerso la quale la dottrina prevalente muove numerose ed eterogenee obiezioni sia sul piano delle premesse di teoria generale, sia sul piano della praticabilità e degli effetti concreti conseguenti alla tesi del diritto vivente giurisprudenziale $ (33 bis).

1. L'errore di fondo nella teoria elaborata da Ascarelli consisterebbe nell'aver confuso il momento dell'interpretazione della legge con quello della sua applicazione. Se si può, infatti, accettare di ricondurre l'applicazione nel quadro dell'interpretazione, appare invece

---

n. 11 del 1965 (interpretativa di rigetto) e n. 52 del 1965 (interpretativa di accoglimento) che i consensi alla teoria del diritto vivente si fanno più espliciti: MONTONE I., La Corte costituzionale e l'istruzione sommaria, in Giust. Pen. 1965, I, 108 (che critica la prima delle due pronunce della Carte perché sganciata dalla norma vivente) e ELIA L., Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la Magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria, in *Riv .It.* Dir. Proc. Pen. 1965, 559 s. (che vede nella vicenda suddetta, globalmente considerata, un successo del criterio del diritto vivente nella interpretazione della disposizione da raffrontare con il parametro costituzionale, senza che ciò si debba configurare come un cedimento all'esegesi giurisprudenziale dominante),

(31) LASERRA G., *op. cit.*, 192 e nota 13.

(32) LIEBMAN E.T., Legge e interpretazione *nel* giudizio di legittimità costifuzionale, in Riv. Dir. Proc. 1966, 572 s.

(33) ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit., 351.

(33 bis) È evidente che le reazioni dottrinali negative sono diversamente graduate. Netta e radicale è la contrarietà di quegli autori secondo i quali la Corte giudica non di interpretazioni ma di disposizioni legislative: tesi che preclude a priori ogni discorso di diritto vivente, Per quelli, invece, che identificano l'oggetto del giudizio costituzionale nella norma, tendenzialmente non esiste una aprioristica opposizione di principio, facendo problema piuttosto il carattere vincolante del diritto vivente (o, comunque, alcune conseguenze della tesi di Ascarelli).

Tuttavia la polemica intorno al diritto vivente vede schieramenti molto fluidi (prova ne sia che, spesso, chi critica la tesi di Ascarelli sotto un certo profilo, la difende poi dalle critiche mosse da profili differenti): è per questo che, nel testo, si è preferito compiere una ricognizione delle obiezioni, evitando di collocarle entro filoni dottrinali non facilmente predeterminabili,

inesatto ritenere (come presuppone Ascarelli) che la norma esista solo se applicata al fatto, essendovi prima di ciò non un precetto ma un testo evidentemente privo di un suo intrinseco valore cogente (34).

2. La Corte giudica della costituzionalità della legge per ciò che essa dispone, non per ciò che i giudici (o altre autorità) credono che disponga. Va quindi negato l'altro presupposto della teoria ascarelliana relativo all'intrinseca natura polisensa del testo legislativo: questo avrebbe comunque un suo valore oggettivo che non può essere negato in forza della soggettività propria di ogni operazione interpretativa (35).

3. In termini di diritto positivo, la tesi di un diritto vivente determinato dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale e vincolante per la Corte costituzionale nell'esegesi che deve compiere della legge impugnata, manca di un qualsiasi fondamento (36).

4. Nei confronti della disposizione impugnata la Corte è libera di interpretarla, sia per la mancanza sul punto di una esclusiva com-

---

(34) È questa l'obiezione che fin dal principio, muove CARNELUTTI F., Postilla, cit., 364, poi meglio precisata nella lettera di risposta ad Ascarelli (pubblicata in In tema di interpretazione, cit., 24): ciò che l'Autore contesta a quest'ultimo è l'idea per cui « la norma non esiste se non se *e* quando avviene il fatto, al quale deve essere applicata. *Se* Lei mi dice che non opera, prima, posso convenire; ma che non esista, sarebbe come dire che non esiste il fucile fino a che non spara »; a suo parere, invece, la norma è già nel testo, inteso come costrutto di parole significanti.

Recupera 10 stesso argomento, con eguale vis polemica, CORDERO F., *op. cit.*, 266: ritenere l'interpretazione un prius rispetto al dato normativo precettivo, significa confondere il fenomeno gnoseologico con quello giuridico, per cui « muovendo da questa premessa solipsistica, si dovrebbe concludere che una testimonianza o un documenta non sono una prova, finché il giudice non li valuta ». Egualmente critico in tal senso è pure POMODORO S., *op. cit.*, 3.

(35) Così MAZZIOTTI M., *op. cit.*, 1105 e GROTTANELLI DE' SANTI G., Considerazioni *sull'attività* interpretativa della Corte costituzionale, in Arck. *Giur.*, CLXII, 1962, 83. CHIARELLI G., *Processo* costituzionale e teoria dell'interpretazione, in Foro *It.* 1967, 25, attraverso un parallelo tra le regole del linguaggio e le regole dell'interpretazione giuridica (p. 28, nota 5) evidenzia come il presupposto dell'univocità del testa non sia logicamente arbitrario e riduce la non univocità della formulazione legislativa a mera constatazione di una frequenza riscontrabile nella pratica (p. 28).

(36) LASERRA *G.*, *op. cit.*, 191 nota 13: « tale tesi appare completamente priva di legittimità, perché manca di una qualsiasi fonte positiva che giustifichi l'adozione di un siffatto canone ermeneutico in danno della ordinaria ermeneutica legale (come della sua puntualità e tipicità) ».

petenza del giudice (37), sia perché tra le tante norme possibili l'unica munita di effettività è quella da essa scelta (38), sia per il potere/dovere della Corte di verificare, attraverso la propria interpretazione, se le norme che il giudice a *quo* ha ricavato dalle disposizioni impugnate sono effettivamente espresse da tali dati testuali (39).

Coerentemente, quindi, la Corte ha sempre rivendicato per sé tale libertà ermeneutica; né può ritenersi che ciò venga meno laddove il giudice di costituzionalità esplicitamente aderisce ad un'opera interpretativa già da altri compiuta, perché anche in simili ipotesi la Corte opta per questa soluzione in base ad una sua libera scelta (40).

5. A fronte di una disposizione suscettibile di più significati normativi divergenti, la Corte opta per un'interpretazione adeguatrice che ne salvi la costituzionalità (41) e lo stesso giudice ordinario è chiamato a collaborare in ciò con la Corte, scegliendo una lettura costituzionalmente compatibile della disposizione da applicare, in luogo di una eventuale costante applicazione incostituzionale (42).

6. Un'indagine volta ad accertare il prevalente orientamento giurisprudenziale relativo all'interpretazione di una data disposizione è assurda ed impraticabile (43): invero, non esiste alcun metro certo di valutazione per stabilire quando un orientamento giurisprudenziale

---

(37) MAZZIOTTI M., *op. cit.*, 1120.

(38) CORDERO F., *op. cit.*, 267.

(39) CRISAFULLI V., Una sentenza « difficile», in Giur. Cost. 1966, 1163.

(40) Anche l'adesione ad un indirizzo giurisprudenziale prevalente sarebbe, quindi, un atto interpretativo scevro da ogni vincolo di sorta: così VASSALLI G., *op.* cit., 1094. Insiste molto sulla reiterata rivendicazione della Corte circa la propria libertà interpretativa CRISAFULLI V., Il « ritorno » *dell'art.* 2 della legge di pubblica sicurezza davanti alla Corte costituzionale, in Giur. Cost. 1961, 895.

(41) CRISAFULLI V., *op.* ult. *cit.*, loc. cit.

(42) MAZZIOTTI M., *op. cit.*, 1105. Seconda l'Autore tale collaborazione deriverebbe dall'esistenza di una presunzione di legittimità delle leggi, « la quale esige che le espressioni non del tutto perspicue di esse siano interpretate in modo da armonizzarle con la costituzione». Sul medesimo presupposto si fonda la cd. « costruzione: deiia legge », criterio; ermeneutico suggerito, sulla falsariga di una consolidata giurisprudenza e dottrina statunitense, da PIERANDREI F., Libertà sindacale e impresa a « prevalente partecipazione statale », in Giur. It,, 1960, I, 1, 353 ss.

(43) In modo così deciso LASERRA G., *op. cit.*, 192 nota 13, che fa leva sulla precedente, negativa, esperienza delle massime consolidate della Cassazione.

Analogamente POMODORO S., *op. cit.*, 7, secondo cui la priorità *in tempore* necessaria per potersi parlare 'di orientamento giurispnidenziale prevalente è impassibile a realizzarsi de *jure* condito, mentre per la Corte costituzionale nei suoi primi anni di attività è stato possibile far riferimento ad essa « perché si trattava di leggi antiche, e soprattutto per il fatto che la Corte costituzionale era entrata in funzione otto anni dopo la promulgazione della Costituzione».

possa dirsi consolidato, cioè definitivo ed immutabile; al contrario, Cassazione e giudici ordinari sono liberi di cambiare orientamento in qualsiasi momento (44).

7. Il criterio, proposto da Ascarelli, della giurisprudenza prevalente non è utilizzabile laddove oggetto del giudizio di costituzionalità sia una disposizione che, finora, non ha mai conosciuto alcuna applicazione (45).

8. Anche a ritenere che quando si parla di giurisprudenza prevalente si intenda riferirsi a quella propria della Cassazione nella sua funzione nomofilattica, ostativi risultano i limiti intrinseci all'attività interpretativa della Suprema Corte.

Innanzitutto, la sua competenza come giudice di ultimo grado non è esaustiva (ne sono esclusi i tribunali militari in tempo di guerra, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti) (46).

In secondo luogo, la sua giurisprudenza non solo manca di omnicomprensività (non essendosi ancora pronunciata su talune disposizioni di legge) ma spesso risulta anche ancipite. In tali ipotesi, allora, la Corte costituzionale dovrebbe segnare il passo, in attesa che si formi un consolidato indirizzo giurisprudenziale di Cassazione (47).

Più in generale, va rilevato che l'interpretazione della Cassazione (fatta eccezione per la fissazione del « punto di diritto ») non vincola il più modesto dei giudici essendo un precedento di mero fatto: a fortiori, allora, non potrà limitare i poteri interpretativi della Corte costituzionale (48). E comunque, ritenendo la Corte vincolata all'esegesi della Cassazione (con conseguente restringimento dell'autonomia interpretativa dei giudici di grado inferiore ai fini della promozione

---

(44) Così FIORE C., *Sull'efficacia* della sentenza costituzionale interpretativa *dell'art.* 392 *c.p.p.*, in Giust. Pen. 1965, I, 101.

(45) SU tale obiezione concordano ANDRIOLI V., Ancora sulla figura del Ministro giudice, cit., 3 s. (il quale evidenzia, inoltre, come nel settore delle delibere regionali impugnate in via d'azione sia esclusa a priori la possibilità di un'interpretazione dominante) e CRISAFULLI V., Ancora delle sentenze interpretative, cit., 99.

(46) Evidenzia tale limite di competenza ANDRIOLI V., Ancora sulla figura del Ministro giudice, cit., 4.

(47) Così ANDRIOLI V., Ancora sulla figura del Ministro giudice, cit., 5 e QASSALLI G., *op. cit.*, 1092.

(48) Concordano sul rilievo STELLACCI P., *op. cit.*, 10; ANDRIOLI V., Motivazione a dispositivo, cit., 546; VASSALLI G., *op. cit.*, 1092. Manifesta perplessità circa un ruolo nomofilattico della Cassazione nei confronti della Corte costituzionale LOMBARDI G., Sentenze « correttive » di rigetto della Corte costituzionale come *sentenze* di *accoglimento* in rapporto al « punto di diritto », in Giur. It. 1961, I, 1, 1161 s.

del giudizio di costituzionalità) si finisce per svilire il polmone del nostro sistema di giustizia costituzionale, che ha voluto riconoscere a tutti i giudici il potere di impulso nei confronti del sindacato di costituzionalità [49].

9. L'interpretazione giurisprudenziale prevalente non può risultare elemento decisivo e vincolante ai fini del sindacato di costituzionalità.

Sul piano teorico, l'esistenza di una presunzione di legittimità costituzionale per la legge post constitutionem, le risorse infinite dell'ermeneutica che possono portare in ogni caso ad una lettura incostituzionale della legge e la mancanza di un rapporto di subordinazione organica della Corte all'interpretazione giudiziale, sono tutti elementi che denotano come la Corte non possa dichiarare illegittima una legge sol perché viene interpretata in modo incostituzionale [50].

Sul piano pratico, le conseguenze derivanti dalla tesi di Ascarelli sarebbero aberranti: la Corte dovrebbe far salva la disposizione impugnata qualora la sua interpretazione dominante sia conforme a Costituzione « nonostante l'evidenza dell'errore interpretativo che condiziona la legittimità della disposizione; e nonostante l'attualità dell'interpretazione 'anticostituzionale' fornita dal giudide a quo! » [51]. Così come, nell'ipotesi contraria alla precedente, la Corte dovrebbe invece eliminare la disposizione impugnata « non appena si imbatte in un orientamento temporaneo dominante — e non importa se palesemente erroneo — tale da determinare un'applicazione della legge incompatibile con la Costituzione » [52]: il che, tenuto anche conto dei tempi lunghi dell'attività legislativa parlamentare, crea le condizioni per pericolosi e non pienamente giustificati vuoti normativi [53].

10. Sostenendo che la Corte è vincolata al prevalente orientamento della giurisprudenza comune, « risulterebbe violato il prin-

---

(49) Così VASSALLI G., *op. cit.*, 1092.

(50) Per le prime due obiezioni si veda JAEGER N., *Sui* limiti di efficacia, cit., 383 s.; per la terza, invece, LIEBMAN E.T., Legge e interpretazione, cit., 573.

CORDERO F., *op. cit.*, 266 e nota 16, critica la distinzione ascarelliana tra l'interpretazione del testo in funzione del giudizio di costituzionalità e l'interpretazione del testo ai fini della sua applicazione da cui deriverebbe un diverso ruolo dell'esegesi dominante della giurisprudenza (vedi supra, nota 14). Al contrario, per l'Autore l'indagine giudiziale si rifà sempre ai medesimi criteri in entrambe le ipotesi e, conseguentemente, sempre identico è il ruolo (persuasivo ma non vincolante) dell'interpretazione giurisprudenziale.

(51) FIORE C., *op. cit.*, 102.

(52) FIORE, *op. cit.*, 101. Similmente MAZZIOTTI M., *op. cit.*, 1105.

(53) L'indicazione dell'inconveniente è comune: vedi, per tutti, JAEGER N., Sui *limiti* di efficacia, cit., 383.

cipio della libera valutazione da parte di ogni giudice (e quindi, nella specie, della Corte) della fattispecie sottoposta al suo esame (salvo che in materia sussistano limiti determinati dalla presenza di un giudicato): principio di cui non è nient'altro che una manifestazione l'art. 101, comma 2, Cost., secondo il quale 'i giudici sono soggetti soltanto alla legge' » (54).

## 2.2 Le possibili risposte alla levata di scudi dottrinale

La ***levata di scudi*** dottrinale contro la tesi di Ascarelli è, come si è visto, diffusa e generalizzata. Eppure nessuna delle pur numerose obieziani ad essa mosse sembra invincibile, e nella stessa dialettica dottrinale all'epoca sviluppatasi intorno al concetto di diritto vivente (più comunemente chiamato, allora, criterio interpretativo di ***concretezza*** storica (55)) è possibile individuare adeguate risposte alle critiche precedentemente ricordate.

1. Quanto all'accusa, rivolta ad Ascarelli, di aver confuso il momento dell'interpretazione della legge con quello della sua applicazione, il problema essenzialmente dipende dall'opzione metodologica di partenza.

Il pensiero di Ascarelli in relazione all'interpretazione e all'applicazione del diritto espresso nel suo saggio del 1957, rappresenta il punto di approdo di un'evoluzione metodologica (56) in cui è evidente il passaggio da una posizione « di chiara ispirazione idealista » (57) ad

---

(54) SANDULLI A.M., op. cit., 11. Sottolinea il ruolo dell'art. 101 cornma 2 come norma costituzionale cui è subordinata anche la Corte nella sua attività interpretativa PORZIO M., *op. cit.*, 289.

(55) È LAVAGNA C., Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sulla interpretazione adeguatrice, in Foro It. 1959, 15, ad usare per la prima volta il termine « criterio di concretezza storica » contrapponendolo al « criterio dell'adeguamento alla Costituzione » (in merito, vedi più dettagliatamente *infra*, nota 71). Nel corso della presente indagine, si userà la medesima espressione come sinonimo di diritto vivente.

(56) Evoluzione metodologica chiaramente illustrata da CAIANI L., La filosofia dei giuristi italiani, Padova 1955, 129-162, a cui si è attinto per impostare la risposta all'obiezione analizzata nel testo.

(57) Come testualmente riconosce lo stesso ASCARELLI T., In tema di interpretazione, cit., 14. L'adesione dell'Autore a tale posizione, però, appare fin da subito condizionata all'originale tentativo di far coesistere le caratteristiche dell'oggettività e della scientificità proprie del positivismo giuridico, con le nuove esigenze e le prospettive innovatrici di matrice neoidealista: emblematico, in tal senso, lo scritto ID., Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato, in Arch. Giur., XCIV, 1925, 235, ripubblicato poi in ID., Studi

una posizione antiformalistica caratterizzata in senso sociologico e realistico (58).

È nell'ambito di quest'ultima collocazione che Ascarelli matura la convinzione della insufficienza del sistema delle definizioni giuridiche poste dal legislatore e della inevitabilità, quindi, di ricorrere ad elementi della realtà extragiuridica, cui quelle necessariamente (anche se non sempre esplicitamente) rinviano: con ciò l'Autore sposta la sua ricerca dal momento normativo al momento storico-sociologico. « Ciò significa che in definitiva esiste sempre un vuoto, uno hiatus,. tra la definizione normativa e la situazione o il rapporto reale cui essa si riferisce e cui deve essere applicata » (59).

Al giurista e al giudice, secondo Ascarelli, spetta il compito di colmare tale vuoto.

In questa prospettiva, quanto affermato dall'Autore circa il rapporto tra interpretazione ed applicazione della legge trova legittima. giustificazione. L'obiezione di confondere i due momenti, in realtà, più che una puntuale critica alla tesi del diritto vivente di matrice' giurisprudenziale, si traduce in una messa in discussione dell'intera teorica dell'Autore: è una critica che muove da premesse metodologiche differenti e, quindi, necessariamente non in fase con l'argomentare di Ascarelli.

2. Analoghe considerazioni vanno fatte nel confutare anche l'altra, obiezione mossa al presupposto teorico della intrinseca natura polisensa del testo legislativo.

Ad essa preventivamente offre una replica lo stesso Ascarelli, laddove afferma che risponde ad un mito proprio della retorica giuridica tradizionale l'attribuire univocità al testo legislativo, quando invece essa è caratteristica solo della norma formulata dall'interprete ed in funzione di una singola applicazione (60).

Ma più in generale, anche qui si tratta di uno scontro tra impo-

---

di diritto comparato, cit., 209. Disvela la coesistenza delle due posizioni nef primo Ascarelli, e critica come insufficiente il tentativo di distinguere un punto di vista « esegetico-dogmatico » proprio del giurista da quello « storico-filosofico » proprio del filosofo, CAIANI L., I giudizi di valore *nell'interpretazione* giuridica, Padova 1954, 191-199.

(58) Posizione antiformalistica venata da elementi del realismo giuridico, in cui espliciti sono la negazione della distinzione tra la natura dichiarativa e creativa dell'attività del giurista ed il riconoscimento del ruolo determinante della valutazione dell'interprete. Come esempio di tale collocazione teorica, si può vedere la nota di ASCARELLI T., Dispute metodologiche e contrasti di valutazione, in Riv. *Trim.* Dir. Civ. 1953, 115.

(59) CAIANI L., La filosofia dei giuristi, cit., 155.

(60) ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit., 352 nota 2

stazioni metodologiche differenti e, quindi, destinate a contraddirsi reciprocamente.

3. All'obiezione secondo la quale la tesi di un diritto vivente vincolante di matrice giurisprudenziale mancherebbe un fondamento positivo, è stata efficacemente contrapposta la distinzione tra nonna e testo, la cui rilevanza non si misura solo sul piano della teoria generale, ma anzi ha un effetto di ricaduta concreto nel giudizio di costituzionalità, come la stessa Corte ha più volte riconosciuto (61).

4. Si è pure contestata, come si è detto, la limitazione della libertà interpretativa della Corte costituzionale derivante dal carattere vincolante dell'esegesi giurisprudenziale dominante.

A ciò si può rispondere con una diversa ricostruzione del rapporto tra giudizio costituzionale incidentale e giudizio principale: la Corte, non pronunciandosi sulla norma indicata nell'ordinanza di rimessione, ma anzi assumendone una diversa, decide una questione differente da quella sottopostale. Il che contrasterebbe con la natura pregiudiziale della questione di costituzionalità e con la competenza della Corte a pronunciarsi su essa (62)

D'altra parte, vincolare la Corte a giudicare della disposizione così come intesa dalla giurisprudenza dominante, non rappresenta un cedimento della prima rispetto alla seconda (con conseguente limitazione dell'autonomia ermeneutica per la Corte), quanto piuttosto una giusta e coerente soluzione per il rapporto che intercorre tra l'elemento strumentale (la individuazione della norma di legge ordinaria da giu-

---

(61) Così GROTTANELLI DE' SANTI G., *op. cit.*, 83: « una volta scisso il concetto di norma da quello di testo il problema si riduce piuttosto a quello di stabilire se la norma la deve individuare la Corte da sola o tenendo conto obbligatoriamente dell'interpretazione dominante, ma non obbligatoriamente facendola propria ai fini della decisione ». Lo stesso Autore prosegue riconoscendo che: « in realtà la tesi di Ascarelli va oltre, affermando la necessaria congruenza, ai fini della pronunzia, con le applicazioni effettuate della norma in questione ».

(62) Così CRISAFULLI V., *Ordinanze* di necessità, cit., 868. A onor del vero, l'Autore fa leva su tale argomento per ribadire la bontà della sua tesi secondo la quale, a fronte di una disposizione esprimente più norme non tutte costituzionalmente compatibili, la Corte dovrebbe pronunciare una doppia pronuncia (vedi *supra,* nota 4): ma a chi scrive sembra conferente anche come elemento ad adiuvandum rispetto alla tesi del diritto vivente di matrice giurisprudenziale.

Attenzione, però: affermare quanto detto nel testo non vuol dire necessariamente costringere la Corte costituzionale ad annullare la dispasizione impugnata sol perché intesa in modo incostituzionale da quella singola ordinanza di rimessione (spostando così la matrice del diritto vivente dall'orientamento giurisprudenziale prevalente alla interpretazione del solo giudice a quo), come più oltre si dimostrerà (vedi, *infra,* il paragrafo 4.2).

dicare) e l'element finalistico (l'attuazione della Costituzione) propri del sindacato di costituzionalità (63).

5. L'affermazione, pure contrapposta alla tesi del diritto vivente, secondo cui la Corte costituzionale opta sempre necessariamente per un'interpretazione adeguatrice non pare corrispondere al vero; come si dimostrerà nell'indagine giurisprudenziale(64). e come del resto *si* evince dalle testimonianze dirette di taluni giudici costituzionali, in realtà non univoche e che comunque lasciano irrisolto il nodo del rapporto tra interpretazione costituzionalmente compatibile e interpretazione giurisdizionale prevalente (65).

Invero, al pericolo connesso all'abuso di un'interpretazione storicamente concreta (l'assoluta mancanza di collaborazione tra Corte e giudici) fanno da contrappeso le conseguenze egualmente gravi di un

---

(63) Così, quasi testualmente, ELIA L., Divergenze e convergenze, cit., 560.

(64) Vedi, comunque, ESPOSITO C., Compatibilità delle disposizioni di legge con la costituzione e interpretazione della legge, in Giur. Cost. 1958, 570, dove, facendo leva sulla sentenza n. 46 del 1958 ivi commentata, si dimostra come (a detta della stessa Corte) l'interpretazione adeguatrice non sia di competenza esclusiva del giudice di costituzionalità, quanto piuttosto sia compito anche dell'autorità giudiziaria: la Corte, infatti, ha la competenza esclusiva non di stabilire la compatibilità con la Costituzione, bensì di dichiarare l'incompatibilità con essa.

Le osservazioni di Esposito, datate al 1958, verranno però superate nella successiva giurisprudenza costituzionale (come l'indagine svolta nella parte seconda di questo lavoro evidenzia) tendente invece a riconoscere all'interpretazione adeguatrice un ruolo sussidiario. rispetto all'interpretazione vivente.

(65) I1 riferimento è innanzitutto ad AZZARITI G., *op. cit.*, 885, il quale, parlando della condotta assunta dalla Corte nel sindacare testi ambigui o polisensi, da un lato afferma che essa predilige un'interpretazione conforme a Costituzione (quindi correttiva *o* adeguatrice) e dall'altro, invece, ricorda che in tale attività interpretativa il giudice di costituzionalità « suole tenere conto delle interpretazioni che alla norma abbiano dato i giudici ordinari e amministrativi e sopra tutto la Corte di cassazione ».

Ma il riferimento è pure a JAEGER N., *Sui* limiti di efficacia, cit., 384, tenuto conta che nel 1958 l'Autore era membro della Corte e (come giustamente osserva ANDRIOLI V., Sequestro di giornali, cit., 1758) « la cui testimonianza, a motivo della esperienza di camera di consiglio, è particolarmente preziosa ». Secondo Jaeger, la Corte nella sua attività interpretativa prende in considerazione solo le interpretazioni delle autorità amministrative e giudiziarie più autorevoli ed elevate, scegliendo poi quelle compatibili con la Costituzione e pronunciando così, sulla base di esse, sentenze interpretative di rigetto.

In pratica, da entrambe le testimonianze si evince la rilevanza ex *facto* riconosciuta dalla Corte al diritto vivente, ma ne resta ambiguo il rapporto con l'interpretazione adeguatrice, poiché « non è stato esattamente chiarita come debbono fra loro conciliarsi i due criteri che pur sono stati all'uopo ripetutamente invocati » (come esattamente osserva LAVAGNA C., op. cit., 16, chiosando il discorso di Azzariti sopra richiamato).

abuso del ricorso all'interpretazione adeguatrice. Innanzitutto, la sottrazione alla Corte della sua competenza esclusiva nel valutare la costituzionalità delle leggi (66).

Poi, il rischio di vacuità nel tentativo della Corte di influenzare la giurisprudenza ordinaria attraverso sentenze interpretative di rigett , tenuto conto che la possibilità per il giudice costituzionale di controllare e sanzionare la non conformità dell'interpretazione vivente a quella sua interpretazione adeguatrice è rimessa alla spontanea collaborazione della magistratura, ed in ispecie della Cassazione: rischio concretissimo e storicamente verificato (67).

Infine la negatività, anche sotto un profilo di stretta opportunità, di un filone giurisprudenziale costituzionale caratterizzato da un uso generalizzato dell'interpretazione adeguatrice: mancanza di economicità dello strumento decisionale (dovendo spesso la Corte rimediare ad un'inefficace sentenza interpretativa di rigetto con un'altra, avente ugual natura ma di accoglimento); elevato rischio di equivocità dei dispositivi interpretativi non supportati da una corrispondente applicazione giurisprudenziale (68).

Più in generale, il problema di fondo, da affrontare sul piano della teoria generale e del diritto positivo, è quello di una scelta tra i due criteri ermeneutici dell'interpretazione adeguatrice *e* dell'interpretazione vivente.

---

(66) Mettono l'accento su tale rischio LAVAGNA C., *op. cit.*, 16 s. e GROTTANELLI DE' SANTI G., Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice, in Giur. Cost. 1963, 422 (che parla di possibile sovvertimento dell'ordine delle competenze volute dalla Costituzione).

(67) Così MONTESANO L., Le sentenze costituzionali, cit., 38: « tale collaborazione è fino ad oggi — come ognuno può facilmente constatare — mancata in varie occasioni ». GROTTANELLI DE' SANTI, Manifesta infondatezza, cit., 422, evidenzia in particolare come il rischio indicato nel testo rappresenti un pericolo tanto più elevato se l'interpretazione adeguatrice (non condivisa dalla Corte costituzionale) è del Consiglio di Stato: « non solo per la mancanza di una possibilità di appello, ma per la possibilità, attraverso il potere di annullamento attribuito a tale giudice, dell'instaurarsi di una interpretazione particolarmente convincente per il cittadino e, soprattutto, per la P.A. ».

(68) Conduce, da questo peculiare profilo, una critica serrata alle sentenze adeguatrici costituzionali STURLESE L., Limiti di opportunità all'attività interpretativa della Corte costituzionale, in La giustizia costituzionale, cit., 224. L'elevatissimo prezzo in termini di giustizia e di economicità citato nel testo; i conflitti ora latenti ora espliciti tra la Corte ed altri poteri (in *primis* la Cassaione); lo iato profondissimo tra l'attività adeguatrice della Corte e le limitate capacità interpretative degli organi che poi dovranno applicare le leggi così salvate dalla Corte (l'Autrice acutamente rileva « il comprensibile smarrimento del brigadiere di fronte alla sentenza sugli antifecondativi », p. 225: il riferimento è alla nota decisione n. 9 del 1965) confuterebbero la giustificazione solitamente addotta secondo cui la salvaguardia del diritto vigente sarebbe il comportamento più idonei, a tutelare le garanzie costituzionali.

Sul punto, però, la dottrina del tempo non ha manifestato certo una posizione unitaria, sostenendosi da taluni, addirittura, l'inammissibilità del ricorso da parte della Corte e del giudice ad un'interpretazione adeguatrice (69); da altri, la necessita di limitare al massimo i margini entro cui è possibile ricorrere ad un'esegesi costituzional-

(69) Sostiene tale estrema posizione PACE A., I *limiti dell'interpretazione « adeguatrice »*, in *Giur. Cost.* 1963, *1066.* Secondo Pace, la tesi dell'interpretazione adeguatrice attribuisce alla Corte un potere interpretativo che il giudice comune non ha (essendo questo vincolato al criterio della non manifesta infondatezza). Al contrario la Costituzione, prevedendo il sindacato di costituzionalità sulle leggi, ha voluto evitare qualsiasi applicazione anticostituzionale (quindi anche ricavabile da testi ambigui). Se la regola è questa, l'interpretazione adeguatrice ne è un'eccezione, il cui fondamento non potrebbe essere ricondotto ad una presunzione di legittimità costituzionale della legge, perché il principio conservativo è applicabile solo se l'interpretazione sanante del giudice si impone a tutti: il che accade, ad esempio, nel sindacata giudiziale su un atto amministrativo o su un negozio, ma non per quello della Corte costituzionale sulla legge che, se di rigetto, non vale *erga omnes*.

Si deve quindi concludere, secondo l'Autore, che i poteri interpretativi di Corte e giudice *a quo* caincidono: qualora la legge sia dubbia nella sua legittimità, il giudice deve sollevare la questione e la Corte deve dichiararla fondata « a meno che non possa essere data una interpretazione vincolante in senso conforme a Costituzione ». La differenza tra giudice e Corte sarebbe, allora, nel potere ad essa esclusivo di espellere la legge incostituzionale dal sistema normativa.

Su posizione sostanzialmente omogenea (anche se, in parte, differentemente motivata) è PORZIO M., *op. cit.*, 272 ss.

In sintesi, secondo l'Autore l'interpretazione condotta con i criteri dell'art. 12 preleggi (cui tutti, giudici e Corte, sono vincolanti *ex* art. 101, comma 2, Cost.) riduce ad eccezione l'ipotesi di testi ambigui. A fronte di questi, la Corte non può adottare un'interpretazione adeguatrice, così come il giudice *a* quo non può adottarla accingendosi a valutare il requisito della non manifesta infondatezza. Infatti, come questo comportandosi diversamente si porrebbe *contra Zegem* perché sottrarrebbe una norma di dubbia costituzionalità al sindacato di legittimità esclusivamente affidato alla Corte, così anche la Corte medesima si porrebbe *contra legem* poiché sottrarrebbe all'annullamento una disposizione potenzialmente incostituzionale. L'affermazione viene motivata da Porzio in base al fatto che l'interpretazione adeguatrice, ammissibile entro i limiti fissati dall'art. 12 preleggi, non può spingersi fino a correggere o modificare la legge (come invece accade quando ad essa si attribuisce un significato difforme da quello Concretamente utilizzato nella esperienza pratica del diritto). Di fronte ad un testo ambiguo, in conclusione, la Corte sceglierà tra una sentenza di rigetto o di accoglimento in base ad un giudizio di valore sull'opportunità costituzionale di consentire al testo di continuare o meno a produrre norme (con preferenza per la dichiarazione di illegittimità).

Vedi, infine, ESPOSITO C., *Osservazione alla sentenza n. 46 del* 1958, in *Giur. Cost.* 1958, 570: ID., *Osservazione alla sentenza n. 10 del* 1957, in *Giur. Cost.* 1957, 72, secondo il quale la giustificazione dogmatica dell'interpretazione adeguatrice potrebbe trovarsi solo riconoscendo alla Corte un potere di interpretazione autentica che, invece, è estraneo al giudice di costituzionalità.

mente compatibile (70); da altri, infine, affermando la necessità di ridefinire il rapporto intercorrente tra i due criteri, onde evitare che si elidano a vicenda e di favorire invece una loro utile convivenza: prevalenza dell'interpretazione storicamente concreta su quella adeguatrice, la quale esercita un ruolo sussidiario in mancanza della prima (71).

Qui non si vuole prendere posizione sul problema: ai fini dell'indagine che si conduce è sufficiente rilevare non solo la confutabilità dell'obiezione considerata, ma anche e soprattutto la teorizzata

---

(70) In tal senso GROTTANELLI DE' SANTI *G.*, Manifesta infondatezza, cit., 417. Secondo l'Autore il principio dell'interpretazione adeguatrice opera a livelli diversi (e con differenti limiti) per il giudice e per la Corte costituzionale, I1 giudice può ricorrervi quando si tratta di scegliere più norme ricavabili dal medesimo testo e tutte (sia pure in diversa misura) compatibili con la Costituzione: in tal caso, egli sceglierà quella più aderente al principio costituzionale. Qualora, invece, si presenti alla sua mente anche una sola tra le interpretazioni possibili che alla Costituzione non sia conforme, il giudice dovrà non fare uso dell'interpretazione adeguatrice (pena l'invasione automatica della sfera di competenza della Corte) e dovrà, viceversa, sollevare la questione di legittimità, Sarà poi la Corte «valutando il grado di ambiguità, quindi di pericolosità, della norma» (p. 421) a decidere se la si debba annullare o se si debba invece cercare di imporre un'interpretazione mediante sentenza interpretativa di rigetto, salvo poi poter correggere il tiro con una successiva decisione di accaglimenta.

(71) È la soluzione proposta da LAVAGNA C., *op. cit.*, 15. Secondo l'Autore il criterio di concretezza storica, però, non va assunto acriticamente, quanto piuttosto risolto in vari e differenti criteri logici e didascalici, principali e sussidiari (già indicati nel suo precedente lavoro ID., Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza», Milano 1957, 50 ss.). Così ridimensionata, l'interpretazione vivente va assunta come primo criterio ermeneutico della disposizione che si intende impugnare davanti alla Corte. Solo sussidiariamente (cioè laddove manchi una interpretazione storicamente prevalente) il giudice dovrà ricorrere all'interpretazione adeguatrice, benché con misura, onde evitare che tramite essa si elida la giurisdizione costituzionale, si facciano passare interpretazioni cervellottiche o si modifichi la disposizione raffrontata.

Quanto ai subcriteri in cui si risolverebbe quello di concretezza storica, estrapolati dal loro contesto (il lavoro di Lavagna del 1957 è, infatti, pensato solo in funzione della valutazione della non manifesta infondatezza) e ripensati in relazione al problema del diritto vivente, risultano di estrema utilità anche alla Corte costituzionale. Si cercherà, qui di seguito, di sintetizzarli, rileggendoli nella duplice prospettiva di strumenti utilizzabili sia dal giudice di rimessione sia dalla Corte, e limitatamente al problema interpretativo della legge ordinaria (non anche, come invece fa Lavagna, del parametro costituzionale).

I criteri sussidiari che, in tale prospettiva, ci interessano sano solo quelli didascalici, cioè basati sullo stato della questione (ovvero, nel nostro caso, sullo stato interpretativo della legge impugnabile/impugnata).

In merito ad essa si deve distinguere tra:

1) questione *nuova* (la legge, cioè, non è mai stata applicata e quindi per la prima volta è interpretata). I1 giudice a quo e la Corte, nell'interpretarla, possano tener conto di come essa è stata intesa in altre sedi (dottrinale, parlamentare, sindacale, stampa).

compatibilità tra criterio dell'interpretazione adeguatrice e criterio del diritto vivente.

*6.* Infondata appare l'affermata impossibilità di stabilire con certezza quando sussiste un orientamento giurisprudenziale prevalente.

Se fosse realmente preclusa una simile indagine ricognitiva, per assurdo « si dovrebbe essere indotti drasticamente ad affermare la impossibilità di conoscere il significato attuale di costituzioni flessibili come quella inglese, o rigide in modo parziale come quella statunitense, nelle quali predominante è l'importanza e l'influenza del lavoro del giudice nella enucleazione del significato della costituzione » ([72]).

7. Agevole è controbattere all'osservazione circa l'inutilità del criterio della prevalente giurisprudenza, laddove oggetto del sindacato costituzionale sia una disposizione mai applicata.

È sufficiente rilevare il ruolo decisivo, ma non esclusivo e *preclusivo,* dell'interpretazione giudiziale vivente: laddove essa non sovviene, la Corte dovrà ricorrere ad altri criteri ermeneutici.

---

2) questione pacifica (esiste, cioè, un'interpretazione certa ed univoca della legge). La questione è tale solo se vi è concorde interpretazione nella dottrina prevalente e nella giurisprudenza consolidata, fatta eccezione per singole deviazioni irrilevanti. Va notato che per Lavagna il solo orientamento giurisprudenziale, benché consolidato, se non supportato dalla dottrina rende la questione controversa. In via del tutto secondaria, per verificare la suddetta concordanza, si può tener conto dell'estensione di tale interpretazione (cioè della sua frequenza quantitativa).

3) questione controversa (la legge, cioè, è interpretata in modo difforme da dottrina e giurisprudenza, o anche solo all'interno di ciascuna di queste). Il confine tra questione controversa o pacifica è molto incerto e lasciato;, sostanzialmente, alla discrezionalità del giudice o della Corte, i quali possono far uso, comunque, di indizi di supporto: effettività dei contrasti, novità e motivazione dei nuovi indirizzi, autorevolezza della fonte.

Il criterio di concretezza storica, così risolto, è sussidiario rispetto a quelli principali indicati nell'art. 12 preleggi: combinando il primo con i secondi (ma allora siamo fuori dalla cd. interpretazione vivente) si potranno avere le seguenti ipotesi:

a) concordanza tra interpretazione letterale e logica (ex art. 12) e criterio di concretezza storica. Sia per il giudice che per la Corte non si pone alcun problema ermeneutico.

b) concordanza tra interpretazione letterale e logica, ma contrasto con il criterio di concretezza storica. I1 giudice a quo deciderà discrezionalrnente in ordine alla non manifesta infondatezza, mentre per la Corte la risposta varia a seconda se si riconosce carattere vincolante o meno al diritto vivente.

c) contrasto tra interpretazione letterale e logica. Sia il giudice a quo che la Corte decideranno in base al criterio di concretezza storica.

([72]) Così, ottimamente, GROTTANELLI DE' SANTI *G.,* Considerazioni sull'attività interpretativa, cit., 85.

8. Quanto alle numerose obiezioni mosse ad un diritto vivente coincidente con la interpretazione del giudice della nomofilachia, esse sembrano tutte muovere da un errore di prospettiva: accettata l'idea di un diritto vivente giurisprudenziale (o, a fortiori, non solo giurisprudenziale) esso non può giustificarsi unicamente per la funzione nomofilattica della Cassazione e, quindi, non va identificato solo con essa. Mancando questa, allora, subentrerà l'interpretazione di altri giudici o, in una prospettiva più ampia, un diritto vivente di matrice non giurisprudenzide. Se, invece, non esiste alcun orientamento interpretativo prevalente di sorta, la Corte altro non dovrà fare che ricorrere ad un diverso criterio ermeneutico.

9. Le argomentaziuni addotte, sul piano teorico e pratico, a dimostrazione del ruolo non decisivo né vincolante ai fini del sindacato di costituzionalità di un'interpretazione giudiziale prevalente, offrono il fianco a numerose controbiezioni.

*Sul* piano teorico: esiste una presunzione (in senso atecnico) uguale e contraria a quella di costituzionalità delle leggi post constitutionem, senza la quale non si giustificherebbe l'esistenza stessa di un sindacato di legittimità costituzionale né si spiegherebbero taluni casi di intervento del governo nel giudizio incidentale esprimenti i dubbi dell'esecutivo circa la costituzionalità della legge impugnata (73).

Se è vero (ammesso e non concesso) che le risorse dell'ermeneutica sono tali e tante da rendere sempre possibile una interpretazione incostituzionale della legge, va però rilevato che la Corte non sarebbe vincolata (nella prospettiva di Ascarelli) ad una qualsiasi interpretazione giudiziale, ma solo ad un orientamento giurisprudenziale costante e prevalente. E se un simile orientamento è incostituzionale, vi sono ottime ragioni anche di ordine pratico (74) che giusti-

---

(73) In questo senso TOSI S., *Il governo davanti alla Corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Milano *1963*, 47 (ma già precedentemente ID., *Il sindacato parlamentare sull'intervento del Presidente del Consiglio nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale*, in MARANINI (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, Milano *1962*, 477). Recupera tale argomento anche STURLESE L., *op. cit.*, *226*.

I1 riferimento non è da intendersi solo ai rarissimi casi di costituzione del governa davanti alla Corte a sostegno dell'illegittimità costituzionale della legge impugnata (consta un solo caso: quello risolto con sentenza n. *101* del *1967;* ad esso ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, cit., *230*, aggiunge pure il giudizio risolto con sentenza n. *63* del 1966), bensì alle ipotesi di non intervento o di intervento parziale dovute alla convinzione governativa della non difendibilità della legge impugnata, Su tali ipotesi vedi, di recente, ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano *1985*, 159 s.

(74) Ragioni di ordine pratico subito analizzate nel prosieguo del testo.

ficano ed anzi sollecitano l'annullamento della disposizione da parte della Corte.

Dire ciò non significa ammettere l'esistenza di un rapporto di subordinazione organica della Corte all'interpretazione giudiziale: come già si è precedentemente dimostrato, la Corte giudicando del diritto vivente non *cede* a chicchessia né abdica alla sua funzione (anzi, la adempie correttamente).

Sul *piano pratico:* l'esistenza di un dominante orientamento giurisprudenziale incostituzionale è sinonimo, il più delle volte, di reiterata violazione di posizioni soggettive costituzionalmente garantite, di fronte alla quale deve affievolire anche l'interesse alla certezza del diritto (75).

Né è pensabile di rimediare a ciò attraverso l'uso da parte della Corte di sentenze interpretative di rigetto, al problema degli effetti delle quali spesso si connette Io stesso identico rischio del sacrificio di diritti soggettivi costituzionalmente protetti, che pure si vorrebbe evitare (76).

Quanto all'inconveniente dei probabili vuoti normativi, il rilievo risulta viziato da una sovrapposizione di ruoli spesso eccessivamente giustificatoria per il legislatore e per la Corte medesima (77).

E comunque a ciò potrebbe sopperire un uso accorto e preciso

---

(75) Ritiene prevalente sul principio della certezza del diritto la tutela di posizioni soggettive costituzionalmente garantite CAPPELLETTI M., Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata, in Riv. Dir. Proc. 1956, I, 149. Si tratta, peraltro, di un dato comunemente acquisito.

Va comunque ricordato quanto replicava ASCARELLI T., In tema di interpretazione, cit., 21, a chi gli obiettava il vulnus alla certezza del diritto conseguente alla sua tesi: tale certezza, invero, stà nella continuità e nell'adeguamento del .diritto alla realtà storica.

(76) Così CAVALLARI V., *op. cit.*, 28 s. e LAVAGNA C., Sulla illegittimità *del*-L'art. 2, cit., 902, il quale precisa che « una formula, intanto dovrà essere eliminata, in quanto sia effettivamente capace di permettere la costruzione di norme contrarie alla Costituzione (...). Ma quando si venga effettivamente ad accertare che una certa formula consente comportamenti secondo schemi contrari alla Carta e che, soprattutto, questi comportamenti non sono sanzionati dalla giurisprudenza, allora è la formula che occorre eliminare, non bastando ripiegare su interpretazioni adeguatrici e raccomandazioni paternalistiche ».

(77) Così STURLESE L., *op.* cit., 228 s.: ivi, oltre che qualificare tale preoccupazione come « eccessiva », si rileva che sovente (e spesso in modo più opportuno) il vuoto può essere riparato con i normali criteri dell'analogia. Secondo PIERANDREI F., La Coorte costituzionale e l'attività maieutica, in Giur. It. 1961, IV, 185, eventuali vuoti normativi conseguenti a sentenze costituzionali potrebbero essere colmati (nei casi più urgenti) dal governo mediante decreti legge.

(specie nella formulazione del dispositivo) di sentenze interpretative di accoglimento (78).

10. Rimane da confutare l'ultima obiezione che, come si è detto, fa leva sull'articolo 101, comma 2, della Costituzione. Il nostro ordinamento « statuendo espressamente che i giudici sono soggetti solo alla legge (...) ha escluso che tra la legge e la sua applicazione nel processo possa inserirsi un provvedimento, che imponga o impedisca ai giudici una determinata interpretazione » (79): la Corte, in quanto giudice, non potrebbe quindi essere vincolata alla lettura della disposizione fatta dalla giurisprudenza (80).

Già si è visto che, proprio in forza del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la Corte non potrebbe disattendere l'interpretazione della disposizione indicata nell'ordinanza di rinvio.

Né ciò significa vincolare la Corte all'esegesi del singolo giudice a quo, esponendo così qualunque legge ad annullamento sol perché intesa in modo scorretto.

Così posta (la Corte non è mai vincolata all'interpretazione del

---

(78) Benché una simile tipologia di sentenze non venga considerata da Ascarelli e, più in generale, venga osteggiata (quando addirittura non se ne nega l'ammissibilità) dalla dottrina del periodo storico considerato nell'indagine.

(79) MONTESANO L., Norma e formula legislativa, cit., 528.

(80) Come emerge dal prosieguo del testo, si è tentata una risposta all'obiezione indicata attraverso uno sviluppo logico necessario dei presupposti teorici della tesi di Ascarelli, non percorrendo altri passibili itinerari giuridici. Non sembra, d'altra parte, possibile aggirare il rilievo mettendo in dubbio la natura anche giurisdizionale del sindacato di costituzionalità, essendo ormai jus receptum che esso non è né attività di interpretazione autentica, né attività superlegislativa, né espressione di giurisdizione volontaria.

Si potrebbe, piuttosto, far leva su un altro, elemento: seguendo l'orientamento di taluna dottrina, considerare fonte legale del diritto italiana il precedente giudiziario (in tal senso PIZZORUSSO A., Delle fonti del diritto, in *Commentario del* codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna 1977, 532) o la giurisprudenza consolidata (così MORTATI C., Istituzioni di diritto pubblico, Padova 1975, 9ª ed., vol. I, 359 ss.). Si sostiene, infatti, che non esisterebbero sul piano logico motivi per negare tale qualificazione alla giurisprudenza, né sul piano dell'esigenza di certezza del diritto, essendo meno incerto un diritto di matrice giurisprudenziale (che ha il pregio di aderire al caso concreto) di quanta lo sia attualmente quello di origine legislativa. E si tratterebbe (com'è necessario per superare l'obiezione fondata sull'art. 101 cit.) di « fonte che si presenta primaria allorché le sue manifestazioni si pongono in palese contrasto con testi normativi, e che, mantenendosi costanti nel tempo senza suscitare efficaci reazioni da parte del legislatore, danno luogo a consuetudini giudiziarie innovative » (MORTATI C., Istituzioni, cit., 360, corsivo non testuale). Tuttavia è itinerario logico giuridico tutt'altro che condiviso in dottrina: si veda, per una recente e puntuale critica, ANZON A., Il valore *del* precedente nel giudizio sulle leggi, Roma 1985, ed. provv,, 98 ss.

giudice a *quo* oppure lo è sempre con il conseguente rischio di annullamenti indiscriminati), l'alternativa è fuorviante, essendo i termini del problema ben più articolati: essi risultano più chiari illustrando le diverse ipotesi che si possono concretamente dare in un giudizio incidentale di costituzionalità.

Il primo caso è quello di un'interpretazione del giudice a quo conforme al diritto vivente: in tale ipotesi la Corte ne risulterebbe vincolata proprio a causa di quella coincidenza. La questione, allora, sarà risolta con una sentenza di accoglimento o rigetto.

I1 secondo caso è quello di un'interpretazione del giudice a quo isolata rispetto ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato: in tale ipotesi alla Corte non si porrebbe che un problema di corretta esegesi, da risolversi attraverso una sentenza interpretativa di tipo correttivo (81). Secondo la teoria del diritto vivente, infatti, norma è solo quella che risulta dalla applicazione giudiziale prevalente: al di fuori di questa, si è di fronte a risultati ermeneutici certo possibili ma astratti, ipotetici, per così dire nati morti (82). Se tale è la pseudonorma indicata dal giudice *a* quo, essa è inidonea a costringere la Corte ad una pronuncia di merito, dovendo questa piuttosto e soltanto restituire la disposizione impugnata al giudice di rinvio nell'unico significato normativo attribuibile: quello, cioè, indicato dal diritto vivente consolidato.

Quanto detto vale, ovviamente, solo se l'interpretazione storicamente concreta è valutata costituzionalmente legittima dalla Corte: in caso contrario, la questione andrebbe risolta radicalmente con una sentenza di accoglimento con cui la norma vivente viene espunta dall'orientamento.

Il terzo caso è quello di un'interpretazione del giudice a quo isolata per la mancanza di un diritto vivente consolidato: in tale ipotesi la Corte potrebbe risolvere la questione in piena libertà (nel senso, cioè, di una sentenza di accoglimento *o* di rigetto o interpre-

---

(81) Sentenza interpretativa di tipo correttivo « con cui la Corte, anziché operare una 'scelta', si limita a togliere di mezzo un'interpretazione che, emersa per errore, appare da escludersi, in rapporto a un testo scritto, per necessità di logica giuridica. Così facendo, non solo il testo non viene ridotto nella sua capacità di espressione, ma è, anzi, restituito alla sua purezza normativa originaria »: così LOMBARDI G., *op. cit.*, 1155 che bene ne evidenzia le differenze rispetto ad una sentenza interpretativa adeguatrice. Sul punto si veda anche PIZZORUSSO A., La motivazione delle *decisioni*, cit., 384 s.

(82) Owiamente quanto detto vale solo per la interpretazione della legge ai fini del sindacato costituzionale, non anche per l'interpretazione della legge fatta in funzione della sua applicazione alla fattispecie concreta: in tal caso, l'esegesi del singolo giudice diventa il tassello di un diritto vivente in *fieri o* già consolidato. Su ciò si vedano già le precedenti note n. 14 e n, 50.

tativa di rigetto) peraltro contribuendo in tal modo al formarsi del diritto vivente.

Né in quanto detto va vista una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato così come finora assunto: in questa terza ipotesi, infatti, ci si muove al di fuori del diritto vivente, di cui si è postulata la mancanza. Ciò spiega la possibilità per la Corte di ricorrere anche allo strumento della decisione interpretativa (e quindi di disattendere l'esegesi suggerita dall'ordinanza di rinvio).

In conclusione, sarebbe la stessa legge che disciplina il giudizio incidentale nel suo rapporto con il giudizio principale (art. 27 della legge n. 87 del 1953) a richiedere che la Corte sia vincolata all'interpretazione della giurisprudenza dominante (sia pure *filtrata* nel modo suddetto dal giudice a *quo*), mentre è 10 sviluppo logico necessario dei presupposti sottesi alla teoria di Ascarelli che impedirebbe il paventato pericolo di indiscriminati annullamenti.

## 3. Gli effetti conseguenti ad un'accettazione della teoria del diritto vivente di matrice giurisprudenziale

Come si è avuto modo di rilevare, la tesi di Ascarelli non convince la dottrina del tempo, nonostante già allora esistessero, pienamente sviluppate o in nuce, le argomentazioni teoriche necessarie e sufficienti per controbattere le numerose critiche.

I1 che appare singolare, e non solo per la frequenza con cui oggi la Corte costituzionale fa ricorso al diritto vivente, ma soprattutto perché una sua pronta accettazione da parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale avrebbe avuto importanti sviluppi a diversi livelli, risolvendo taluni dei problemi più gravi apertisi nella prassi dei primi dieci anni di sindacato di costituzionalità (83).

1. Sarebbe stato, innanzitutto, drasticamente ridimensionato i1 problema della struttura e degli effetti delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale (84).

---

(83) Per ragioni di sistematicità della ricerca (che in queste riflessioni interlocutorie è ristretta ai primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale ed al relativo dibattito dottrinale) ci si limiterà, nel presente paragrafo, ad evidenziare quelle conseguenze della tesi ascarelliana più rilevanti in relazione ai quesiti allora sollevati,

È evidente però che il ricorso al diritto vivente da parte della Corte produce effetti certo più ampi: ridefinendo in modo preciso alcune regole procedimentali proprie del giudizio incidentale di costituzionalità, e ricollocando (come si vedrà) in senso ancor più garantista il ruolo della Corte nell'ordinamento. A tali ulteriori conseguenze si farà riferimento dopo l'indagine giurisprudenziale, al momento di ipotizzare alcune conclusioni provvisorie della ricerca qui compiuta.

(84) È proprio la problematica delle sentenze interpretative di rigetto, infatti,

La dottrina dell'epoca che, come già si è illustrato (85), non era certo concorde nel risolvere tale nodo, risultava viceversa pressoché unanime nell'evidenziare i rischi connessi all'incapacità di simili sentenze a condizionare in modo obbligante la giurisprudenza ordinaria e, di riflesso, il legislatore.

Quanto al giudice a quo, l'incertezza concretamente era massima, non sapendo egli con esattezza se dalla decisione della Corte derivasse un vincolo positivo o negativo, se gli fosse imposto di abbandonare l'interpretazione data in ordinanza (sulla quale esplicitamente la Corte nulla diceva), se gli fosse precluso il riproporre la medesima questione (benché non esaminata). Nel dubbio, al giudice di rimessione restavano comunque ampi margini di ribellione ad un'interpretazione della Corte da lui non condivisa: interpretare la legge nel modo disatteso dalla Corte medesima o dando ad essa un terzo significato normativo (86).

Quanto agli altri giudici, ben potevano continuare ad interpretare la disposizione in modo incostituzionale, e addirittura impedire alla Corte di porvi rimedio, non sollevando piu la questione di costituzionalità (87).

Inevitabili, quindi, i contrasti anche aspri tra supreme corti (Cassazione e Corte costituzionale) certo deleteri per l'ordine legale ed esiziali per le posizioni soggettive costituzionalmente protette (88).

---

a rappresentare lo spunto iniziale del fondamentale saggio di Ascarelli del 1957, come si evince dalla parte introduttiva del medesimo (ID., Giurisprudenza costituzionale, cit., 351).

(85) Vedi supra, il par. 1.1.

(86) Sugli effetti assolutamente incerti derivanti per il giudice n quo da una sentenza interpretativa di rigetto, vedi le chiarissime osservazioni di ESPOSITO C., Autorità delle decisioni di rigetto *della* Corte nei giudizi *a quo,* in Giur. Cost. 1961, 1216.

(87) Così MONTESANO L., Norma e formula legislativa, cit., 525; MORTATI C., Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale, in *Giur.* Cost. 1959, 551, ed ELIA L., Divergenze e convergenze, cit., 557 (che parla, in riferimento alle sentenze interpretative di rigetto, di « aleatorietà della loro influenza » e di « pericolo che la Corte si trasformi troppe volte in un consigliere inascoltato »).

(88) Va citato come emblematico il contrasto interpretativo sull'art. 2 t.u.l.p.s. su cui la Corte interviene una prima volta con la sentenza n. 8 del 1956 interpretativa di rigetto, per poi risolvere definitivamente la contrapposizione con la sentenza n. *26* del 1961 interpretativa di accoglimento: in merito si veda la nota anonima, Qualche considerazione in margine, in *Dem.* Dir. 1961, 309, che rileva come il mancato adeguamento della Cassazione all'esegesi adeguatrice della Corte « aveva praticamente annullato qualsiasi garanzia dei cittadini nei confronti del potere esecutivo» (p. 309), e bene evidenzia come dietro « il problema dei rapporti tra l'ordinamento giudiziario nel suo complesso, la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale » (p. 311) vi siano delicati nodi politici.

Egualmente emblematico il contrasto interpretativo sull'art. 392 c.p.p. (già

I1 problema di simili conflitti tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale era così avvertito (perché storicamente sperimentato) che la dottrina del tempo si era applicata nella ricerca di possibili strumenti a disposizione della Corte per poter prevalere sulla ritrosia dell'autorità giudiziaria ad adeguarsi alle sentenze interpretative di rigetto. Ma inutilmente, dovendo riconoscere che in simili contrasti interpretativi risulta nel concreto agevolmente vincente la giurisprudenza ordinaria: perché è questa che determina la norma storicamente vivente; che ha in mano le chiavi d'accesso (altrimenti precluso) al giudizio di costituzionalità; che in ultima analisi può avere la parola definitiva, attraverso una sentenza della Cassazione di annullamento senza rinvio (89).

Quanto al legislatore, anch'esso non risultava vincolato a seguire gli ammonimenti o le esortazioni espresse dalla Corte con le sentenze interpretative di rigetto (inizialmente anche nel dispositivo, successivamente solo nella parte motiva). Anzi: di fronte al sopravvivere di un testo ambiguo fatto salvo dall'interpretazione adeguatrice suggerita dalla Corte, non era affatto incentivato ad attivarsi, quando addi-

---

richiamato alla nota 30), la portata politica del quale è bene messa in risalto da **Pace A.**, Rilievi intorno alla sentenza del 28 aprile 1965 della Cass. Pen. sulle garanzie della difesa nell'istruttoria sommaria, in *Giur.* Cost. 1965, 449. Similmente **Montone I.**, *op. cit.*, 118; **Vassalli G.**, *op. cit.*, 1102; **Elia L.**, Divergenze e convergenze, cit., 557.

Più in generale, si vedano **Mortati C.**, Effetti pratici, cit., 551 e **Crisafulli V.**, Il ritorno *dell'art.* 2, cit., 857 (che, pur sottolineando l'alta autorità morale dell'interpretazione costituzionale, riconosce come nell'effettività siano i giudici in sede di applicazione a determinare la norma vivente, contro cui la Corte altro non può fare che annullarla benché la ritenga errata).

(89) Concordano sul fatto che in un conflitto interpretativo tra Corte castituzionale e autorità giudiziaria, è la seconda ad avere maggiori possibilità di vittoria finale, **Pierandrei F.**, Corte costituzionale, voce dell'*Encicl.* Dir., vol. X, Milano 1962, 986; **Montone I.**, *op. cit.*, 118 e **Vassalli G.**, *op. cit.*, 1102. Lo stesso **Pizzorusso A.**, op. cit., 403 ss., pur passando in rassegna una serie di possibili strumenti di cui la Corte dispone (passaggio da una sentenza interpretativa di rigetto ad una interpretativa di accoglimento; ordinanza di manifesta infondatezza verso una questione sollevata disattendendo una precedente interpretazione della Corte; risoluzione di un conflitto di attribuziani tra la stessa Corte e la Cassazione) conclude comunque nel ritenere assolutamente necessaria la collaborazione tra le due corti.

**Montesano L.**, Le sentenze costituzionali, cit. 41 s., cerca la soluzione nella possibilità per la Corte di pronunciare una sentenza di accoglimento automaticamente, ci& scavalcando la necessità di una collaborazione dell'autorità giudiziaria: tuttavia conclude con l'escludere la possibilità di un conflitto di attribuzioni della Corte contro il potere giudiziario ritenendolo impossibile, e con un non liquet circa la possibilità di pronunciare una sentenza parziale con cui la Corte rigetti la questione ai fini del processo a quo, ma ne prosegua l'esame alla luce delle successive applicazioni.

rittura non era persuaso dell'opportunità di produrre in futuro ulteriori disposizioni simili (90).

Ebbene, gli effetti perversi ora illustrati come possibili (e, per taluni aspetti, inevitabili) conseguenze delle sentenze interpretative di rigetto, sarebbero risultati assai ridimensionati se la teoria del diritto vivente fosse stata assunta fin dal principio in dottrina e giurisprudenza.

Giudicando delle disposizioni così come vengono applicate dalla giurisprudenza prevalente, la Corte accetta di misurarsi con l'orientamento interpretativo storicamente concreto. e risolvendo la questione in modo netto e privo di ambiguità (sentenza di accoglimento o di rigetto semplici) previene ogni possibile conflitto ermeneutico con i giudici (in *primis*, la Cassazione) (91).

Lo spazio rimanente alle sentenze interpretative di rigetto sarebbe assolutamente residuale: come si è dimostrato precedentemente (92) la Corte potrebbe ricorrere ad esse solo (ed eventualmente) in assenza di un consolidato diritto vivente circa la disposizione impugnata, ed al chiaro scopo di orientarne il formarsi a favore di una certa interpretazione.

Ed anche in questa ipotesi (in cui potenzialmente potrebbero riproporsi i problemi prima evidenziati), di fronte alle resistenze giurisprudenziali ad assumere quella disposizione nel significato attribuitole dalla Corte (e quindi di fronte al consolidarsi di un diritto vivente difforme da quello cui tendeva la Corte con la propria sentenza interpretativa), il giudice di costituzionalità ha la possibilità (*rectius*, l'imperativo categorico) di stroncare la tendenza ermeneutica con una pronuncia di accoglimento (93).

---

(90) Così MONTESANO L., Norma *e* formula legislativa, cit., 525 e MORTATI C., *Effetti* pratici, cit., 551.

(91) Non pare cogliere nel segno l'osservazione di chi vede, come conseguenza di ciò, un inevitabile irrigidimento interno ai rapporti tra Corte di Cassazione e gli altri giudici di grado inferiore nell'attività ermeneutica. Invero, l'interpretazione della prima si afferma come diritto vivente nel momento in cui concorda con l'esegesi dei secondi (non essendo essa da sola sufficiente perché un orientamento giurisprudenziale si passa dire consolidato). Inoltre, l'indirizzo interpretativo dei giudici di grado inferiore, se massicciamente sostenuto, può influenzare la Cassazione a addirittura configurarsi esso stesso come diritto vivente.

In effetti, ciò che risulta decisivo per il formarsi di una interpretazione storicamente concreta non è il grado più o meno elevato dell'autorità giudiziaria che lo esprime, quanto la capacità di coagulare adesione e consenso nell'applicazione giurisprudenziale.

(92) Vedi supra, 2.2.

(93) In tal caso, infatti, dall'iputesi iniziale di una assenza di diritto vivente saremmo passati a quella in cui esiste un'interpretazione prevalente e coincidente con la lettura della disposizione impugnata fatta dal giudice a quo: e in

Né vale obiettare che i problemi di incertezza e di conflittualità precedentemente elencati, in'una prospettiva di diritto vivente, sarebbero destinati a riproporsi con eguale frequenza e gravità nella ipotesi di sentenza interpretativa di tipo correttivo, che la Corte dovrebbe pronunciare quando il giudice a *quo* proponga *una* lettura della disposizione impugnata difforme dall'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (e valutato legittimo costituzionalmente dalla Corte stessa). In merito, va innanzitutto precisato che tale tipo di sentenza è da intendersi come vincolante per il giudice n *quo:* questo dovrà quindi applicare la disposizione nel significato normativo attribuitole dalla Corte, *non esistendone altri* (secondo i presupposti della teoria ascarelliana già illustrati).

Laddove, ciò nonostante, il giudice a *quo* reiterasse la sua interpretazione, questa verrebbe senz'altro corretta nei successivi gradi di giurisdizione, presumibilmente allineati al significato vivente ormai consolidato (che, altrimenti, non sarebbe tale) (94).

Infine, è da ritenersi assai raro il ricorso della Corte a simili sentenze correttive, perché o esiste veramente un prevalente orientamento giurisprudenziale (e allora i giudici *a quibus* dissenzienti saranno in numero limitatissimo) o sono molti i giudici a *quibus* dissenzienti (e allora non esiste ancora un diritto vivente oppure esso coincide proprio con l'interpretazione delle ordinanze di rinvio (95)): *tertium non datur* (96).

---

un contesto simile, come già si è dimostrato, la Corte non potrebbe esimersi dall'annullare la norma vivente.

(94) È ovvio che l'osservazione non vale in assenza di un successivo grado di appello (ad esempio, perché il giudice a quo è la Cassazione e questa pronuncia una sentenza di annullamento senza rinvio, applicando la legge nel modo ritenuto errata dalla Corte costituzionale). Tuttavia si tratta di un limite intrinseco, *o* meglio: di una possibilità fisiologica, del sistema processuale a diversi gradi di giurisdizione, più che una carenza inficiante la dottrina del diritto vivente.

(95) Si rientra così, rispettivamente, nella terza o nella prima delle ipotesi precedentemente illustrate (supra, par. 2.2) parlando del rapporto tra interpretazione del giudice a quo, diritto vivente e tipo di pronuncia della Corte costituzionale. In entrambi i casi, come si è visto, non ricorrono gli estremi perché la Corte debba ricorrere allo strumento della sentenza interpretativa di tipo correttivo.

(96) In ogni caso, quindi, l'allargarsi di un'interpretazione giurisprudenziale difforme da quella suggerita dalla Corte, non troverebbe questa sprovvista di strumenti di reazione adeguati. Di più: accettata la tesi di ELIA L., Sentenze «interpretative» *di* norme *costituzionali* e vincolo dei giudici, in Giur. Cost. 1966, 1719 ss., secondo cui la sentenza interpretativa di rigetto avrebbe comunque l'effetto erga omnes *judices* di costringere qualsiasi giudice che ne sia venuto a conoscenza *e* che non intenda sottoporsi all'esegesi della Corte a risollevare la questione di legittimità, l'esito suddetto sarebbe inevitabile. Infatti, «in

2. Addirittura alla radice sarebbe stato risolto un altro problema, connesso alle sentenze interpretative di rigetto, che ha tenuto a lungo impegnata la dottrina deli'epoca: il rapporto tra il « punto di diritto » pronunciato dalla Cassazione (97) e vincolante per il giudice di rinvio, e la sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale con cui viene data una interpretazione differente della medesima disposizione legislativa che il giudice di rinvio deve applicare (implicitamente riconoscendo illegittima la lettura fattane dalla Cassazione) ?).

Problema complesso e che sembra costringere il giudice di rinvio ad un bivio: o applicare il punto di diritto fissato dalla Cassazione (benché incostituzionale) o applicare la norma dettata dalla Corte (violando così l'art. 546 c.p.p. *o* l'art. 383 c.p.c. che enunciano l'obbligo per il giudice di conformarsi al punto di diritto della Cassazione) (99).

---

questi casi ogni giudice sarebbe vincolato o ad ottemperare alla interpretazione della Corte o a rinviarle, anche d'ufficio, la *quaestio legitimitatis*; resterebbe invece inibita sia la reiezione per manifesta infondatezza della questione sollevata dalle parti o dal Pubblico Ministero, sia, in ogni caso, il ricorso ad una interpretazione diversa da quella individuata dalla Corte costituzionale»: la Corte, allora, potrebbe bloccare sul nascere ogni forma larvata di ribellione alla sua sentenza interpretativa di rigetto *o* correttiva.

(97) Secondo CARNELUTTI F., *Questioni di costituzionalità della legge nel giudizio di rinvio*, in *Riv. Dir. Proc.* 1959, 670, la terminologia « punto di diritto » sarebbe più precisa di « principio di diritto », « perché, nel linguaggio giuridico, 'principio' ha un suo significato particolare sul piana dell'analogia. E 'punto!, a sua volta, si chiarisce risolvendolo in 'premessa' di diritto e così, riferendolo alla struttura sillogistica della motivazione; perciò 'punto' può significare non tanto una norma, quanto più norme, tra loro combinate ».

(98) I1 problema, ovviamente, si pone quando giudice *a quo* e giudice di rinvio vengono ad identificarsi.

(99) Come risulterà meglio dall'indagine giurisprudenziale, il problema si è concretamente posto con la sentenza n. 39 del 1961, mentre non può essere fatto risalire, nonostante alcune parziali analogie, alla precedente sentenza n. 21 del 1959. Per le differenze tra le due controversie, vedi *infra* nella parte II, il par. 3.3.

Intorno all'instaurarsi della questione poi risolta con la sentenza n. 21 del 1959, infatti, si è sviluppato un ampio dibattito circa un problema che appartiene ad un momento *anteriore* a quello qui rilevante: la possibilità o meno per i1 giudice di rinvio di sollevare incidente di costituzionalità avente come oggetto il punto di diritto fissato dalla Cassazione.

Secondo PATANÉ S., *Questioni di legittimità costituzionale e giudizio di rinvio*, in *Giur. It.* 1958, I, 2, 63, il punto di diritto non è ostativo alla promozione della *quaestio legitimitatis*, sia questa nuova o già precedentemente sollevata. L'Autore sostiene, dimostrandolo, che il principio di diritto è cosa diversa dal giudicato (p. 63) e quindi può essere travolto dal *jus superveniens* che ne modifichi la legge fondante. Benché non si possa pensare alla sentenza di accoglimento costituzionale come ad una forma di *jus superveniens* (non essendo l'attività della Corte né legislativa né giurisdizionale) (p. 64 s.) in concreto, però, l'effetto non cambia perché, *ex* art. 136 Cost. ed art. 30 1. n. 87 del 1953, la decisione di accoglimento travolge comunque la legge su cui si basa il punto di diritto (p. 66). Sarebbe invece precluso al giudice di rinvio, secondo Patané, la

possibilità di sospendere il procedimento ex art. 295 c.p.c. in attesa che la Corte costituzionale si pronunci sulla questione di legittimità della legge fondante il punto di diritto già promossa da altro giudice: sia perché l'eventuale sentenza di rigetto forma cosa giudicata solo inter *partes*; sia perché l'art. 23 della l. n. 87 del 1953 obbliga il giudice a sollevare la questione che egli ritenga non manifestamente infondata (oltre che rilevante); sia perché è possibile sollevare in sede di rinvio una questione di costituzionalità, benché già dichiarata manifestamente infondata (e quindi non rinviata alla Corte) in 1° e 2° grado ed in Cassazione (p. 70 s.).

Anche RICCI E,, Sindacato costituzionale e giudizio di rinvio, in Foro Pad. 1959, I, 1417, ritiene che è sempre possibile per il giudizio di rinvio sollevare la questione di costituzionalità. A tale conclusione l'Autore arriva dopo aver dimostrato che non c'è incompatibilità logica tra la struttura del giudizio di rinvio e la proponibilità dell'incidente di legittimità; che una precedente decisione *incidenter* tantum di illegittimità della Cassazione (ex disp. VII trans. Cost.) non preclude la via di adire la Corte costituzionale; che a ciò non osta neppure il divieto di nuove conclusioni nel giudizio di rinvio (ex art. 394 c.p.c.).

Similmente CARNELUTTI F., Questioni di costituzionalità della legge nel giudizio di rinvio, in Riv .Dir. Proc. 1959, 669 (e successivamente, con ulteriori precisazioni, Id., Ancora sulla questione di incostituzionalità della legge nel giudizio di rinvio, in *Riv.* Dir. Proc. 1960, 475) ammette la possibilità per il giudice di rinvio di sollevare la questione di legittimità della norma impostagli dalla Cassazione came punto di diritta (sia che questa se la sia o meno posta preventivamente) non potendosi vedere in esso un giudicato implicita circa la legittimità della norma ivi fissata, preclusivo all'incidente di costituzionalità.

E PIERANDREI F., Nota redazionale a Corte costituzionale n. 21 del 1959, in Giur. *It.* 1959, I, 1, 915 (invero lo scritto è anonimo, ma viene attribuito all'Autore da LOMBARDI *G.*, *op. cit.*, 1156 nota 8) ritiene corretto e doveroso che il giudice di rinvio abbia sollevato la questione di legittimità, perché solo la Corte, eliminando la legge che sottende il punto di diritto, permette al giudice stesso di affrancarsi dal vincolo obbligante che ne deriva.

Infine GIRONE *G.*, La proponibilità *della* questione di incostituzionalità della legge in *contrasto* al cd. principw di diritto fissato dalla Cassazione, in *Rass.* Dir. Pubbl. 1961, III, 171, dimostra che il punto di diritto non ha valore di giudicato; che la questione di costituzionalità (benché esplicitamente rigettata dalla Cassazione) non si inquadra tra le questioni di diritto fissate nel punto di diritto e quindi preclusive per il giudice di rinvio; che è necessaria una revisione legislativa che preveda la possibilità per la Cassazione di ricostruire un punto di diritto in luogo di quello (eventualmente) annullato dalla Corte, L'Autore, quindi, ammette che il giudice di rinvio possa sollevare questione di costituzionalità del punto di diritto.

Non mancano, però, voci contrarie.

FAVARA E., Legittimità *costituzionale* e giudizio di rinvio, in Giur. *It.* 1958, I, II, 689, è infatti schierato su sponde opposte alle precedenti, ritenendo che nel caso di specie la promozione della questione di costituzionalità fosse preclusa.

Il giudice a quo avrebbe dovuto porsi il problema della rilevanza in modo diverso, tenendo conto che la Cassazione prima si era pronunciata incidenter tantum (ex disp. VII trans. Cost.) sulla legge regionale dichiarandone l'incostituzionalità e poi, conseguentemente, aveva fissato come punto di diritto l'applicazione della legge nazionale. L'Autore, quindi, fa leva a sostegno della tesi della preclusione alla questione di costituzionalità, non sul valore di giudicato del punto di diritto, bensì sull'efficacia della sentenza di sindacato costituzionale diffuso della Cassazione (egli parla, infatti, di effetto preclusivo della «pronuncia

Bivio di fronte al quale la dottrina dell'epoca non dava certo indicazioni univoche.

Si sosteneva da taluni (Abbamonte, Lombardi, Cordero) sia pure con argomentazioni differenti, che la sentenza interpretativa di rigetto avrebbe valore vincolante per il giudice a *quo,* quando essa contraddice il punto di diritto fissato dalla Cassazione *e* obbligatorio per il giudice di rinvio (100).

---

di rinvio in rapporto ai poteri di controllo di costituzionalità allora esercitati », p. 690).

Così, pure, CAMBER R., Sui limiti del sindacato costituzionale nel giudizio di rinvio, in Foro *It.* 1959, I, 678, il quale sostiene che il punto di diritto preclude la questione di costituzionalità al giudice di rinvio essendo una situazione giuridica esaurita e che, in quanto tale, non risente della successiva vicenda del giudizio di rinvio (fosse anche una sentenza di annullamento della Corte costituzionale).

Il nodo del confronto dottrinale è stato poi sciolto dalla Corte di Cassazione, sez. 1ª civ., 8 ottobre 1959 n. 2707 (pres. Lorizio; est. Giannatasio; Pelle c. Seminara) in Riv, Dir. Proc. 1960, 475, con cui si è fissato il principio per cui la questione di costituzionalità si può presentare in qualsiasi stato e grado del processo, fino in Cassazione e persino in sede di rinvio.

È interessante rilevare che, nel pur ampio ed articolato dibattito qui sopra riassunto, nessuno, neppure chi ipatizza le possibili conseguenze dell'ordinanza di rimessione del giudice di rinvio (CAMBER R., *op. cit.,* 680) o ha la pretesa di esaurire l'intera problematica affrontata (GIRONE *G., op. cit.,* 171) intuisce e prefigura il rischio, ed i problemi conseguenti, di una sentenza di rigetto interpretativa che implicitamente smentisca il punto di diritto.

(100) ABBAMONTE *G.,* Sentenze interpretative della Corte costituzionale e principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione, in Rass .Dir. Pubbl. 1961, II, 416, è il primo a porre con chiarezza il problema della situazione ambigua in cui si trova il giudice di rinvio. Seconda l'Autore la disciplina positiva del giudizio a quo è insufficiente *e* necessita di essere integrata alla luce dei principi costituzionali (come già aveva rilevato in un suo precedente lavoro: ID., Il processo costituzionale italiano, vol. II, Napoli 1961, parte 1): assoluta parità tra giudici quanta al potere di adire la Corte costituzionale; divieto per i giudici di applicare leggi della cui legittimità dubitano; obbligo per tutti i giudici di osservare la Costituzione; inapplicabilità dei limiti propri del processo principale al giudizio incidentale di costituzionalità, essendo il primo so10 occasione iniziale del secondo. Inquadrato in questo contesto il problema specifico, secondo Abbamonte solo applicando la disposizione così come interpretata dalla Coste, il giudice di rinvio rispetta la legge e la Costituzione *(e* cita, ad *adiuvandum,* la tesi di chi ritiene che la sentenza interpretativa di rigetto ponga un vincolo positivo al giudice a quo).

LOMBARDI *G., op. cit.,* 1153 giunge ad eguale soluzione, sia pure attraverso un itinerario logico molto differente. L'Autore vede nella sentenza costituzionale interpretativa di rigetto del punto di diritta, una sorta di doppia pronuncia con efficacia solamente inter partes: sia nella parte esplicita di rigetto della questione, che dà al giudice di rinvio la norma da applicare; sia nella parte implicita di annullamento del punto di diritto, il quale per sua natura riguarda solo il giudice di rinvio, La conclusione dell'Autore, peraltro, trascende la soluzione del problema specifico (p. 1159 s.): potendo la Corte rimuovere il punto di di-

Da altri (De Luca, Pizzorusso) anche qui sulla base di diversi itinerari logico giuridici, si ribadiva invece il valore obbligante del punto di diritto per il giudice di rinvio, nonostante l'intervenuta decisione interpretativa della Corte ([101]).

Da altri ancora (Crisafulli), infine, si suggeriva come soluzione la riproposizione della medesima *quaestio* ***legitimitatis*** da parte del giudice a ***quo*** alla Corte, in tal caso costretta a pronunciare una sentenza di accoglimento di tipo interpretativo ([102]).

---

ritto fissato dalla Cassazione, essa ha uno strumento praticabile per imporre ai giudici di merito le proprie interpretazioni (siano esse espresse in decisioni adeguatrici o correttive).

CORDERO F., *op. cit.*, 263, arriva a conclusioni simili attraverso un'articolata ricostruzione del rapporto giudizio principale- giudizio incidentale, ed una valutazione dei poteri interpretativi della Corte.

Per l'Autore il giudice di rinvio può sollevare la questione di costituzionalità del punto di diritto solo se la Cassazione ha ricavato una regola di dubbia costituzionalità da una legge il cui significato incontrovertibilmente chiaro non autorizza alcun dubbio di legittimità (è quanto sarebbe accaduto nel caso poi risolto dalla sentenza n. 39 del 1961 che CORDERO commenta); non invece nell'ipotesi inversa (quando, cioè, la Cassazione ricava da una legge illegittima una regola legittima) perché ciò significherebbe ribellarsi al punto di diritto.

Quando il giudice di rinvia solleva una simile questione, la Corte deve pronunciarsi sulla norma fissata dal punto di diritto. Infatti, benché la Carte sia libera nell'interpretare la legge impugnata e, di fronte a più norme desumibili dalla medesima disposizione, solo quella da lei scelta è esistente (le altre essendo invece mere ipotesi dialettiche), tuttavia diverso è per la norma fissata come punto di diritto dalla Cassazione ed impugnata dal giudice di rinvio: « qui è in gioco un qualcosa di giuridicamente effettivo » (p. 268).

Rebus sic *stantibus*, la Corte con la sentenza n. 39 del 1961 si è pronunciata anche sulla non legittimità della regola posta dal punto di diritto, con effetti *inter* partes. Ciò non contrasta con il principio di diritto positivo dell'obbligatorietà del punto di diritto stesso, perché esso ha il proprio limite nell'incostituzionalità della regola prescritta dalla Cassazione.

([101]) DE LUCA G., Osservazione *a* Corte costituzionale n. 39 del 1961, in Giur. Cost. 1961, 928, ritiene che il giudice di rinvio debba applicare il punto di diritto, perché l'interpretazione della Corte non mutuata in una dichiarazione di illegittimità non vincola il giudice *a* quo.

PIZZORUSSO A., *op. cit.*, 391, ritiene che la sentenza interpretativa di rigetto non prevalga sul punto di diritto: questo, infatti, può essere neutralizzato- solo da un effetto giuridico di maggiore intensità. Tale può essere il *jus superveniens* o la dic arazione di incostituzionalità, ma non una sentenza di rigetto (benché interpretativa) che ha il solo effetto di impedire la riproposizione della *quaestio legitimitatis* nel corso del medesimo giudizio a *quo*.

([102]) CRISAFULLI V., Postilla, in Giur. Cost. 1961, 933, critica sia la soluzione proposta da De Luca, sia quella sostenuta da Lombardi. Quanto alla prima, essa sarebbe viziata da un errore di fondo: la Corte nella sentenza n. 39 del 1961, non ha detto né in dispositivo né in motivazione che il punto di diritto era incostituzionale; verrebbe così meno il presupposto dell'analisi condotta. Quanto alla seconda, sarebbe « contraddittorio riconoscere (giustamente) l'appartenenza alla

Al di la della soluzione concretamente avutasi nel caso risolto con la sentenza n. 39 del 1961 (nella fattispecie il giudice di rinvio considerò inesistente il punto di diritto e si uniformò all'interpretazione della Corte costituzionale, a cui peraltro si era adeguata nel frattempo anche la Cassazione a Sezioni Unite ([103])) il nodo teorico rimaneva, praticamente irrisolto.

Viceversa, ad assumere come vincolante per la Corte la interpretazione della disposizione impugnata così come indicata dall'ordinanza di rinvio (cioè, in sostanza, così come al giudice *a* quo era stata imposta dalla Cassazione: diritto vivente giurisprudenziale per eccellenza. quindi), la questione così difficile a risolversi sarebbe stata incanalata entro i normali schemi delle sentenze di rigetto o di accoglimento semplici ([104]).

3. Tenuto conto che l'attuale disorientamento in tema di rapporto tra giudice e legge (..) è dovuto (...) anche, e soprattutto, al rapidissimo invecchiare di norme che al momento della loro emanazione erano riconosciute come 'giuste', 'e che la trasformazione della società e conseguentemente della coscienza morale fa sentire inadeguate ad essa, non più adatte a regolare la vita sociale: 'ingiuste' perché non

---

Corte di Cassazione della funzione 'nomofilattica' ed escludere al tempo stesso (pure esattamente) che la giurisdizione della Corte costituzionale sia una giurisdizione di interpretazione ed ammettere poi una sorta di *super revisione* da parte di quest'ultima, dell'interpretazione, a torto od a ragione, affermata dalla Cassazione ».

La soluzione, allora, deve essere un'altra: poiché la Corte non ha risolto la questione sollevata, essa va riproposta e questa volta la Corte non potrà non annullarla, al fine di sciogliere il giudice di rinvio dall'obbligo di applicare quel punto di diritto. L'annullamento, in questo caso, colpirebbe solo quella norma e non necessariamente tutta la disposizione, essendo questa per la Corte idonea **ad** esprimere un significato costituzionalmente legittimo.

([103]) Così riferisce PIZZORUSSO A., *op. cit.*, 390 s.

([104]) D'altra parte che questa rappresenti la soluzione ottimale viene riconosciuto (sia pure *incidenter tantum*) da CRISAFULLI *V.*, *Osservazione* a *Corte costituzionale n. 21 del* 1959, in *Giur. Cost.* 1959, 317: «ma, allora, espediente per espediente, meglio sarebbe stato se la Corte si fosse invece attenuta strettamente alla impostazione della questione data nell'ordinanza ed avesse pertanto dichiarato la illegittimità costituzionale delle norme denunciate (...) nel significato e nella portata ad esse attribuite così dalla Cassazione come, sulle orme (obbligate) di questa, dal giudice *a quo* ». Opinione ribadita ancor più chiaramente (sempre però incidentalmente) dallo stesso Autore nella *Postilla,* cit., *934:* « probabilmente, anzi, la soluzione più semplice e lineare consisterebbe nel ritenere che — sempre (ed almeno) nei casi cui particolarmente qui ci si riferisce — la decisione della Corte sia condizionata dalla questione, così come è stata prospettata nell'ordinanza di rimessione in ottemperanza alla intercorsa pronuncia della Cassazione ».

piu rispondenti ai loro fini » ([105]), ecco subentrare un'altra prospettiva di utilità della teoria del diritto vivente. E cioè: adeguare il diritto vigente (come appare nelle sue formulazioni e nelle intenzioni del legislatore) ai valori storicamente divenienti dell'ordinarnento, sotto il controllo della giustizia costituzionale che proprio su tale adeguamento dovrà pronunciarsi ([105 bis]).

Soprattutto in tempi in cui il *corpus* legislativo era costituito (specie su materie particolarmente delicate) da disposizioni prevalentemente ereditate dal regime fascista, tale funzione dinamica della teoria ascarelliana sarebbe risultata di estremo ausilio d'autorità giudiziaria ed alla Corte medesima.

Al di fuori di tale storicizzazione, la prospettiva indicata è certo suggestiva, ma va molto ponderata: invero, essa rischia di aprire le porte ad un concetto sociologico di diritto vivente (su cui si tornerà oltre) con la conseguenza di trasformare la Corte da giudice di legittimità a giudice di opportunità, ed in quanto tale potere sovrapposto a quello legislativo.

È comunque vero che il formarsi di un diritto vivente giurisprudenziale che la Corte costituzionale non riesce ad arginare o, in ultima analisi, la mancata formazione di una giurisprudenza omogenea e prevalente su determinate disposizioni, potrebbero essere assunte come « figure sintomatiche » dell'equivocità del testo legislativo da parte del legislatore, che dovrebbe quindi essere spronato ad intervenire su esso attraverso un esercizio positivo dei propri poteri (legge di interpretazione autentica o legge di riforma) ([106]).

---

([105]) L'efficace citazione è di FASSÒ G., Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1972, 937.

([105 bis]) A ciò si riferiva lo stesso Ascarelli quando indicava nella Corte costituzionale il « ponte necessario tra il corpus *iuris* e la mutevole realtà » (ID., Norma giuridica e realtà sociale, in Problemi giuridici, I, Milano 1959, 69 ss.).

([106]) Una prospettiva apparentemente simile è suggerita da CRISAFULLI V., *Il* ritorno dell'art. 2, cit., 895 e da MONTESANO L., Norma e formula legislativa, cit., 534: ivi, in realtà, ci si limita a rilevare come l'affermarsi di un certo diritto vivente *(e* non anche, quindi, la sua incapacità a consolidarsi) vada visto come sollecitazione per un intervento della Corte costituzione (e non anche, invece, del legislatore).

Secondo VASSALLI G., *op. cit.,* 1011 s., non esisterebbero canoni precisi per la condotta del legislatore nei casi di dubbia legittimità di una legge, variando questi a seconda delle ipotesi. Resta ferrno però il dovere per il Parlamento di astenersi dall'intervenire in casi di contrasti interpretativi tra Supreme Corti, una volta che la questione di legittimità già risolta dalla Corte con sentenza interpretativa di rigetto è stata nuovamente riproposta: in tal caso, secondo l'Autore, il potere legislativo dovrebbe attendere di conoscere se la Corte confermerà la precedente decisione o se invece, prendendo atto della situazione, pronuncerà una sentenza di accoglimento (anche interpretativa).

4. Strettamente connessa alle ultime considerazioni fatte, è una ulteriore conseguenza della dottrina del diritto vivente: « il discrimine fra le leggi anteriori e quelle successive alla Costituzione scompare — è appena il caso di avvertire — quando della norma censurata si esamina il solo contenuto precettivo, indipendentemente dall'atto che lo produce » ([106 bis]).

Nel momento in cui, cioè, si ammette un giudizio di legittimità su norme, ed a *fortiori* su norme viventi nella prevalente giurisprudenza, perde di senso una differenziazione cronologica tra disposizioni, sulla quale far leva per sottrarre le leggi anteriori alla Costituzione al sindacato della Corte ([106 ter]): ciò che diventa rilevante, infatti, non è l'atto con cui la legge *ante constitutionem* ebbe a sorgere, ma il suo attuale e storicamente concreto contenuto prescrittivo, così come per una qualsiasi legge approvata dal parlamento repubblicano.

In tal senso, la teoria del diritto vivente avrebbe certo agevolato la risoluzione del problema, all'epoca vivacemente dibattuto, se tra gli atti legislativi oggetto di sindacato della Corte andassero comprese anche le leggi già in vigore precedentemente alla Carta costituzionale. Soluzione affermativa cui, comunque, la Corte è giunta (sia pure attraverso un diverso itinerario) fin dalla sua prima sentenza del 1956.

Riassumendo: drastico ridimensionamento dei problemi di struttura ed effetto connessi alle sentenze interpretative di rigetto. Prevenzione di possibili conflitti interpretativi tra Corte costituzionale e autorità giudiziaria. Soluzione univoca al problema del rapporto tra punto di diritto e dispositivo intarpretativo di rigetto. Adeguamento del diritto vigente ai valori storicamente divenienti. Indubbia competenza del giudice delle leggi in ordine alle norme anteriore alla Costituzione. Sono questi i riflessi positivi della teoria del diritto vivente, dei quali è facile intuire l'importanza se rapportati ai problemi urgenti *e* concretamente emersi nei primi anni di attività della Corte.

Si tratta quindi di una dottrina elaborata anche con intenti pratici e, peraltro, avente il pregio di rappresentare una soluzione praticabile e valida per quegli stessi problemi, soddisfacendo così alcune osservazioni metodologiche giustamente avanzate in taluni scritti dell'epoca ([107]) a critica di altre soluzioni dottrinali eccessivamente

---

([106 bis]) Così, con espresso riferimento al fenomeno del diritto vivente, LA PERGOLA A., Relazione di sintesi, cit. 728.

([106 ter]) I termini del problema relativo! alla competenza della Corte costituzionale a giudicare delle norme anteriori alla Costituzione sono troppo noti perché qui vi si debba indugiare. Si veda, comunque e per tutti, il dibattito tra Crisafulli, Esposito, Giannini, Lavagna, Mortati e Vassalli in Giur. Cost. 1956, 261.

([107]) Il riferimento è a FIORE C., op. cit., 107 nota 21, secondo il quale nell'affrontare i problemi sollevati dalle sentenze interpretative costituzionali an-

astratte ed incapaci di misurarsi con il concreto operare della Corte e dei giudici ordinari.

### 4.1 I limiti della tesi di Ascarelli e la necessità di integrarne alcuni profili

La tesi di Ascarelli, benché poggiante su premesse di teoria generale ben individuate, resta però ancora involuta sotto molti importanti profili.

Essa, come si è visto, attribuisce valore vincolante all'interpretazione giudiziale prevalente: individua così nella giurisprudenza la matrice del diritto vivente. Tuttavia manca l'approfondimento di un elemento decisivo: quando, cioè, si può ritenere formato un diritto vivente di tale matrice. In altre parole, va specificato in cosa si deve sostanziare la giurisprudenza prevalente: nella interpretazione della sola Cassazione (magari esclusivamente a sezioni unite)? Nell'orientamento delle più alte magistrature( non solo, quindi, la Cassazione ma anche il Consiglio di Stato nella sua adunanza plenaria e/o nelle sue singole sezioni, la Corte dei Conti, fors'anche il Tribunale Supremo Militare un tempo operante)? Nella lettura della disposizione impugnata proposta da uno o più giudici a quibus? Oppure qualsiasi orientamento giurisprudenziale prevalente, indipendentemente dal grado dell'autorità giudiziaria che lo esprime?

Non solo: circa il valore vincolante del diritto vivente, corollario della tesi di Ascarelli, le posizioni elaborate in dottrina risultano assai articolate e non riconducibili ad un denominatore comune.

Anche da questo profilo, quindi, quanto detto in precedenza va necessariamente integrato.

La teoria di Ascarelli, inoltre, risulta limitata entro l'ambito esclu-

---

dava abbandonata la riflessione teorica sui limiti originari della giurisdizione costituzionale: « infatti, dopo che la Corte ha dato vita, attraverso una giurisdizione ormai quasi decennale, ad un certo tipo di pronuncia, si devono fare i conti non più con ipotesi teoriche, ma con un dato concreto dell'esperienza. Perciò un discorso in termini si può e si deve svolgere, oggi, essenzialmente sul piano effettuale. Non ha, cioè, più senso chiedersi se la Corte potesse o dovesse fare questo o quello (...); ma dobbiamo piuttosto chiederci: posto che la Corte interpreta in un certo modo le sue funzioni ... ».

Ma il riferimento è anche a PORZIO M., *op. cit.*, 284 nota 32, che (sia pure in altro contesto) osservava: « non serve quindi a niente limitarsi a sottolineare la paradossalità delle conseguenze derivanti dalla mancata rilevanza (ed efficacia erga *omnes*) delle interpretazioni operate dalla Corte nelle sentenze di rigetto. 11 problema è appunto del come ovviare a questa situazione che è nel sistema (...) senza scivolare sul falso piano delle soluzioni valide de jure condendo ma assolutamente incongrue de jure condito ».

sivo dell'orientamento giurisprudenziale prevalente, non ponendosi affatto il problema di un possibile diritto vivente di fonte diversa.

Sarà la dottrina successiva ad allargare la prospettiva a matrici di diritto vivente differenti dalla giurisprudenza, indicando: la necessità di valutare anche l'interpretazione dell'autorità amministrativa e la relativa prassi derivatane per determinare il significato vivente di una disposizione che attribuisca poteri alla Pubblica Amministrazione; la rilevanza da riconoscersi al regolamento di attuazione della legge impugnata, al fine di individuarne il significato storicamente concreto; il ruolo della dottrina, diretto o mediato, nel contribuire a determinare la prevalenza di un'interpretazione su altre; l'attenzione della Corte anche all'attività di produzione legislativa ancora in divenire.

Ascarelli, infine, teorizza un concetto strettamente giuridico di diritto vivente, non arrivando a considerarne un possibile concetto sociologico, con cui la Corte si spinga ad un'analisi di « diagnosi e prognosi sociale [108] della legge impugnata, valutandone anche gli effetti concreti derivati dalla sua applicazione [109].

È bene, allora, integrare i profili suddetti, alla luce dei contributi dottrinali anche successivi, prima di intraprendere l'indagine giurisprudenziale che ci si è prefissati.

Una volta individuate le possibili matrici del diritto vivente, il suo grado di vincolatività e le sue possibili accezioni (giuridica e sociologica), si verranno infatti ad avere i parametri indispensabili per decrittare l'uso che di tale concetto ha fatto la Corte nella sua attività di sindacato costituzionale.

## 4.2 A) Quando si forma diritto vivente giurisprudenziale

La dottrina inizia a parlare di diritto vivente in relazione all'interpretazione giurisprudenziale: sarebbe questa a dare effettività alla disposizione impugnata, e quindi su questo concreto significato normativo la Corte costituzionale sarebbe tenuta a pronunciarsi.

---

(108) ZAGREBELSKY *G.*, La dottrina, cit. 1159.

(109) Non si intende qui negare l'antiformalismo caratterizzato in senso sociologico proprio del pensiero ultimo di Ascarelli, ma semplicemente rilevare che esso non si è trasfuso nell'analisi dei meccanismi decisionali della Corte costituzionale fino al punto da inquadrare i giudizi di valore cui questa, in talune ipotesi, si spinge. D'altra parte questa lacuna non è casuale: la tesi di Ascarelli viene elaborata come risposta al nodo posto dalle prime sentenze interpretative di rigetta E a tal fine ciò che contava era la individuazione del rapporto tra ermeneutica giudiziaria e costituzionale, nulla rilevando invece un diritto vivente di tipo sociologico.

Ma interpretazione giurisprudenziale è accezione amplissima, che richiede ulteriori specificazioni; in tale sforzo di determinazione analitica, però, la dottrina non è apparsa certo univoca (quando non, addirittura, assente): il risultato ermeneutico giudiziale è infatti identificato con la lettura della legge impugnata fatta non da uno ma da diversi soggetti dell'ordinamento giudiziario.

La Cassazione, innanzitutto: facendo leva essenzialmente sulla funzione nomofilattica di questa, e quindi sulla sua capacità di influenzare in modo determinante gli orientamenti degli altri giudici, si è sostenuto (110) che solo il crisma di una pronuncia favorevole della Suprema Corte fa di quell'orientamento giurisprudenziale il diritto vivente.

Non è necessario ripetere quanto già osservato circa i limiti intrinseci dei poteri interpretativi della Cassazione e le altre obiezioni di carattere generale mosse ad un concetto di diritto vivente meccanicisticamente ed esclusivamente determinato dalla giurisprudenza di Cassazione (111). È sufficiente rilevare come, ancora oggi, si riconosca un ruolo decisivo all'orientamenta assunto dal giudice di nomofilachia, ovviamente *a fortiori* se espresso a sezioni unite.

Non si rinuncerà, pertanto, a verificare l'attendibilità di tale assunto attraverso l'indagine sulla giurisprudenza, avendo anche cura di rilevare un eventuale diverso atteggiamento della Corte nei con-

---

(110) Così ANDRIOLI V., *Ancora sulla figura del Ministro giudice*, cit. 5, che pur evidenziando criticamente i limiti dei poteri interpretativi della Cassazione, arrivando addirittura ad ipotizzare che l'interpretazione dominante non sia mezzo utile per individuare la premessa minore del giudizio di costituzionalità, ritiene comunque che « *non* è *consentito alla Corte* stessa di adagiarsi su interpretazioni correnti o dominanti, *che non abbiano riportato il crisma della Cassazione* » (corsivi non testuali).

Similmente PIZZORUSSO A., *La motivazione delle decisioni*, cit. 399 secondo il quale l'interpretazione della Cassazione, pur non essendo vincolante per la Corte costituzionale, tuttavia in forza della sua funzione nomofilattica influenza gli orientamenti della Corte. In tal modo questa viene ad intendere la legge nel suo significativo vivo ed attuale.

(111) Si rinvia ai precedenti paragrafi 2.1 e 2.2 di questa medesima prima parte. Si può qui aggiungere un richiamo sommario all'esperienza negativa delle cd. massime consolidate della Cassazione, redatte dal relativo Ufficio del massimario e del ruolo, come tentativo di fissare l'orientamento interpretativo prevalente depurato da qualsiasi riferimento al caso concreto. Criticata da PIERANDREI F., *Le decisioni degli organi della « giustizia costituzionale » (natura, efficacia, esecuzione)*, in *Riv. It. Sc. Giur.* 1954, 201 nota 35 (ed, *ivi*, ulteriori indicazioni bibliografiche) come « tentativo compiuto tuttavia con criteri assai discutibili », viene citata da ANDRIOLI V., *Motivazione e dispositivo*, cit. 547 nota 11, a dimostrazione « non già che la Cassazione adempia al compito di assicurare l'interpretazione uniforme del diritto, sibbene che l'interpretazione del diritto tenda ad essere uniforme per il verificarsi del solo dato empirico della unificazione della Cassazione ».

fronti di un'interpretazione espressa da una sola sezione o dalla Cassazione nella sua colleggialità.

Ma se all'interpretazione della Cassazione si attribuisce tale importanza essenzialmente per il suo ruolo di garante dell'esatta osservanza, dell'uniforme interpretazione della legge e dell'unità del diritto oggettivo, eguale rilievo dovrebbe attribuirsi a quei giudici speciali le cui decisioni *sono* sottratte ad ulteriori gradi di giurisdizione e che quindi assumano, ciascuno nel proprio ambito di competenza, valore determinante.

I1 riferimento, ovviamente, è al Consiglio di Stato (specie se in adunanza plenaria), alla Corte dei Conti (una volta riconosciuta dalla Corte costituzionale giudice abilitato a promuovere la *quaestio legitìmitatis*) ed al Tribunale Supremo Militare (ora però abolito dall'ordinamento con la 1. n. 180 del 1981).

Così inteso, il diritto vivente giurisprudenziale dovrebbe coincidere con gli orientamenti interpretativi delle più alte magistrature (112), come in effetti di recente si è sostenuto, sia pure con talune differenziazioni tra magistratura e magistratura (113).

Anche qui si tratterà di verificare, comunque, se la Corte costituzionale abbia o meno (e con quale frequenza) fatto riferimento agli orientamenti delle alte magistrature suddette.

Con ben altre ragioni, invece, si giustifica la tesi secondo la quale il diritto vivente troverebbe la sua matrice nell'interpretazione del giudice a quo, per cui la Corte « è vincolata a giudicare (esclusivamente) delle norme dedotte, *e* così come dedotte, nell'atto introduttivo del processo costituzionale » (114). Ciò sarebbe conseguenza del

---

(112) Un accenno in tal senso, benché generico, è in PIERANDREI F., L'interpretazione delle norme costituzionali, cit. 562, secondo' cui in questa operazione ermeneutica tesa ad individuare la disposizione impugnata nel suo significato normativo, la Corte attribuirebbe particolare rilievo all'interpretazione « delle più alte magistrature ». Di recente LA PERGOLA A., Relazione di sintesi, cit. 729 s., ha parlato di monopolio in ordine all'interpretazione delle norme ordinarie con riferimento « all'organo della nomofilachia, costituito dalle sezioni unite della Corte di Cassazione nonché, nei settori di loro rispettiva competenza, dai vertici delle altre magistrature, quali il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti ».

(113) Si vedano, in merito, le considerazioni di ZAGREBELSKY *G.*, La dottrina, cit. 1153 ss.

(114) Così sintetizza efficacemente (benché in disaccordo) CRISAFULLI V., Le sentenze interpretative, cit. 21. La tesi è da attribuirsi a Carnelutti. L'Autore, che pure nel 1957 aveva redatto la postilla critica al fondamentale saggio di Ascarelli, già due anni dopo (ID., Aspetti problematici del processo al legislatore, in Riv. Dir. Proc. 1959, 1) sembra timidamente fare spazio ad un diritto vivente di matrice giurisprudenziale: nega effetto vincolante alla sentenza interpretativa di rigetto (perché di rigetto), ma afferma che se il giudice a quo insiste nel riproporre l'interpretazione disattesa dalla Corte, questa allora deve accer-

rigoroso rispetto del proprio ruolo cui è tenuto il giudice di costituzionalità: esso, infatti, deve risolvere il dubbio del giudice di rimessione e non altro, deve giudicare della conformità alla Costituzione della legge e non interpretarla come una supercassazione. E laddove la Corte non si attenesse al criterio vincolante suddetto, pronunciando una sentenza interpretativa di rigetto, allora il giudice a quo sarebbe legittimato a risollevare la medesima questione dinanzi al giudice di costituzionalità « facendogli, alla buona, questo discorso: 'il mio potere di interpretazione della legge è sovrano, salva la critica del giudice di appello e del giudice di cassazione; nello stato di diritto ogni organo deve stare al suo posto: io sono soggetto al tuo giudizio quanto alla validità ma non quanto all'interpretazione della legge; seconda me la legge è così e non altrimenti; della validità della legge come io la intendo tu devi giudicare' » ([115]).

---

tarne esplicitamente la legittimità o meno. L'argomento di fondo del ragionamento di Carnelutti è, in questo scritto, la funzione « autorizzatoria» della sentenza della Corte: essa, dichiarando illegittima la disposizione, sottrae il giudice dalla sua posizione di *subditus* rispetto alla legge *(ex* art. 101 Cost.) autorizzandolo così a prescindere da questa.

Quanto abbozzato nel 1959, si puntualizza con tutta evidenza nel successivo scritto di CARNELUTTI F., *Poteri della Corte costituzionale,* cit. 349, il cui itinerario logico giuridico è sintetizzato nel testo. Al medesimo effetto pratico di vincolare la Corte all'interpretazione del giudice *a quo* giunge anche, sia pure secondo un *iter* completamente diverso, CAPPELLETTI M., *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata,* in *Riv. Dir. Proc.* 1956, 135, dove si sostiene che la natura del sindacato di costituzionalità è quella di un procedimento di volontaria giurisdizione.

([115]) CARNELUTTI F., *Poteri della Corte costituzionale,* cit. 351. La tesi verrà poi autorevolmente ripresa da CONSO G.-FAZZALARI, *Appunti per una discussione sui problemi attuali della Cassazione,* in *Riv. Dir. Proc.* 1966, 77 s., dove si ammette la tipologia delle sentenze interpretative di accoglimento perché l'oggetto del giudizio di costituzionalità non va individuato nel testo o fonte normativa, quanto piuttosto nella norma indicata in concreta dal giudice *a quo* come risultato della sua attività interpretativa,

Più tardi su posizioni simili si collocherà RESCIGNO G.U., *op. cit.,* 1053. Ivi, all'interno di una critica globale alla tradizionale dicotomia testo/norma (condotta al fine di ricustruire con precisione il principio della corrispondenza tra chiesto *e* pronunciato: cfr. *supra,* nota 20), l'Autore afferma che « come la Corte è vincolata a giudicare di quelle proposizioni formulate in modo esplicito o implicito dal legislatore che il giudice *a quo* ha indicato, così la Corte è vincolata a giudicare di quelle proposizioni normative non formulate dal legislatore ma che il giudice *a quo* ha ricavato da proposizioni del legislatore e ha sottoposto alla Corte » (1063 nota 20). Par di capire, quindi, che il giudice costituzionale sia vincolato all'orientamento interpretativo del giudice di rimessione. Il che troverebbe conferma nel modo in cui Rescigno intende il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: la Corte, infatti, secondo l'Autore deve ricercare tutti gli argomenti possibili per risolvere la questione così delimitata, siano o meno stati avanzati dal giudice *a quo.* Ma, come si ricava impli-

Una simile configurazione del diritto vivente ha sortito in dottrina non poche critiche (116), alcune delle quali sembrano cogliere nel segno.

La prima si muove in linea di fatto: talvolta il giudice a *quo* si limita a segnalare il possibile conflitto costituzionale tra disposizione ordinaria e parametro costituzionale, senza entrare specificamente nell'interpretazione della legge impugnata. In tal caso, tutt'altro che infrequente, verrebbe meno il presupposto ermeneutico cui la Corte dovrebbe essere vincolata (117).

La seconda, ancor più di fondo, propone pure un dubbio in linea di fatto: considerato l'effetto di annullamento delle sentenze di accoglimento, la legislazione verrebbe posta nelle mani del più modesto o estroso dei giudici di merito, con conseguenze assai pericolose per

---

citamente, non può delimitare la questione prescindendo da quanto indicato nell'ordinanza di rinvio.

Infine, ancora più tardi, MARTINES T., Questioni vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale, in Studi XX Ann. Ass. Cost., Firenze 1969, VI, 393, recuperando quanto già elaborato da Carnelutti, ritiene (salvo poi prendere atto del diverso concreto atteggiarsi della giurisprudenza della Corte) che a rigore le sentenze interpretative non sarebbero ammissibili perché con esse, benché il legame tra giudizio costituzionale e giudizio a quo sia inscindibile, la Corte non risponderebbe al quesito posto dal giudice di rimessione, con conseguente violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

(116) Ovviamente molte di queste obiezioni sono comuni alla tesi di Ascarelli: nel testo si riportano quelle proprie della sola teoria di Carnelutti; qui di seguito, invece, si fa una breve ricognizione delle critiche non originali, La tesi viene respinta alla radice da chi nega che oggetto del sindacato di costituzionalità sia la norma: assumendo come oggetto il testo, diviene inaccettabile l'idea che la Corte sia vincolata alla interpretazione di quello fatta in ordinanza (CRISAFULLI V., Ancora delle sentenze interpretative, cit. 100; LIEBMAN E.T., Legge e interpretazione, cit. 573 nota 7; CHIARELLI G., *Processo* costituzionale, cit. 29). Come già si è visto, negare il giudizio su norme significa non ammettere alcun carattere vincolante al diritto vivente di qualunque matrice.

Ammesso pure il giudizio su norme, la Corte tuttavia giudica di significati normativi esistenti e non astrattamente ipotizzabili ma per essa inesistenti a, comunque, unilaterali, personalissimi e privi di fondamento (STELLACCI P., *op.* cit. 10; VASSALLI G., *op.* cit., 1092). Di più: la Corte vaglia la legittimità costituzionale di una disposizione nel suo significato attuale e non storiografico (CRISAFULLI V., Ancora delle sentenze *interpretative*, cit. 99).

Infine, anche da parte di chi in linea di principio ammetterebbe il valore obbligante del diritta vivente, si è rilevato che per l'intrinseca assenza del necessario presupposto della priorità in *tempore*, l'interpretazione del giudice *a* quo non può essere vincolante per la Corte (così POMODORO S., *op. cit.*, 8: « neppure tali interpretazioni — è ovvio — hanno un valore definitivo, nello stesso giudizio a quo potendo essere contraddette, con la sentenza e con le sentenze successive »).

(117) VASSALLI G., *op. cit.*, 1092.

il corpus normativo vigente ed in contrasto con le esigenze di omogeneità interpretativa, certezza e superiorità della Cassazione ([118]).

D'altra parte, in linea di principio — ed è la terza obiezione — che la Corte non sia vincolata all'interpretazione del giudice a quo, trova conferma nella funzione propria del giudizio costituzionale: esso non mira alla corretta individuazione della norma da applicare al rapporto concreto, ma ad attuare una tutela costituzionale che trascende la mera garanzia del riconoscimento dei beni giuridici delle parti in conflitto (il che spiega, peraltro, l'autonomia del giudizio incidentale rispetto al processo principale, una volta investita la Corte della *quaestio legitimitatis*) ([119]).

Si tratta di critiche di indubbio peso. Alle prime due si può pure replicare, rilevando come nel caso di mancata interpretazione della disposizione impugnata si sia in presenza di un limite dell'ordinanza di rinvio che il giudice a ***quo*** dovrebbe di regola colmare onde evitare una probabile restituzione degli atti per precisazione della questione di costituzionalità da parte della Corte o, secondo le tendenze successivamente affermatesi in seno a questa, una pressoché certa dichiarazione di inammissibilità per indeterminatezza del thema *decidendum* ([120]).

Così come, per il rischio di annullamenti indiscriminati, si è ribattuto indicando nell'ordinanza di inammissibilità lo strumento con cu la Corte dovrebbe evitare di pronunciarsi su un'interpretazione del giudice a quo aberrante e priva di qualsiasi fondamento ([121]) e proponendo nella tipologia delle sentenze interpretative di accoglimento la via attraverso cui colpire una norma proposta dal giudice di rimessione (plausibile ma non unica) facendo salvo il testo legislativo impugnato ([122]) ([123]).

---

([118]) PIERANDREI F., *La Corte costituzionale*, cit., *182*. L'obiezione verrà poi ripresa da BRANCA *G.*, *op. cit.*, *58*, da LIEBMAN E.T., *Legge e interpretazione*, cit. 573 nota 7 (che evidenzia l'incertezza del diritto che ne deriverebbe nonché la moltiplicazione dei giudizi costituzionali necessari per colpire tutte le possibili Interpretaioni di un dato testo) e da VASSALLI G., *op. cit.*, *1093*.

([119]) CHIARELLI *G.*, *Processo costituzionale*, cit. *29* s.

([120]) Sul fenomeno dell'aumento abnorme delle pronunce di inammissibilità nella più recente giurisprudenza costituzionale e dei meccanismi decisionali che si celano dietro tale schermo formale, vedi CARLASSARE L., *Le « questioni inammissibili » e la loro riproposizione*, in *Scritti in more di V. Crisafulli*, Padova *1985, I*, 133 e, più recentemente, ID., *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, in *Foro It. 1986, V*, *293* (ora anche in *Strumenti e tecniche di guidizio*, cit. 27).

([121]) In tali estreme ipotesi, la Corte potrebbe dichiarare innammissibile la (questione, dovendo essa giudicare della legittimità di una legge e non della legittimità di « parvenze o arbitrarie formulazioni normative »: così MARTINES T,, *op. cit.*, *406;* similmente PACE *A.*, *Identità o differenza*, cit. *1656* nota *15*.

([122]) Già in tal senso si era pronunciato lo stesso CARNELUTTI F., *Poteri della*

Ma è la terza obiezione che si rivela decisiva: essa, negando che la funzione del giudizio costituzionale possa essere vista *solo* come servente del processo principale, disvela l'apparente similitudine tra la teoria di Carnelutti e quella di Ascarelli ([123 bis]): laddove l'interpretazione del giudice a quo non risulti omogenea all'orientamento giurisprudenziale prevalente, non può qualificarsi diritto vivente, rappresentandone anzi una iniziale incrinatura. Vincolare la Corte costituzionale all'orientamento espresso dal giudice di rimessione, in simili casi, significa costringerla a pronunciarsi non su un'interpretazione storicamente concreta, bensì su una isolata (o, comunque, minoritaria) ipotesi normativa.

Benché criticabile, la tesi va apprezzata per il tentativo di sottolineare la necessità di mantenere un legame tra giudizio costituzionale e giudizio principale: « la sentenza della Corte non può non risolvere anche il dubbio del giudice a *quo*, nei termini in cui era prospettato, perché altrimenti sarebbe inutiliter data propria rispetto a quel giudizio » ([124]).

Si tratterà di vedere, al di là delle differenti opinioni dottrinali, attraverso l'indagine sulla giurisprudenza quale rilievo la Corte abbia dato all'interpretazione del giudice a quo, argomentando così dall'effettività della giurisprudenza costituzionale l'attendibilità o meno della tesi. Sarà anche opportuno riscontrare se il concreto atteggiarsi della Corte vari in misura significativa a seconda del numero di ordinanze che sollevano la medesima questione in base ad unidentica interpretazione della disposizione impugnata, benché il numero dei giudici a quibus non sia un dato da enfatizzare oltre misura, essendo

---

Corte costituzionale, cit. 352: il rischio di indebiti annullamenti verrebbe evitato grazie alla stretta connessione tra dispositivo e motivazione propria di decisioni interpretative di accoglimento, con cui si colpisce la norma ma non il testa

Con maggior precisione CONSO G. - FAZZALARI E., *op. cit.*, 78, individuano la tipologia delle sentenze interpretative di accoglimento, ne ammettono la piena legittimità de jure condito e « comunque, nelle ipotesi in cui non si volesse accettare allo stato della legislazione questo moda di intendere la reciproca posizione dei due organi (Corte e giudice ordinario), esso dovrebbe venire al più presto prescritto dal legislatore ».

([123]) Non è possibile, invece, far leva sulla possibilità per la Corte di pronunciare sentenze interpretative di tipo correttivo (come si è fatto, invece, per controbattere all'identica obiezione mossa alla tesi di Ascarelli: vedi supra il par. 2.2) perché qui non rileva affatto l'orientamento *giurisprudenziale* prevalente: è la Corte che, discrezionalmente, valuta assurda o aberrante la norma suggerita dal giudice a quo; non c'è un diritto vivente che funzioni da tertium comparationis, semplicemente perché è l'interpretazione del giudice remittente che è qualificata come tale.

([123 bis]) Come già rilevato: vedi, supra, il par. 1.2.

([124]) CRISAFULLI V., Ancora delle sentenze interpretative, cit. 101, che però ritiene inaccettabili gli sviluppi conseguenti alla teoria analizzata.

del tutto accidentale. Per prassi consolidata, infatti, i giudizi in cui dovrebbe applicarsi la stessa disposizione o norma impugnata da altro giudice, vengono di fatto sospesi in attesa della pronuncia della Corte costituzionale (125). Stando così le cose, il numero di ordinanze non può essere indice sicuro di alcun diritto vivente: potrà solo avere un valore indiziario circa l'esistenza (o il formarsi) di un diffuso orientamento interpretativo giurisprudenziale. I1 che, allora, ci riporta alla impostazione generica di partenza circa il diritto vivente di matrice giurisprudenziale in senso lato (126).

### 4.3 B) Se il diritto vivente giurisprudenziale sia vincolante per il giudizio della Corte costituzionale

Ben più approfondito, dalla dottrina dell'epoca, è un altro aspetto strettamente legato al precedente: l'interpretazione giurisprudenziale (comunque intesa) è vincolante o meno per la determinazione della norma impugnata da parte della Corte costituzionale?

Qui le posizioni sono molto più articolate (ln): prescindendo da quegli autori che si muovono fuori da una prospettiva di diritto vivente e che, quindi, coerentemente rivendicano assoluta libertà interpretativa per la Corte costituzionale, possono schematicarnente indicarsi almeno quattro differenti orientamenti.

Il primo è quello di chi, pur riconoscendo un ruolo condizionante ed orientativo alla interpretazione giurisprudenziale costante, ritiene che la Corte sia facultata ma non obbligata a pronunciarsi su di essa (128).

---

(125) Così afferma CRISAFULLI V., Lezioni, cit., 298. Ma già in tal senso si era pronunciato AZZARITI G., *op. cit.*, 881: secondo il Presidente della Corte, la pubblicazione dell'ordinanza di rinvio in Gazzetta Ufficiale « dovrebbe trattenere i giudici dal rimettere di nuovo alla Corte questioni dalle quali questa risulti già investita »; essi dovrebbero limitarsi a sospendere il procedimento in corso, in attesa che la Corte risolva la *quaestio legitimitatis*.

(126) Per le diverse tipologie delle ordinanze di rinvio da cui si può evincere il grado di concretezza della interpretazione ivi avanzata, vedi le interessanti osservazioni di CRISAFULLI V., Questioni in tema di *interpretazione*, cit. 934.

(127) Di seguito nel testo ci si limiterà ad una schematizzazione riassuntiva dei diversi orientamenti dottrinali, avendo già affrontato il problema del carattere vincolante del diritto vivente, nei suoi termini generali, ai precedenti paragrafi 2.1 e 2.2.

(128) Così ESPOSITO C., Diritto vivente, cit. 605, secondo cui la decisione della Corte « può » (e non deve) dipendere dal diritto vivente, inteso come interpretazione costante della giurisprudenza e della prassi amministrativa. Secondo LAVAGNA C., Osservazione alla sentenza n. *11* del *19* febbraio *1965* della Corte costituzionale, in Giur. It. 1965, 547, nella scelta tra più significati normativi di un medesimo testo la Corte deve scegliere criticamente facendo uso dei nor-

I1 rischio di tale posizione (non ostile *tout court* ai presupposti del diritto vivente ed anzi persuasa che da esso dipenda, in ultima analisi, l'effettività della legge) è di ridimensionare gli effetti dell'interpretazione storicamente concreta nei confronti del giudizio costituzionale, fin quasi a vanificarli del tutto, potendo la Corte a propria discrezione ora farsi forte del costante orientamento giurisprudenziale, ora volutamente ignorarlo (129).

I1 secondo orientamento, ancor più di mediazione del precedente, è quello di chi sostiene che, ferma restando la libera interpretazione della Corte costituzionale, questa però non potrebbe assumere ad oggetto del suo giudizio norme prive del tutto di corrispondenza con la realtà giurisprudenziale (130).

Posizione ibrida, che sconta in termini di poca chiarezza il tentativo di rendere compatibili due criteri interpretativi che non posson coesistere allo stesso livello, elidendosi reciprocamente. D'altra parte, se lo scopo della tesi illustrata è quella di escludere l'individuazione puramente ermeneutica di norme ipotetiche da parte della Corte costituzionale, essa sembra mancare il bersaglio: infatti, le sentenze interpretative di rigetto indicano un significato normativo della disposizione impugnata costituzionalmente compatibile, magari nettamente minoritario ma il più delle volte *comunque esistente* nell'applicazione giudiziaria.

Più coerente, anche se minimalista nei suoi esiti, è il terzo orientamento dottrinale: l'interpretazione giurisprudenziale risulta vincolante per la Corte costituzionale solo nella particolare, ma rilevante,

---

mali criteri interpretativi « integrati, se si vuole, ma non certo sostituiti da1 cosidetto criterio di concretezza storica ».

Similmente PORZIO M., op. *cit.*, 289, secondo il quale la Corte non pub accettare acriticamente un'interpretazione giurisprudenziale, ma deve saggiare, alla stregua dei vari criteri ermeneutici, se quel significato risulti o no verificabile: « non v'è alcun dubbio che la Corte possa far proprio un determinato orientamento interpretativo della giurisprudenza (...), tuttavia essa deve ripetere nella sua sentenza almeno gli essenziali passaggi del ragionamento ermeneutico, divenuto il presupposto della sua decisione ».

Per CRISAFULLI V., Questioni in tema di interpretazione, cit, 935 e 944, il problema del carattere vincolante o meno del diritto vivente è strettamente connesso a quello dell'efficacia delle sentenze interpretative di rigetto e, comunque, un valore obbligante è ammissibile solo se incanalato entro lo schema della cd. doppia pronuncia.

(129) È quanto accade, ad esempio, a GIANNINI M.S. op. cit., 923, che stempera il diritto vivente di matrice giurisprudenziale a mero valore indicativo, pari a quello di una possibile prospettazione giuridica di norma ipotetica (cioè ricavata da un testo normativo polisenso) o problematica (cioè ricavata da un testo normativo che, pur non essendo polisenso, coordinato con altre norme o principi già esistenti, si presta a più interpretazioni).

(130) Così, isolatamente, BARILE P., *op. cit.*, 857.

ipotesi in cui oggetto della questione di costituzionalità sia il punto di diritto fissato dalla Cassazione (131). Del rapporto tra sentenza interpretativa di rigetto, giudice di rinvio e punto di diritto della Cassazione si è già detto (132); qui è sufficiente rilevare come una simile posizione sul carattere vincolante dell'interpretazione storicamente concreta, canalizzi la forza della tesi del diritto vivente solo verso un problema circoscritto.

L'ultimo orientamento è quello certamente più radicale: il diritto vivente vincola la Corte costituzionale. Essa deve giudicare della conformità alla Costituzione della legge così come interpretata dalla giurisprudenza prevalente (comunque intesa) e non reinterpretarla a propria discrezione (133).

È la tesi più estrema, ma anche la più coerente con i presupposti di teoria generale da cui muove la dottrina del diritto vivente. Se questo è inteso come orientamento giurisprudenziale dominante (dei giudici in senso lato, della sola Cassazione, delle altre alte magistrature), come già più volte si è sottolineato, presupposto esistenziale del testo impugnato è la sua costante applicazione secondo quel determinato significato normativo. Se il diritto vivente è inteso come interpretazione proposta dal giudice a *quo,* la Corte non adempirebbe al suo compito non pronunciandosi sulla norma indicata nell'atto di introduzione del giudizio incidentale.

Com per le diverse matrici giurisprudenziali; così anche per il carattere vincolante o meno del diritto vivente si tratterà di verifi-

---

(131) Così CRISAFULLI V., Osservazione a Corte costituzionale n. 21 del 1959, cit. 317; ID., Postilla, cit. 934, sia pure incidenter tantum in entrambi i saggi (sul punto vedi supra, nota 104).

(132) Vedi supra, paragrafo 3.

(133) Casì ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit. 362: si specifica, ancora una volta, che l'applicazione giudiziaria è vincolante ai soli fini del giudizio di costituzionalità, dove la legge viene in considerazione come fatto storico « ed è perciò che la equivocità del testo trova innanzitutto il criterio di soluzione nelle applicazioni che esso ha effettivamente ricevuto ». Così CARNELUTTI F., Poteri della Corte costituzionale, cit. 350, ovviamente nella sua particolare prospettiva che identifica il diritta vivente con l'interpretazione del giudice a quo.

È inoltre interessante notare che alcuni autori, benché critici verso il valore vincolante da attribuire al diritto vivente, non escludono che la Corte si senta o si sia sentita obbligata ad interpretare la disposizione impugnata nel suo significato storicamente concreto. Così PACE A., Identità o differenza, cit. 1656 nota 15, che costruisce il carattere vincolante della costante giurisprudenza ricorrendo alla « forza della consuetudine». Così anche CRISAFULLI V., Ancora delle sentenze interpretative, cit. 92 s., che osserva come la Corte spesso minimizza o volutamente ignora una interpretazione generale accolta e, così facendo, sembra riconoscere il valore vincolante laddove essa stessa ne ammetta l'esistenza.

care in concreto la condotta assunta in merito dalla Corte costituzionale.

In tal senso, significativo sarà rilevare le dichiarazioni programmatiche e gli eventuali obiter *dicta* più o meno impegnativi ed obbliganti contenuti nelle sentenze costituzionali. Soprattutto sarà interessante registrare il passaggio da una sentenza interpretativa di rigetto ad una decisione interpretativa di accoglimento, presumibilmente provocato da un orientamento giurisprudenziale ostinatamente restio ad applicare la disposizione impugnata nel modo suggerito dalla Corte.

Del massimo valore, infine, per individuare il carattere vincolante del diritto vivente, saranno eventuali sentenze interpretative di accoglimento in prima battuta, non precedute cioè da decisioni interpretative di rigetto tese ad influenzare il formarsi o il consolidarsi di un certo indirizzo interpretativo: dove evidente sarebbe l'adesione della Corte ad un significato normativo dominante e costantemente applicato, ma incostituzionale.

### 4.4 C) Individuazione di altre matrici del diritto vivente differenti da quella giurisprudenziale

Finora ci si è mossi entro l'ambito ristretto di un diritto vivente di matrice giurisprudenziale (comunque intesa): è soprattutto con la dottrina più recente (anche se non mancano in tal senso intuizioni già nei primi anni sessanta) che si è allargata la prospettiva anche a possibili matrici diverse dall'interpretazione giudiziale.

Si tratta di un ampliamento di prospettiva corretto e coerente: invero, se il presupposto esistenziale del diritto vivente è l'interpretazione dominante della disposizione impugnata e l'applicazione concreta conseguente, non necessariamente la giurisprudenza si configura come l'unico fattore determinante (134). Da qui la necessità di dare il giusto rilievo anche ad altre forme di interpretazione ed applicazione, egualmente decisive ai fini dell'effettività della legge oggetto di sindacato costituzionale.

Anche qui, sommariamente, possono essere indicate diverse matrici ipotizzate in dottrina come capaci di creare diritto vivente, *e* da

(134) Per uno spunto in tal senso si veda LAVAGNA C., Sulla illegittimità dell'art. 2, cit. 902 nota 10, che, commentando la sentenza n. 26 del 1961, osserva come la Corte per individuare l'interpretazione vivente dell'art. 2 t.u.l.p.s. non avrebbe dovuto far riferimento (come invece ha fatto) alla giurisprudenza (che è estranea ad un articolo di legge che attribuisce poteri amministrativi) bensì alla prassi prefettizia (l'esito, comunque, nel caso di specie non sarebbe stato diverso: cfr. CRISAFULLI V,, Il ritorno dell'art. 2, cit. 891).

affiancare quindi alla giurisprudenza (nelle differenti accezioni prima individuate) al momento dell'indagine che verrà condotta sulla concreta attività di sindacato costituzionale. Una volta raccolti i dati giurisprudenziali relativi a ciascuna di esse, si tenterà poi una valutazione delle conseguenze che il diritto vivente così inteso può provocare nel nostro sistema di giustizia costituzionale.

Il regolamento di esecuzione praeter o secundum *legem*, innanzitutto. Giustamente si è notato che « per la questione di costituzionalità di una disposizione di legge, la significazione o la portata che essa possa acquisire o avere acquisita in forza di un regolamento di esecuzione costantemente applicato dai giudici ed autorità » (135) rileva tanto quanto una vivente interpretazione giurisprudenziale, perché come questa anche la prima determina il significato effettivo della legge cui accede (136).

Si tratta di una prospettiva molto suggestiva e che andrà vagliata con attenzione nell'indagine giurisprudenziale: se confermata, infatti,

---

(135) ESPOSITO C., Diritto vivente, cit. 605.

(136) Come già si è avuto modo di dire, è ESPOSITO C., *op. ult. cit.*, 605-607 ad indicare come diritto vivente la significazione assunta dall'articolo di legge in forza del regolamento di esecuzione, nella convinzione che pure questo rientri a pieno titolo nel complesso degli atti di autorità che disciplinano la comunità statale e che determinano, quindi, il vivente ordinamento giuridico. Secondo l'Autore non vale obiettare che, così facendo, la legge verrebbe a perdere di significato perché in balia dei mutevoli e instabili regolamenti, tenuto conto che ben più variabili sono gli indirizzi giurisprudenziali o la prassi amministrativa (che pure la Corte considera rilevanti nell'interpretazione della legge ordinaria impugnata). Di più: contrariamente alle sentenze ed ai provvedimenti amministrativi, i regolamenti hanno valore generale e non solo individuale o puntuale.

Né ha valore sostenere che i primi hanno una forza ineliminabile (la sentenza quando passa in giudicato; il provvedimento quando non è più impugnabile) di cui sono privi i regolamenti contrari alle leggi in generale: viceversa, un regolamento di esecuzione, anche se contrario ad altre leggi diverse da quella cui accede o alla Costituzione, non è nullo ma soltanto annullabile, e continua quindi a produrre effetti fino a pronuncia di annullamento o disapplicazione. Quanto sostenuto da Esposito vale solo in riferimento ai regolamenti secundum o praeter legem, non anche *contra legem*: un regolamento contrario alla legge cui accede, infatti, è inapplicabile e privo di effetto nei confronti di qualsiasi autorità o sottoposto « e ciò perché espressioni di volontà contraddittorie o contrastanti con se stesse sono del tutto nulle o inesistenti » (p. 607).

Recentemente CARLASSARE L., Regolamento, cit. 636 ss. illustrando la tesi di Esposito, ha rilevato ad *adiuvandum* ulteriori elementi: nei fatti i regolamenti restano immutati per anni e spesso sopravvivono alla legge cui accedono (il che completa l'argomentazione prima riportata della loro maggior stabilità rispetto alla mutevolezza della giurisprudenza e della prassi amministrativa). Mediante il meccanismo della sentenza di accoglimento parziale o interpretativa, inoltre, si evita la scomparsa dell'intera disposizione legislativa impugnata, eliminando invece soltanto il significato della stessa assunto in forza del regolamento di esecuzione.

verrebbe recuperata una forma di sindacato sia pure indiretto su atti sottratti al giudizio costituzionale in quanto privi di forza di legge (137).

In secondo luogo, l'interpretazione amministrativa nelle diverse forme in cui si sostanzia: quella dell'autorità amministrativa che applica la legge, quella tradottasi nelle circolari ministeriali, quella derivante dalla prassi.

Si è ipotizzato in dottrina un uso relativamente poco significativo dell'interpretazione amministrativa come matrice di diritto vivente per la Corte costituzionale, argomentando dal fatto che l'interpretazione giudiziaria si sovrappone, in ultima istanza, a quella dell'amministrazione finendo per condizionarla anche preventivamente (138). Al che, più recentemente, si è aggiunto un'ulteriore considerazione: se l'uso del diritto vivente da parte della Corte ha il solo fine di ridisegnare il rapporto tra la Corte stessa ed i giudici, è allora inevitabile il ruolo subalterno e residuale dell'interpretazione amministrativa rispetto a quella giurisprudenziale (139).

Tuttavia anche l'attendibilità di tali affermazioni andrà verificata nel concreto della giurisprudenza costituzionale, considerato non solo il consenso di taluni autori per un diritto vivente di tale matrice, ma anche gli elementi di non poco peso che possono spingere la Corte a darvi rilievo (140).

In terzo luogo, la dottrina. È indubbio che esista un continuo contrappunto tra l'operato della Corte e le indicazioni dottrinali, manifestazione di quella forma di responsabilità diffusa del giudice della legge versa un'opinione pubblica qualificata di cui la dottrina è certamente esponente (141). Qui, però, la domanda è un'altra, e riguarda

---

(137) È in questo senso che Carlassare recupera la tesi prima illustrata di Esposito: questa, infatti, evita di assimilare il regolamento alla legge *e,* quindi, di aumentare pericolosamente i poteri normativi del Governo (come invece accadrebbe con la nota tesi di MORTATI C., Atti *con* forza di legge e sindacato di costituzionalità, Milano 1964, che ammetteva il sindacato della Corte anche sui regolamenti per la loro capacità di produzione degli effetti propri della legge), ma al tempo stesso permette un giudizio di legittimità costituzionale indiretto sul regolamento stesso in quanto matrice di diritto vivente.

(138) CRISAFULLI V., Questioni in tema di interpretazione, cit., 931.

(139) ZAGREBELSKY G., La dottrina, cit. 1155 ss.

(140) In effetti, non sono pochi gli autori che, motivatamente o apoditticamento, indicano l'interpretazione amministrativa come fattore determinante il diritto vivente: fra questi, ESPOSITO C., Diritto vivente, cit, 605; GROTTANELLI DE' SANTI, Considerazioni *sull'attività* interpretativa, cit. 82. Quanto alle ragioni dì carattere generale che spingono ad una rilevanza dell'attività ermeneutica dell'autorità amministrativa si rimanda agli scritti citati, nella parte secondo, alla nota 148.

(141) Così, efficacemente, PALADIN L., Saluto, in *Strumenti* e tecniche di giudizio, cit. 4.

l'idoneità dei teorici del diritto ad essere fautori di interpretazioni della legge impugnata capaci di imporsi alla Corte come diritto vivente.

Benché in merito si debba registrare la netta contrarietà di taluni autori per i quali l'interpretazione dottrinale non sarebbe idonea a creare diritto vivente perché astratta per definizione (142), e benché lo stesso Ascarelli attribuisse ad essa una funzione meramente ausiliaria rispetto all'interpretazione giurisprudenziale (143), il modo in cui concretamente la Corte si è rapportata, in sede di interpretazione della legge impugnata, con l'orientamento dottrinale prevalente costituirà comunque un ulteriore oggetto di verifica.

Si tratterrà, soprattutto, di rilevare se il contributo della dottrina al formarsi di un diritto vivente sia diretto o soltanto mediato (ad esempio, attraverso l'interpretazione giudiziaria o congiuntamente ad essa). In entrambe le ipotesi, si dovrà pure esaminare di ***quale*** dottrina si tratti: ***se*** la prevalente, o quella valutata dalla Corte come autorevole, o altra ancora. In tal modo sarà possibile misurare l'attendibilità della tesi, recentemente ribadita (144) che individua nella ***communis opinio*** tra teorici ***e*** pratici del diritto la matrice dell'interpretazione storicamente concreta.

Infine, i progetti di legge ***in*** *itinere*. Anche questi costituiscono una possibile matrice di diritto vivente ipotizzata soltanto di recen-

---

(142) LAVAGNA C., Sulla illegittimità *dell'art.* 2, cit. 902.

(143) ASCARELLI T., In tema di interpretazione, cit. 19. Il ruolo residuale attribuito alla dottrina dall'Autore sembra coerente con il suo concetto dell'interpretazione giuridica come risultato dell'applicazione, che è certo opera dei giudici e non della dottrina.

(144) LANFRANCHI L., Corte *costituzionale, nomofilachia,* cit. *264.* L'Autore distingue il diritto vivente dall'esistenza del diritto, intesa come «il risultato di un equilibrato modo d'intendere il rapporto tra diritto esistente in quanto effettivo, in quanto valido, in quanto giusto» (p. 265). E se è vero che sul piano dell'effettività prevale, nell'interpretazione del diritto vigente, la giurisprudenza della Cassazione, è però altrettanto vero che le altre fonti interpretative (*in primis,* la dottrina) sono egualmente autorevoli sui piani della validità e del valore.

Il rapporto circolare tra effettività, validità e valore, deve allora essere sempre preservato sia all'interno di ciascuna fonte interpretativa, sia nei loro, rapporti reciproci. Tale rapporto circolare viene alterato dall'esistenza di un contrasto interpretativo tra fonti: in tal caso, se il diritto vivente va intesa, come *communis opinio* tra teorici e pratici del diritto, deve escludersi la prevalenza di una fonte (ad esempio, la giurisprudenza della Cassazione) sull'altra (ad esempio, la dottrina) ed è perciò necessario che la Corte costituzionale intervenga a compensare lo squilibrio appoggiando la fonte più debole ***e*** riconoscendole autorità di diritto vivente attraverso sentenze interpretative di rigetto ***o*** di accoglimento «duttilmente strutturate ad hoc e trasparenti nella loro finalità» (p. 266).

te [145]. Prendendo spunto dalla parte motiva di una sentenza costituzionale, si è osservato il ruolo decisivo assunto ai fini dell'interpretazione della disposizione impugnata, dal riferimento ad una legge approvata dal Parlamento ma non ancora promulgata. Da ciò sembrerebbe che la Corte concepisca l'ordinamento non come complesso di norme modificabili solo dalla successione di leggi nel tempo, quanto piuttosto come un ***quid*** dinamico, suscettibile di mutare ad ogni cambiamento della realtà sociale.

La conseguenza di tale impostazione è evidente: « il 'diritto vivente' (...) non è soltanto quello risultante dai testi normativi o dalla applicazione che di questi si faccia nelle sedi giurisdizionali e amministrative, ma anche quello che si ricava dall'intera esperienza giuridica, ivi compresa quella che fa direttamente capo alle cd. forze politiche » ('&). La Corte, in conclusione, potrebbe allora ricavare elementi di interpretazione della legge impugnata dall'attività parlamentare ancora in divenire (progetti di legge, decreti legge non convertiti, etc.).

Di recente, però, si è osservato che il riferimento incostante ***e*** raramente determinante della Corte ai progetti di legge ***in itinere*** « testimonia l'attenzione della Corte per i concreti indirizzi che si delineano in sede politico/legislativa », ma sembrerebbe escludere che essi possano assurgere a matrici di diritto vivente [147].

Anche questo profilo di ricerca, comunque, verrà tentato nell'indagine giurisprudenziale.

## 4.5 D) Il concetto sociologico di diritto vivente. Rinvio

L'indagine compiuta sulle origini del dibattito dottrinale in merito al concetto di diritto vivente ha via via dilatato il significato di quest'ultimo: dalla piena identificazione con la costante applicazione giurisprudenziale (intesa, peraltro, in differenti modi) si è poi allargata la prospettiva fino ad ipotizzarne matrici non giurisprudenziali.

Ma quel concetto può essere ulteriormente ampliato assumendolo non più (o non solo) in una accezione strettamente giuridica, bensì

---

(145) NOCILLA D., *op. cit.*, 1876, che evince tale matrice dalla sentenza n. 187 del 1981.

(146) NOCILLA D., *op. cit.*, 18779. Lo stesso Autore comunque, valuta simili conclusioni suggestive ma pericolose, e nel prosieguo del suo scritto ridimensiona le conseguenze ricavabili dalla sentenza commentata.

(147) ANZON A., La Corte costituzionale, cit. 12 nota 41, dove si afferma che, in definitiva, le indicazioni di riferimento alla progettazione legislativa da parte della Corte « sembrano piuttosto utilizzate a scopo confermativo o 'retorico' rispetto ad altre ***e*** diverse argomentazioni ».

sociologica, in contrapposizione al diritto vigente. Così inteso, « il diritto vivente — si potrebbe dire così — è il diritto ex parte societatis, come appare una volta calato nelle situazioni *e* nei rapporti sociali » (148) e viene ad essere determinato non più dalla sola giurisprudenza, ma da molti altri agenti (l'amministrazione, i gruppi sociali, i singoli individui).

Porre il problema del diritto vivente in tale prospettiva, ha una immediata ricaduta sul piano del giudizio di costituzionalità: escluso che la Corte eserciti il suo controllo sulla pura effettività del diritto, tuttavia, considerato che non tutte le conseguenze sociali di una legge sono determinate dalla medesima, vi possono essere dei casi in cui l'inconstituzionalità nasce da collaterali elementi ambientali. Da qui il quesito di fondo: il controllo di costituzionalità deve solo limitarsi all'atto legislativo astratto o può investire anche l'impatto sociale della legge?

Si tratta di una prospettiva analizzata solo di recente (149) benché già intuita dalla dottrina tra la fine del 1950 e l'inizio del 1960, specie nell'analisi ricostruttiva dei giudizi di valore compiuti dalla Corte nell'atto di sindacato costituzionale. Ad esempio, Esposito (150) indica alcune decisioni della Corte dalle quali emerge come la certezza della incostituzionalità della legge impugnata sia possibile ad acquisirsi solo se la si analizza concretamente e storicamente sotto il profilo della sua applicazione (l'« esperienza dell'applicazione » per usare l'espressione testuale dell'Autore).

Oppure Lombardi, che definisce le sentenze adeguatrici della Corte costituzionale come quelle che operano una scelta tra più norme, tutte logicamente desumibili dal testo legislativo, usando cme elemento di decisione il diritto vivente nella sua accezione sociologica: « la scelta fra l'una e l'altra non ci può operare se non (...) avendo riguardo alle conseguenze determinate nella pratica della vita sociale » (151).

Ed è una prospettiva che pone problemi di natura giuridica del tutto diversi da quelli che l'accezione più classica di diritto vivente presenta: dai limiti di competenza della Corte costituzionale rispetto al potere legislativo, alla strumentazione probatoria di cui la Corte

---

(148) ZAGREBELSKY G., *La dottrina*, cit. *1160.* I1 diritto vigente, invece, in tale prospettiva « è il diritto *ex parte legislatoris,* come appare nelle sue formulazioni e nelle sue intenzioni ».

(149) I1 riferimento è, ancora, a ZAGREBELSKY G., *La dottrina*, cit. 1159 ss., *la* cui impostazione è stata sinteticamente parafrasata nel testo. Vedi anche RUGGERI A., *Le attività « conseguenziali » nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore,* Milano *1988, 55* ss. (in particolare la nota 22).

(150) ESPOSITO C., *Della « prudenza » nelle dichiarazioni di illegittimità costituzionale,* in *Giur. Cost. 1961, 6.*

(151) LOMBARDI G., *op. cit., 1153.*

stessa può servirsi per acquisire gli elementi indispensabili per una valutazione di diagnosi e prognosi sociale; dalla clandestinità (piena o parziale) del momento valutativo sociologico, alle ragioni concretissime (spesso legate ad alcune patologie del sistema di produzione legislativa) che spingono la Corte a simili giudizi di valore.

Diversi i problemi, quindi, ma diversi anche i parametri di classificazione e le chiavi di lettura da usarsi per individuare nella giurisprudenza costituzionale quelle sentenze in cui il diritto vivente è assunto in senso sociologico. Da qui la necessità di rinviare l'analisi della problematica in una successiva, apposita, prosecuzione di questo lavoro: essa, infatti, se da un lato rappresenta un'ulteriore evoluzione del concetto di diritto vivente, dall'altro mantiene una propria indubbia autonomia che costringe ad una ricerca teorica e giurisprudenziale affatto diversa.

Parte seconda

## L'USO DEL CONCETTO DI DIRITTO VIVENTE NELLA PRIMA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

### 1. Finalità, oggetto e metodologia dell'indagine giurisprudenziale

Individuati i principali modi di intendere il « diritto vivente », si tratta ora di confrontarli con la giurisprudenza costituzionale il cui esame si pone tre obiettivi diversi, benché conseguenti l'uno all'altro.

I1 primo consiste nel verificare se la teoria del diritto vivente è stata assunta dalla Corte costituzionale come chiave di lettura della disposizione impugnata, ed in caso di risposta affermativa, cosa intende la Corte medesima per interpretazione storicamente concreta (in ispecie: quale matrice, quale grado di vincolatività).

I1 secondo obiettivo è quello di ponderare gli effetti conseguenti al diritto vivente — così come inteso dalla Corte — sia sul piano delle regole di giudizio che del ruolo della medesima all'interno dell'ordinamento.

Il terzo, infine, stà nella comparazione tra i risultati dell'analisi giurisprudenziale, da cui si desume il profilo del diritto vivente alle origini del sindacato di costituzionalità, con quelli che la dottrina più recente ha ricavato dall'attuale ricorso della Corte al medesimo criterio interpretativo, per rilevarne e spiegarne analogie e differenze.

L'indagine giurisprudenziale che si va a condurre si muove entro confini precisi.

E, innanzitutto, limitata ai soli giudizi incidentali di legittimità costituzionale. Nell'impugnazione diretta (o in via d'azione) l'interpretazione dell'atto impugnato da una delle parti è del tutto soggettiva, ipotetica e astratta, al contrario di quanto accade nel giudizio incidentale dove l'interpretazione (anche di parte) è sempre e necessariamente filtrata dal giudice a ***quo,*** che così facendo le attribuisce una concretezza altrimenti mancante (1).

Inoltre, si tratta certo del banco di prova quantitativarnente più significativo, essendo la Corte più frequentemente chiamata a risolvere questioni di legittimità sorte incidentalmente che in via princi-

(1) Così CRISAFULLI V., Questioni in *tema* di interpretazione, cit. 934; GALLO M., Sulla *censurabilità dell'art.* 57 n. 1 C.P., cit. 100.

pale: una ricerca giurisprudenziale così mirata, quindi, anche sul piano statistica è senz'altro funzionale agli obiettivi prima indicati.

In secondo luogo, l'indagine riguarda solo il problema interpretativo della disposizione legislativa impugnata. Non ha senso, infatti, porsi un problema di diritto vivente per quanto concerne la norma parametro di natura costituzionale: dubitare del significato di essa in relazione ad una disposizione legislativa, null'altro significa se non porsi il dubbio di legittimità costituzionale di quest'ultima, e ciò (com'è noto) costituisce proprio l'oggetto esclusivo (salvo il giudizio sulla manifesta infondatezza) della giurisdizione costituzionale (2).

Infine, l'indagine copre un'arco di tempo che dal 1956 arriva al 1965: riguarda, quindi, i primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale, coincidenti con il parallelo dibattito dottrinale riassunto nella prima parte della ricerca: l'ingente mole di materiale giurisprudenziale classificato, permette di inquadrare con sufficiente completezza le origini del concetto di diritto vivente nel sindacato di legittimità costituzionale.

Qualche precisazione, infine, circa il metodo usato: sono state esaminate tutte le sentenze della Corte relative a giudizi incidentali di legittimità costituzionale, per individuare — e considerare — quelle nelle quali compare un esplicito riferimento, a prescindere dalla ter-

---

(2) In tal senso CAPPELLETTI M., *Sentenze* condizionali, cit. 108 s., secondo il quale gli eventuali dubbi ermeneutici della disposizione costituzionale si risolvono nell'ambito della esclusività della giurisdizione costituzionale della Corte. Similmente, CRISAFULLI V., Questioni in tema di *interpretazione*, cit. 935; MAZZIOTTI M., Efficacia delle sentenze, cit. 1123. Lo stesso ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale, cit. 357, osserva che non esiste vincolo alcuno per la Corte, nella sua attività interpretativa della norma costituzionale parametro, perché finalizzata alla formulazione della norma da applicare.

Va comunque rilevata l'interessante osservazione di GROTTANELLI DE' SANTI G., Considerazioni sull'attività interpretativa, cit. 75 s., circa la possibilità di un diritto costituzionale vivente di matrice legislativa: solo in regime costituzionale flessibile la legge è in grado di dare delle norme costituzionali un'interpretazione autentica; tuttavia tale meccanismo, di fatto, si riproduce in ipotesi specifiche in cui è la Costituzione a mancare di precisione contenutistica. Ciò accade, ad esempio, laddove c'è una riserva di legge (più o meno rinforzata) o laddove concetti indeterminati vengono definiti dal legislatore ordinario. Nelle ipotesi suddette, allora si verifica una esatta identificazione tra i concetti costituzionali e quelli adottati dal legislatore, e « il giudice costituzionale nello svolgere la sua funzione si trova dinanzi alla legge come oggetto di controllo, ma si trova altresì con la legge dinanzi ad una interpretazione esistente e vivente della Costituzione ».

La considerazione, forse, può essere allargata anche alle ipotesi in cui ad integrare il parametro costituzionale intervengono le cd. norme interposte, di fonte legislativa ordinaria (ad esempio la legge di delega o la legge quadro che fissa i principi statali nelle materie di competenza ripartita o concorrente delle regioni).

minologia usata (ossia dall'impiego o meno della locuzione « diritto vivente »), all'interpretazione della d sposizione impugnata avente una delle matrici già indicate nella prima parte di questa indagine (3).

Ciò ha permesso, innanzitutto, di rilevare la frequenza con cui la Corte, nella sua prima giurisprudenza, si è rapportata a tipi determinati di interpretazione vivente.

È seguita poi l'analisi nel merito dei dati numerici, per vedere se la Corte si adegua immediatamente all'interpretazione vivente della disposizione impugnata — per dichiararla incostituzionale o per assumerla in contrapposizione ad altre interpretazioni — o se, invece, ad essa si adegua in seconda battuta, dopo cioè aver inutilmente tentato di influenzare il diritto vivente mediante una sentenza interpretativa di rigetto.

Ciò rende possibile evidenziare un eventuale sviluppo nell'uso del concetto da parte della Corte, dapprima residuale — privilegiando essa lo strumento delle decisioni interpretative — e successivamente più convinto.

Con quello appena indicato si intreccia un secondo criterio di classificazione, teso a verificare se la Corte si ritiene vincolata al diritto vivente — affermando ciò esplicitamente o risultandolo solo in modo implicito — o, invece, si ritiene libera nella sua attività interpretativa — negando, espressamente o implicitamente, valore vincolante al diritto vivente; citandolo meramente a sostegno della propria scelta interpretativa; addirittura non considerando affatto la pur esistente interpretazione vivente —.

## 2.1 Le affermazioni programmatiche delle prime sentenze interpretative di rfgetto

Sul piano delle dichiarazioni di principio, fin dall'inizio la Corte costituzionale dimostra una attenzione particolare all'interpretazione della disposizione impugnata affermatasi in giurisprudenza (ma non solo): numerosi, infatti, sono gli indizi rilevabili nelle sue sentenze, tutti convergenti nel riconoscere al diritto vivente un ruolo rilevante e certo non riducibile a mera ipotesi ermeneutica.

Il primo di questi indizi è in alcune affermazioni programmatiche rinvenibili nelle primissime sentenze di tipo interpretativo della Corte.

Il riferimento è innanzitutto alla n. 3 del 1956, dove una lettura combinata tra le considerazioni « in fatto » e « in diritto » mette in luce la reale portata di una affermazione della parte motiva che,

(3) Vedi, in particolare, i paragrafi 4.2 e 4.4.

spesso citata dalla dottrina ma isolatamente dalle richieste della parte privata, appare assai limitata nel suo valore programmatico.

Si legge infatti nella sentenza (4) che la difesa, non solo aveva chiesto alla Corte di pronunciarsi sul seguente problema: « quale sia l'efficacia delle decisioni del giudice ordinario nei confronti delle decisioni della Corte *con particolare riferimento al potere interpretativo di questa nei confronti della norma ordinaria* », ma le chiedeva anzi, nel merito, di esprimersi nel senso « che la interpretazione data dal giudice ordinario *non* è *vincolante* per la Corte costituzionale, ma deve essere considerata *soltanto come un parere che la Corte* è *libera o no di seguire* ».

Dunque viene sollevato con chiarezza il problema del diritto vivente, ed in termini altrettanto netti si suggerisce alla Corte una risposta minimalista: il diritto vivente non è vincolante e, comunque, la sua forza persuasiva si stempera tra quella attribuibile ad un qualsiasi altro criterio intcrpretativo.

È in questo contesto, peraltro sistematicamente ignorato dalla dottrina, che va letta la risposta del giudice costituzionale (5): « la Corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti *e* la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, *non può non tenere il debito conto* di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisca al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, *se* è *vero, come* è *vero, che le nome sono non quali appaiono in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci* » (6).

La Corte, quindi, non dimostra solo una generica attenzione al significato applicato della legge: rifiutando la blanda soluzione suggerita dalla parte privata, essa sembra riconoscere alla costante interpretazione giurisprudenziale una valenza particolare e privilegiata (7).

---

(4) In *Giur. Cost.* 1956, *570* s. Corsivi non testuali.

(5) In *Giur. Cost.* 1956, 574. Corsivi non testuali.

(6) Egualmente orientata nella sua affermazione programmatica è la sentenza n. 102 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 966) dove si legge che nell'interpretare la norma in esame « la Corte non *può non dare il dovuto peso* alla preesistente interpretazione giurisprudenziale » (975; corsivo non testuale), All'esplicito tenore letterale della motivazione fa seguito un coerente dispositivo in cui la Corte risolve la *quaestio Zegitimatis* dando della disposizione impugnata una lettura coincidente con l'interpretazione della Cassazione.

(7) I1 che sembra anche confermato dalla costruzione sintattica della frase, dove la proposizione principale è quella in cui si afferma il rilievo del diritto vivente, mentre la subordinata coincide con la rivendicazione, da parte della Corte, della propria autonoma potestà interpretativa. Va invece rilevata l'incoerente soluzione data alla questione di costituzionalità con la sentenza in esame: benché in presenza di una dominante giurisprudenza di Cassazione

Emerge, cioè, un ruolo del diritto vivente di non facile collocazione, tra quelli di interpretazione vincolante (non affermato dalla Corte) e di ipotesi ermeneutica discrezionalmente valutabile (negato dalla Corte).

Quanto detto sembra trovare conferma nella n. 8 del 1956, con cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sull'art. 2 t.u.l.p.s., rileva « che la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascimento, bensì *nell'attuale* sistema nel quale vive » (8). E coerentemente con la costante interpretazione nell'ultimo decennio della magistratura ordinaria e amministrativa, « che pone in risalto il significato attuale della norma », ne salva la legittimità in quanto provvedimenti aventi caratteri di atti amministrativi (9).

È evidente anche qui l'accettazione da parte della Corte delle suggestioni che sostengono la teoria del diritto vivente, e allo stesso tempo, l'attribuzione ad esso di una forza particolarmente persuasiva, al limite della vincolatezza.

Il tutto confermato, peraltro, dalla preannunciata possibilità per la Corte di pronunciare una sentenza interpretativa di accoglimento, qualora il diritto vivente si orienti verso una differente lettura della disposizione salvata (10): come a dire, cioè, che la valutazione di costituzionalità va sempre agganciata alla interpretazione storicamente concreta, e variando questa anche la prima deve mutare.

---

qualificante l'art. 57 n. 1 c.p. come ipotesi di responsabilità colposa, la Corte non giudica la disposizione impugnata secondo tale significato, ma la reinterpreta. Sul significato di ciò vedi, *infra*, par. 3.1.

(8) In Giur. *Cost.* 1956, 605. Corsivi non testuali.

(9) Esprime parere parzialmente difforme CRISAFULLI V., Questioni in tema di interpretazione, cit. 930, (opinione poi reiterata nel successivo Il « *ritorno* » *dell'art.* 2, cit. 886) secondo il quale il diritto vivente inteso come prassi amministrativa interpretativa, già era orientato secondo le indicazioni interpretative (disattese dalla Corte) dei giudici a *quibus*. In senso conforme alla sentenza costituzionale, invece, vedi la nota redazionale in Giur. *Cost.* 1956, 602, ed ivi ulteriori rimandi alla giurisprudenza di merito ed alla dottrina.

(10) Così testualmente, si esprime la Corte: « non si può negare che la formula dell'art. 2 della legge di p.s., nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte. Ma in tal caso l'odierna decisione non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo » (in Giur. *Cost.* 1956, 606). È quanto puntualmente accadrà con la n. 26 del 1961.

## 2.2 Le sentenze interpretative di accoglimento ed il mutamento del diritto vivente come nuovo « termine » della questione di costituzionalita

Quanto affermato a chiusura del precedente paragrafo merita particolare attenzione: se l'indicata correlazione tra diritto vivente e giudizio di costituzionalità è esatta, allora è pure corretto affermare che il mutamento di indirizzo interpretativo prevalente si configura come nuovo temine della questione e che, in quanto tale, giustifica il riesame di una *quaestio legitimitatis* già dichiarata non fondata.

Più precisamente: secondo una terminologia proposta in dottrina, le componenti della questione di costituzionalità sono i « termini » (cioè la disposizione o norma impugnata e la disposizione o norma parametro) ed i « motivi » o « profili » (cioè le ragioni del dubbio di costituzionalità) (11). Modificando o un termine *o* un motivo, la questime di costituzionalità muta, non è più la stessa, è un'altra *quaestio legitimitatis*. Ebbene: variando il diritto vivente in relazione ad una data disposizione già oggetto di una precedente pronuncia di rigetto, il giudice *a quo* che la impugna nuovamente, solo *apparentemente* ripropone una questione già decisa, mentre in realtà è diversa in uno dei suoi requisiti essenziali, il termine, e per questo nuova.

La Corte, allora, non potrebbe limitarsi ad una pronuncia di manifesta infondatezza confermativa della precedente decisione di non fondatezza, ma dovrebbe affrontare il merito della nuova questione di costituzionalità: sia, ovviamente, quando è il giudice *a quo* ad esplicitare la nuova interpretazione data alla disposizione impugnata, ma anche (qualora si riconosca valore vincolante al diritto vivente) se è la Corte stessa a rilevare autonomamente il mutato orientamento interpretativo prevalente.

È quanto in effetti confermano le prime sentenze interpretative di accoglimento.

La n. 26 del 1961, innanzitutto. Investita nuovamente del dubbio di costituzionalità dell'art. 2 t.u.l.p.s., la Corte, richiamata la precedente decisione interpretativa di rigetto (la n. 8 del 1956), rileva l'emissione di provvedimenti prefettizi e la emanazione di pronunce giurisprudenziali non conformi all'interpretazione costituzionale data alla norma impugnata e conclude nel modo seguente: « la omessa

(11) La terminologia adottata è proposta da **Cerri** *A., Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità,* in *Giur. Cost.* 1978, 324; *Id., Motivi, argomenti, profili, aspetti della questione di costituzionalità,* in *Giur. Cost. 1980,* 1114. Già però, per un'analoga impostazione, si può vedere *Sandulli A., Il giudizio sulle leggi,* Milano 1967, 18 ss.

prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile — ed in realtà ha reso, di recente, possibile — un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomarne la tutela giurisdizionale. E, dunque, da ritenere che l'illegittimità dell'art. 2 sussista soltanto nei limiti in cui (...) » (12).

Benché la Corte ometta affermazioni di principio cui pure era stata sollecitata dal giudice a quo (13), il dato di fondo resta comunque evidente: il mutare dell'interpretazione vivente (tra l'altro non solo giurisprudenziale: si veda, in sentenza, il richiamo esplicito all'autorità amministrativa prefettizia) costringe la Corte a misurarsi con la norma ora in vita, anche al prezzo di rivedere una propria precedente decisione.

Il dato è ancora più eloquente nella n. 52 del 1965, dove; lo stesso giudice a quo esplicita il diritto vivente come nuovo termine della questione di costituzionalità. Rilevato infatti che, rispetto alla precedente sentenza interpretativa di rigetto n. 11 del 1965, erano sorti contrasti giurisprudenziali sia nel senso di mancato adeguamento ad essa, sia nel senso di divergenti opinioni circa la sua natura interpretativa o costitutiva, il giudice di rimessione affermava che: « per risolvere tali dubbi si renderebbe necessaria una nuova pronunzia della Corte, alla quale non asterebbe la già intervenuta dichiarazione di infondatezza, dati i nuovi profili che accompagnerebbero l'odierna impugnativa, inerenti alle accennate possibilità di contrastanti interpretazioni dell'intervenuta decisione. Ciò in conformità con quanto, in analoghe circostanze, fu ritenuto dalla Corte medesima » (14).

E la Corte, aderendo alla richiesta di riesame, dichiara la disposizione impugnata incostituzionale con la clausola tipica dei dispositivi interpretativi di accoglimento (« nella parte in cui ») proprio perché « interpretata e applicata in tal modo, la disposizione del primo comma dell'art. 392 continua perciò a vivere nella realtà concreta in modo incompatibile con la Costituzione » (15).

---

(12) In *Giur.* Cost. 1961, 535. Corsivo non testuale.

(13) Come si dirà ampiamente più avanti, al par. 2.4, il giudice a quo illustrava in ordinanza il modo a suo parere più corretto di intendere il rapporto tra interpretazione adeguatrice e diritto vivente. Sul tema, però, la Corte nella decisione in esame non si sbilancia esplicitamente in affermazioni di principio.

(14) In *Giur.* Cost. 1965, 702. Corsivo non testuale. È evidente che qui il termine « profili » è usato in senso atecnico dal giudice a quo.

(15) In **Giur.** Cost. 1965, 702. Corsivi non testuali. È noto che, così pronunciandosi, la Corte dichiara illegittimo l'art. 392, primo comma, c.p.p. nella parte in cui, estendendo alla istruzione sommaria le norme stabilite per l'istruzione formale solo « in quanto sono applicabili », autorizzava ad escludere che anche

Come già le affermazioni programmatiche delle prime sentenze interpretative di rigetto, così anche le prime decisioni interpretative di accoglimento rappresentano, quindi, un ulteriore indizio dell'attenzione e della predisposizione della giurisprudenza costituzionale alla teorica del diritto vivente.

### 2.3 I requisiti di un diritto vivente vincolante indicati nella sentenza n. 11 del 3 1965

Il terreno della prima giurisprudenza costituzionale è così fertile per il diritto vivente, che la stessa Corte ne traccia programmaticamente i contorni con la sentenza n. 11 del 1965 (16).

Il giudice *a quo* e la parte privata, facendo leva sull'indirizzo della prevalente giurisprudenza confortato da sentenze della Cassazione a sezioni unite, chiedono alla Corte di dichiarare la illegittimità parziale delle norme impugnate in quanto gli articoli 304 *bis, ter e quater* non sono applicabili all'istruzione sommaria. « L'ordinanza, inoltre — come riferisce la sentenza (17) — tiene a ricordare che il giudizio relativo alla legittimità costituzionale di una norma di legge presuppone che se ne dia *la interpretazione più esatta; e questa, nel caso attuale, sarebbe quella fornita da ultimo dalla Corte di cassazione* ». Si fa leva, cioè, sul presunto carattere vincolante del diritto vivente, per costringere la Corte a misurarsi su quella disposizione così come concretamente intesa.

Da questa impostazione della *quaestio legitimitatis* la Corte prende spunto per definire, per la prima volta nella sua giurisprudenza in modo così esplicito, che cosa essa intenda per diritto vivente, ed in quale rapporto esso si ponga con la sua attività interpretativa.

Innanzitutto, il giudice di costituzionalità rivendica a sé il diritto/dovere di interpretare la disposizione impugnata, ritenendosi vinco-

---

nell'istruzione sommaria dovessero! avere applicazione le disposizioni degli articoli 304 *bis*, ter e quater, posti a garanzia del diritto: di difesa.

(16) È la nota sentenza interpretativa di rigetto relativa all'applicazione nell'istruzione sommaria delle garanzie difensive introdotte per l'istruzione formale dalla novella del 1955: la giurisprudenza della Cassazione a sezioni unite, con tre sentenze del 17 maggio 1958, aveva risolto l'incerta giurisprudenza in merito nel senso della inapplicabilità; la Corte costituzionale, invece, disattendendo tale interpretazione (fatta propria dal giudice a quo e dalla difesa della parte privata) fa salva la legittimità della disposizione purché interpretata nel senso dell'applicabilità delle garanzie difensive anche all'istruzione sommaria. In seguito, poiché la Cassazione non si adeguerà a tale interpretazione, la Corte pronuncerà la n. 52 del 1965 (vedi, supra, nota 15).

(17) In Giur. Cost. 1965, 92 s. Corsivo non testuale.

lato ad interpretazioni precedenti o correnti soltanto in fuma di una propria volontaria adesione (18).

Se questa appare la regola, tuttavia è la Corte stessa ad ammettere che il diritto vivente, presentando taluni determinati requisiti, assume una persuasività vincolante: « d'altra parte, una precedente interpretazione della norma impugnata sarebbe idonea ad assumere l'efficacia in un certo senso impegnativa che l'ordinanza e la difesa sostengono solo allorché, per generale e costante adesione e della dottrina e della pratica, essa si sia sicuramente e lungamente consolidata attraverso il tempo » (19).

*Communis opinio* di dottrina e giurisprudenza; certo e duraturo consolidamento nel tempo: il diritto vivente di tale matrice e così qualificabile, quindi, ha valore vincolante. Ed è proprio per l'assenza di tali requisiti che la Corte disattende, nella decisione di specie, l'indirizzo interpretativo mirante ad escludere per la istruzione sommaria l'applicabilità delle garanzie difensive stabilite dagli articoli 304 bis, ter e quater.

---

(18) Argomenta la Corte: « è evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima aver stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Carte costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione, sempre però *che,* a seguito di una piena adesione, questa sia divenuta *anche* l'interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l'uno e l'altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo ».

La motivazione della sentenza così prosegue: « che poi frequentemente la parte del giudizio della Corte relativa all'interpretazione della norma ordinaria non assuma un particolare rilievo, per la evidenza del contenuto della norma stessa, o per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata, non è cosa che valga a mutare la posizione logica dei due momenti, né l'appartenenza di entrambi all'unitario giudizio della Corte ». Entrambe le citazioni sono in Giur. Cost. 1965, 93. I corsivi non sono testuali.

(19) In Giur. Cost. 1965, 93. Corsivi non testuali.

(20) Sul piano dottrinale, le reazioni alle affermazioni in tema di diritto vivente della sentenza n. 11 del 1965 non sono omogenee. Per FIORE C., *op. cit.,* 102 nota 6, la Corte riconosce all'interpretazione preesistente « un carattere non vincolante, ma in certo senso 'impegnativa' » e solo però su sua esplicita e libera adesione (p. 103): il che mi sembra una sovrapposizione di piani non coerente con le affermazioni della sentenza.

Secondo CONSO G., La « doppia pronuncia », cit. 1130, il criterio di concretezza storica già illustrato nelle prime sentenze, verrebbe addirittura smentito nella n. 11 del 1965, richiedendosi oltre che l'interpretazione corrente giurisprudenziale anche l'adesione della dottrina ed il lungo consolidamento nel tempo. Solo più tardi, con la n. 52 del 1965, il diritto vivente — secondo l'Autore — riacquista la sua originale fisionomia di interpretazione giudiziale.

Su posizioni ancor più radicali ELIA L., Divergenze e convergenze, cit. 555

Si tratterà di verificare, più avanti, se quanto affermato, nella sentenza n. 11 del 1965 resti pura affermazione di principio disattesa poi, spesso o sempre, nell'esercizio concreto del controllo o se, viceversa, le decisioni nel complesso (o poco o molto) si dimostrino coerenti con simili affermazioni generali ([20]). Allo stato, comunque, è sufficiente rilevare le affermazioni riportate, a riprova che la teoria del diritto vivente è così poco eterodossa da spingere la Corte ad una sua razionalizzazione, egualmente significativa ed importante a prescindere dal seguito avuto.

## 2.4 Il rapporto tra interpretazione adeguatrice e diritto vivente secondo la Corte

Un ultimo indizio rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale a riprova del tendenziale favore della Corte ad usare il diritto vivente, è nel rapporto che essa traccia tra interpretazione adeguatrice e interpretazione storicamente concreta.

Del problema, visto sotto un profilo dogmatico e nelle sue concrete conseguenze si è già detto ([21]), osservando peraltro che fin da subito la dottrina aveva negato una prevalenza dell'interpretazione adeguatrice sul diritto vivente (quando addirittura non affermava l'inammissibilità della prima). L'analisi delle affermazioni programmatiche della Corte in argomento sembra confermare tale indirizzo dottrinale.

La Corte, infatti, che in un primo momento sembrava ritenere di propria esclusiva competenza una lettura della disposizione impugnata capace di renderla compatibile con il dato costituzionale (a), passa successivamente a riconoscere anche ai giudici la possibilità di un'interpretazione adeguatrice ([23]), per approdare infine, nella n. 43 del 1964, ad una posizione di principio particolarmente significativa.

---

e 560, secondo cui la Corte con la n, 52 del 1965 smentisce subito la definizione di diritto vivente data nella precedente n. 11 del 1965, dove addirittura il principio della concretezza storica era stato « rifiutato, in sostanza ». Il che fa pensare che, per l'Autore, vi sia una incompatibilità intrinseca tra diritto vivente e communis opinio di dottrina e giurisprudenza consolidata nel tempo.

([21]) Vedi, supra, il par. 2.2 nella prima parte della ricerca.

([22]) Così nella n. 40 del 1958, dove si legge che « quelle relative alla compatibilità di una disposizione legislativa con una norma costituzionale sono questioni di legittimità costituzionale, di esclusiva competenza di questa Corte, anche se riguardino disposizioni anteriori all'entrata in vigore della norma costituzionale con cui siano incompatibili » (in Giur. Cost. 1958, 534; corsivo non testuale).

([23]) Così nella n. 46 del 1958, in Giur. Cost. 1958, 569 con osservazione di ESPOSITO C., Compatibilità delle disposizioni di legge, cit. 570, che appunto

Ivi si legge che « è buona regola — non perduta mai di vista dalla Corte — quella di far prevalere, rispetto ad una norma *di dubbio significato,* quella interpretaz one secondo: cui la norma sia intesa in un senso conforme alla Costituzione » (24): presupposto, quindi, di un'interpretazione adeguatrice è l'incerto valore precettivo della disposizione impugnata. Ma laddove c'è diritto vivente tale incertezza non esiste affatto: venendo allora meno il presupposto necessario per il ricorso ad un'interpretazione adeguatrice, questa soccombe rispetto all'interpretazione vivente e viene così a svolgere un ruolo meramente sussidiario ad essa.

La Corte, in sostanza, con la sentenza n. 43 del 1964 viene a fare quella affermazione di principia cui era stata sollecitata in altra occasione (25), quando un giudice *a quo* aveva così motivata la richiesta di un riesame dell'art. 2 t.u.l.p.s. (già oggetto di una sentenza interpretativa di rigetto): « se è vero che il giudice, nell'interpretare le leggi, deve costantemente tenere presenti i principi della Costituzione allo scopo di scegliere le soluzioni più conformi al precetto costituzionale, è altresì vero che *questo può valere soltanto nei casi in cui, in un determinato momento storico, manchi un indirizzo giurisprudenziale prevalente, e sussista incertezza tra indirizzi contrastanti.* Tale incertezza, invece, non può sussistere quando, su un determinato problema giuridico, si siano pronunciate *ex professo* le Sezioni Unite della Suprema corte, il cui compito istituzionale è appunto quello di assicurare l'esatta ed uniforme interpretazione della legge. Dal che consegue che, in tale ipotesi, *il principio della interpretazione adeguatrice deve cedere di fronte al principio della concretezza storica,* per cui il giudice deve tenere conto dell'effettiva attuazione che una determinata norma di legge trova da parte degli operatori giuridici » (26).

---

dimostra come l'interpretazione adeguatrice rientri tra i compiti anche dell'autorità giudiziaria (vedi, supra, la nota 64).

(24) In Giur. Cost. 1964, 568; corsivo non testuale. Solo apparentemente contraddittoria con quanto detto nel testa è la n. 63 del 1961. Ivi si legge che « in conformità con la propria costante giurisprudenza, compete invece alla Corte costituzionale risolvere le questioni di merito proposte dal giudice del processo principale, e anzitutto quelle concernenti la interpretazione delle norme ordinarie, delle quali è stata posta in dubbio la legittimità costituzionale» (in Giur. Cost. 1961, 1222). L'affermazione si giustifica con la mancanza di un diritto vivente consolidato della disposizione impugnata: difatti, disattendendo la lettura del giudice a quo, la Corte fa poi salva la legge pronunciando un dispositivo interpretativo di rigetto.

(25) Il riferimento è alla sentenza n. 26 del 1961 ed alla teorica sul rapporto tra diritto vivente ed interpretazione adeguatrice, sostenuta nell'ordinanza di rinvio che; ne è all'origine. In argomento vedi, supra, la nota 13.

(26) In Giur. Cost. 1961, 528. Corsivi non testuali. Il ruolo sussidiario del-

È da verificare, ovviamente, se quanto detto vale solo in presenza di un diritto vivente del giudice di nomofilacchia; resta invece valida la *ratio* dell'argomentazione.

In conclusione: un approccio iniziale alla prima giurisprudenza costituzionale limitato alle affermazioni a carattere generale fatte dalla Corte, evidenzia un suo atteggiamento tutt'altro che avverso al diritto, vivente.

Le prime sentenze interpretative di rigetto attribuiscono un valore fortemente persuasivo al significato applicato della legge, nella consapevolezza della sua necessaria collocazione non nel sistema originario in cui fu promulgata ma in quello in cui ora si trova a vivere. Il passaggio alle sentenze interpretative di accoglimento trova la sua giustificazione (anche) nel diverso indirizzo applicativo delle magistrature o di altre autorità, a riprova che con il mutare dell'interpretazione vivente della disposizione, può mutare anche il giudizio della Corte, comunque obbligata a ripronunciarsi su una questione che si configura in realtà come nuova. Addirittura la Corte esplicita i requisiti di un diritto vivente vincolante, capace di imporsi anche sulla rivendicata potestà interpretativa della legge oggetto del giudizio di costituzionalità. Ed infine, è la Corte stessa ad affermare la prevalenza del diritto vivente su altri criteri ermeneutici (ivi compresa l'interpretazione adeguatrice).

Si tratterà ora di verificare, nell'arco dei primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale, se ed in che misura il giudice di legittimità delle leggi abbia coerentemente tenuto fede alle dichiarazioni di principio evidenziate.

## 3. L'interpretazione della Cassazione

### 3.1 La marcata attenzione verso gli orientamenti del giudice di nomofilachia. Il carattere non vincolante della sua interpretazione

Tra il 1956 ed il 1965 si contano 20 sentenze della Corte costituzionale nelle quali si fa riferimento all'orientamento interpretativo

---

l'interpretazione adeguatrice nei confronti del diritto vivente è stato di recente, ed autorevolmente ribadito dal Presidente della Corte Livio Paladin nella conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 1985 (in *Giur. Cost.* 1986, 295): « L'esigenza di armonizzare il magistero costituzionale con quello esercitato dai giudici ordinari induce la Corte ad adottare sentenze interpretative di rigetto, con cui si effettua la 'lettura' della norma secondo le risultanze del 'diritto vivente', o si fornisce, *in mancanza di esso,* un'interpretazione adeguatrice, tale da rendere immune la disposizione impugnata dal dedotto vizio di illegittimità costituzionale». Corsivo. non testuale.

di sezioni della Cassazione, relativo alla disposizione impugnata o alla natura giuridica dell'istituto oggetto della questione di costituzionalità [27].

Colpisce, innanzitutto, un dato quantitativo: sono ben 14 le decisioni in cui è immediato l'adeguamento a tale indirizzo giurisprudenziale [28], mentre non è riscontrabile alcun caso di adeguarnento in seconda battuta tramite una sentenza di accoglimento di tipo interpretati~Si tratta di un'indubbia conferma del rilievo che l'attivita ermeneutica della Suprema corte possiede per i giudici costituzionali: il dato, del resto, è pacificamente ammesso dalla dottrina *e* non riveste carattere di novità.

Ciò che invece appare meno scontato, specie se rapportato al valore determinante comunemente attribuitogli dalla dottrina più recente, è rilevare il carattere ***non vincolante*** attribuito dalla Corte all'orientamento interpretativo di sezioni della Cassazione.

In tal senso significativa appare la già citata sentenza n. 3 del 1956, che nella soluzione del caso di specie contraddice le affermazioni paradigmatiche precedentemente illustrate [29] riducendo il diritto vivente ad elemento sul quale far leva semplicemente per formulare un monito al legislatore [30].

Ugualmente chiari ed ancor più espliciti sono i casi delle sentenze n. 107 del 1963 e n. 42 del 1965. Nella prima la Corte costituzimale rigetta ben due ipotesi interpretative della disposizione impugnata proposte dalla Cassazione (giudice ***a quo*** nella fattispecie) [31]. Nella seconda la Corte costituzionale si adegua d'interpretazione del giudice di nomofilachia, ma è evidente dal tenore letterale della moti-

---

(27) Si tratta delle seguenti decisioni: nn. 1, 3 del 1956; nn. 33, 35, 36, 102 del 1957; n. 74 del 1958; nn. 21, 36 del 1959; n. 29 del 1960; n. 78 del 1961; n. 58 del 1962; nn. 63, 90, 107 del 1963; nn. 38, 47, 107 del 1964; nn. 42, 62 del 1965.

(28) Sono, come si motiva in dettaglio nel testo, le sentenze nn. 33, 102 del 1957; n. 74 del 1958; n, 36 del 1959; n. 29 del 1960; n. 78 del 1961; l'ordinanza n. 58 del 1962; le sentenze nn. 63, 90 del 1963; nn. 38, 47, 107 del 1964; n. 42, *62* del 1965.

(29) Vedi, *supra,* par. 2.1 (in particolare la nota 7).

(30) Si legge infatti nella sentenza (in Giur. Cost. 1956, 574): « un'autorevole giurisprudenza della Corte di cassazione ha affermato che (...). Certamente, che una giurisprudenza siffatta si sia costituita tanto che si possa dire ormai dominante, è una circostanza della quale non può negarsi l'importanza. (...). Tuttavia la Corte non può non rilevare le difficoltà che il testo dell'art. 57 n. 1, offre ad una interpretazione di questa sarta (...). I1 che, del resto, è confermato dalla necessità generalmente avvertita (come fanno fede ripetute proposte di riforma) di dare ad una materia, che la realtà configura, in termini non equivoci, una corrispondente formulazione legislativa: della quale necessità anche la Corte sente di doversi rendere interprete ». Per il riferimento alle proposte di legge in *itinere,* vedi oltre, il par. 8.1.

(31) In particolare, si veda la parte di motivazione in Giur. Cost. 1963, 847.

vazione (dove si legge: « tale interpretazione questa Corte, accogliendo i motivi che la giurisprudenza ne ha via via esposti e sviluppati, *ritiene di dover pienamente condividere* » (32) che si tratta di un'adesione volontaria, priva cioè di un connotata di obbligatorietà.

Le tre decisioni citate sono certo le più esplicite nel negare carattere vincolante per la Corte costituzionale all'interpretazione vivente la cui matrice sia una sezione di Cassazione, ma non sono le sole. In alcune la Corte ritiene non essersi formato un indirizzo interpretativo incontroverso, e quindi prescinde dall'orientamento della Cassazione (33); in altre il riferimento ad esso è fatto solo *ad adiuvandum* rispetto alla lettura autonomamente sviluppata dalla Corte costituzionale, ed in quanto argomento retorico è sprovvisto del carattere di vincolatività (34); in altra, infine, la Corte accoglie una soluzione er-

(32) La citazione è in *Giur. Cost.* 1965, 644 (corsivo non testuale). Si veda anche, nella motivazione della sentenza n. 42 del 1965, il seguente passaggio: « è da ritenere che con l'art. 116 c.p., diversamente da quanto si afferma nell'ordinanza, non si versi nell'ipotesi della responsabilità oggettiva, in quanto, secondo la interpretazione che negli ultimi anni, in numerose sentenze, ha dato la Corte di cassazione, e *che questa Corte ritiene di condividere*, è necessaria, per questa particolare forma di responsabilità penale, la presenza anche di un elemento soggettivo » (in *Giur. Cast.* 1965, 643; corsivo non testuale).

(33) È il caso della sentenza n. 1 del 1956 (in *Giur. Cost.* 1956, 4 s. e 7) dove la Corte prescinde dalla posizione della Cassazione (come da quella della dottrina e dei giudici di merito) sulla materia « quanto meno controversa » dell'avvenuta abrogazione o meno di una legge anteriore alla Costituzione (nella fattispecie si trattava dell'art. 113 t.u.l.p.s.) da parte della Costituzione stessa, risolvendo poi il problema con la nota distinzione tra abrogazione e annullamento per illegittimità costituzionale. È il caso anche delle sentenze n, 35 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1965, *444* s.) e n. 36 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1965, 451).

(34) Così nella n, 33 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 432); nella n. 74 del 1958 (in *Giur. Cost.* 1958, 963); nella n. 29 del 1960 (in *Giur. Cost.* 1960, 521 s.); nella n. 78 del 1961 (in *Giur. Cost*, 1961, 1370); nella n. 58 del 1962 (in *Giur. Cost.* 1962, 667); nelle nn. 63, 90 del 1963 (in *Giur. Cost.* 1963, rispettivamente 553 e 7740); nell n. 38 del 1964 (in *Giur. Cost.* 1964, 515) e nella n. 107 dello stesso anno (in *Giur. Cost.* 1964, 1102 e 1104).

Nell'ultima sentenza citata, la Corte disattende l'interpretazione del giudice *a quo* e fa propria, invece, quella della Cassazione pur non menzionandone la matrice (comunque evidente, essendo richiamata esplicitamente nell'ordinanza di rimessione). A commento della sentenza si veda DEL RE M.C., *Principio costituzionale di parità dei coniugi e divieto penale di abbandona del domicilio domestico*, in *Giur. Cost.* 1964, 1100, secondo cui « è da presumere che la Corte si sia ispirata — nell'accogliere l'interpretazione ora accennata dell'art. 570 c.p. — al principio per cui, qualora siano possibili più interpretazioni di una norma, essa vige nei sensi dell'interpretazione costituzionalmente legittima, purché tale interpretazione non contrasti con quella della giurisprudenza prevalente, la quale fornisce la norma concreta, che, unica, può costituire obbietto del giudizio della Corte di garanzia » (1101, con indicazioni giurisprudenziali in nota). Lo stessa Autore, però, contesta che la giurisprudenza prevalente fosse così schierata omogenarnente da escludere l'interpretazione del giudice *a quo*.

meneutica differente da quella sostenuta dalla Cassazione, implicitamente negando vincoli di sorta tra l'interpretazione della Cassazione medesima e la propria (35).

I dati illustrati sembrano confermare l'insufficienza del solo orientamento giurisprudenziale espresso dalle sezioni di Cassazione per escludere l'autonomia interpretativa della Corte costituzionale. A fronte di tali decisioni così miantate, i soli 4 casi di adeguamento all'interpretazione della Cassazione in cui potrebbe rilevarsi, sia pure solo implicitamente (non comparendo affermazioni testuali manifeste in tal senso) una sorta di vincolo a questa della Corte costituzionale, sembrano ridimensionarsi (36).

In conclusione, rispetto alle affermazioni di principio in tema di diritto vivente l'analisi delle soluzioni interpretative che la Corte assume nelle concrete questioni di costituzionalità sembra confermare la sua marcata attenzione per gli orientamenti delle singole sezioni di Cassazione, senza però che questi si configurino con il carattere di vera e propria vincolatività.

## 3.2 Il ruolo non difforme dell'interpretazione delle Sezioni Unite di Cassazione

L'indagine condotta nel precedente paragrafo riguardava le decisioni costituzionali in cui il diritto*vivente coincide con l'interpretazione di singole sezioni della Corte di Cassazione, di cui si è rilevato

---

(35) I1 riferimento è alla n. 21 del 1959 (in ***Giur. Cost.*** 1959, 512) che verrà analizzata nel dettaglio più avanti, al par. 3.3, rappresentando un'ipotesi molto simile a quella di un contrasto tra punto di diritto affermato dalla Cassazione e sentenza interpretativa di rigetto della Carte costituzionale.

(36) Si tratta delle sentenze n. 102 del 1957, n. 36 del 1959, n. 47 del 1964 e n. 62 del 1965. Nella n. 102 del 1957, ad esemplificazione di una affermazione circa l'importanza della preesistente interpretazione giurisprudenziale (vedi, ***supra,*** nota 6) la Corte richiama la « giurisprudenza pressoché costante » della Cassazione cui « ritiene di dover aderire » (in ***Giur. Cost.*** 1957, 975).

Similmente nella n. 36 del 1959, in cui il giudice costituzionale, su sollecitazione dell'Avvocatura dello! Stato, segue il diritto vivente giurisprudenziale (anche) di Cassazione (in ***Giur. Cost.*** 1959, 676) e nella n. 47 del 1964, sentenza interamente costruita con continui richiami alla giurisprudenza di Cassazione a confutazione della tesi interpretativa del giudice ***a*** quo (in ***Giur. Cost.*** 1964, 601, 602, 603 ***e*** 604).

Così, infine, nella n. 62 del 19'65, dove c'è coincidenza tra le due corti circa una norma « ormai consolidatasi nel tempo per costante affermazione sia della Corte di cassazione, sia della Commissione centrale delle imposte » e comunque qualificata in sentenza « esatta in quanto trova adeguato fondamento, oltre che nella lettera, anche nella *ratio* giustificatrice della disposizione denunciata » (in ***Giur. Cost.*** 1965, 774).

il valore non vincolante. La lettura di quelle pronunce costituzionali in cui la Corte fa richiamo, invece, all'interpretazione delle Sezioni Unite di Cassazione, conduce a risultati non differenti.

Si ripete, innanzitutto, il frequente ricorso a come la disposizione impugnata o la natura giuridica dell'istituto contemplato dalla legge impugnata è stata intesa dalle Sezioni Unite: si tratta di 16 sentenze (37), in una metà delle quali la Corte fa propria la norma vivente, per salvarla o per dichiararla illegittima (38).

È un dato significativo: considerato complessivamente il numero delle decisioni in cui, comunque, la Corte costituzionale si misura con l'indirizzo del giudice di nomofilachia (sia questo a sezioni unite o meno), emerge infatti come il diritto vivente di tale matrice risulti fra i più considerati nel primo decennio di giurisprudenza costituzionale (39).

È opportuno, invece, considerare separatamente le decisioni costituzionali nelle quali c'è un richiamo alle sole Sezioni Unite, per verificare se il rapporto tra l'interpretazione di quelle e della Corte sia sentito da quest'ultima come più stretto e vincolato rispetto a quello che la lega agli orientamenti delle singole sezioni.

I dati in merito non si prestano ad una lettura lineare.

La sentenza certo più significativa è la n. 26 del 1961, dove la Corte costituzionale è costretta a disattendere l'interpretazione data nella precedente decisione n. 8 del 1956, perché non consolidatasi nell'ordinamento, come testimonia (anche) la novità dell'intervenuta sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione diversamente orientata (40). Il diritto

---

(37) nn. 32, 35, 36, 59 del 1957; nn. 40, 73, 81 del 1958; nn. 1, 9, 22 del 1959; nn. 26, 29, 39 del 1961; n. 46 del 1964; nn. 11, 23 del 1965.

(38) Sono sette le decisioni in cui l'adeguamento all'interpretazione delle Sezioni Unite è immediato,, come si motiva nel testo: le nn. 32, 59 del 1957; la n, 81 del 1958; le nn. 9, 22 del 1959; la n. 46 del 1964 e la n. 23 del 1965. Ad esse va aggiunta la n. 26 del 1961, interpretativa di accoglimento che segue l'inutile tentativo della Corte di influenzare il diritto vivente attraverso una propria decisione interpretativa di rigetto.

(39) In tutto, le sentenze costituzionali che assumono l'interpretazione della Cassazione sono 22 (14 in relazione alle singole sezioni, 8 in relazione alle sezioni unite). Se si considerano, invece, i richiami comunque fatti dalla Corte costituzionale alla giurisprudenza di Cassazione, il numero complessivo sale a 36 (20 per le singole sezioni; 16 per le sezioni unite).

(40) È il giudice a quo che fa leva essenzialmente sulla novità dell'intervenuta sentenza 16 giugno 1958 n. 2086 delle Sezioni Unite di Cassazione, per sollecitare la Corte ad un riesame della questione: « poiché la sentenza delle Sezioni Unite appare innovativa della precedente giurisprudenza e destinata, per l'autorità dell'organo che l'ha emanata, ad instaurare un nuovo corso interpretativo, appare necessario riesaminare la questione di legittimità costituzionale del citato art. 2, considerata in tale interpretazione, che è nuova rispetto

vivente che inutilmente la Corte costituzionale aveva cercato di influenzare con quella sentenza interpretativa di rigetto, assume ora un carattere vincolante, sia pure in seconda battuta: necessario è, dunque, annullarlo con una decisione interpretativa di accoglimento.

Ma egualmente esemplare, e però orientata in direzione opposta, è la sentenza n. i1 del 1965 già precedentemente analizzata (41): in essa la Corte costituzionale nega, teorizzandone le ragioni, il carattere vincolante delle sentenze della Cassazione a sezioni unite pure richiamate nell'urdinanza di rinvio, e cerca di influenzare il diritto vivente con una pronuncia interpretativa di rigetto (ma vanamente, come si è detto).

Così assunte, le due decisioni costituzionali sembrano elidersi nei loro significati differenti: la tesi del carattere vincolante dell'interpretazione delle Sezioni Unite non ne esce né smentita né confermata.

Ugualmente esplicite, ma ugualmente annullantesi reciprocamente, sono la n. 46 del 1964 e la precedente n. 29 del 1961. Nella prima la Corte costituzionale motiva il rigetto dell'interpretazione del giudice *a quo* perché « si pone in contrasto con l'orientamento in definitiva affermatosi nella giurisprudenza, specialmente con la sentenza della Cassazione a Sez. Unite del 14 febbraio 1948 (ribadita da numerosi successivi pronunciati) » (42): diritto vivente vincolante, dunque.

Al contrario, nella n. 29 del 1961 si registra un contrasto tra l'interpretazione relativa alla qualificazione giuridica di un determinato istituto sostenuta anche dalle Sezioni Unite, e quella invece assunta dalla Corte costituzionale a fondamento della propria decisione: contrapposizione ben più marcata e profonda di quanto appaia *prima facie* dalla lettura della sentenza (43) con strascichi addirittura nel

---

a quella la cui legittimità costituzionale fu controllata dalla Corte costituzionale con la sua sentenza n. 8 del 1956 » (in *Giur.* Cost. 1961, 528).

In motivazione la Corte giustifica tale riesame rilevando che « molti Prefetti hanno emesso prowedimenti che, a parte il loro contenuto, tendono ad avere carattere di permanenza. È, inoltre, sopraggiunta qualche pronuncia giurisprudenziale che non sembra conforme all'indirizzo della giurisprudenza della magistratura ordinaria e di quella amministrativa su cui si basò la sentenza del 1956 per dare all'art. 2 l'interpretazione sopra richiamata » (in *Giur.* Cost. 1961, 533 s.).

(41) Vedi, supra, il par. 2.3.

(42) In *Giur.* Cost. 1964, 585. La Corte rileva inoltre che tale orientamento giurisprudenziale risulta « in conformità, del resto, con la prevalente dottrina » (*loc.* cit.) Sul valore del richiamo congiunto alla dottrina ed alla giurisprudenza vedi, *infra,* il par. 6.3.

(43) La questione di costituzionalità, risolta poi con una pronuncia di rigetto, riguarda le norme che prevedono la confisca dei beni nei confronti degli ex gerarchi fascisti, con riferimento al secondo comma dell'art. 25 Cost., sul presupposto che l'istituto in oggetto si configuri giuridicamente come sanzione penale e violi, quindi, il principio di irretroattivtà della legge penale. In argo-

discorso del Procuratore Generale della Corte di Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario (44).

La contraddittorietà non diminuisce analizzando quelle decisioni in cui il carattere vincolante dell'interpretazione delle Sezioni Unite sembra trovare una conferma o una smentita soltanto implicita.

Tra le prime vanno annoverate la n. 59 del 1957, la n. 22 del 1959 *e* la n. 23 del 1965 (45), in cui la lettura della legge impugnata fatto dalla Corte è conforme alla giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Negano, invece, indirettamente valore vincolante all'interpretazione 'della Cassazione a sezioni unite, le sentenze nn. 35 e 36 del 1957 *e* la n. 40 del 1958, nelle quali la Corte costituzionale, pur in presenza di un orientamento delle Sezioni Unite, ritiene non essersi formato alcun diritto vivente (46); la n. 1 del 1959, in cui viene del tutto disat-

---

mento, vedi la ricca ed esauriente nota redazionale in *Giur. Cost.* 1961, 553 s. (ed ivi riferimenti alla giurisprudenza e alla dottrina).

(44) I1 riferimento è a COMUCCI M., *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1962,* in *Riv. Pen.* 1962, 1, 114-117 dove, ricostruite « le vive discussioni che da oltre un decennio a questa parte investono l'argomento concernente gli effetti delle motivazioni delle pronuncie della Corte Costituzionale nel campo della giurisdizione ordinaria, quando la interpretazione del diritto positivo da parte di essa Corte diverga da quella della Cassazione, alla quale fanno capo, in ultimo grado di impugnazione, le varie controversie portate dinanzi ai giudici dello Stato », si rileva che « la questione si presenta ancor più degna di attenzione (...) nel caso in cui alla base della motivazione della pronuncia del Supremo Organo Costituzionale sia non propriamente *l'interpretazione* della legge, bensì la definizione della *natura giuridica* di un determinato istituto dalla legge medesima contemplato, come nel caso della sentenza 9 giugno 1961, n. 29, concernente la confisca dei beni disposta dal Decreto Legislativo 26 marzo 1946, n. 134 in materia di sanzioni contro il fascismo ». I1 Procuratore Generale conclude con il « segnalare l'argomento come denso di aspetti giuridici e pratici quanto mai delicati, si da meritare di essere compiutamente approfondito, anche ai fini di eventuali precisazioni sul piano legislativo costituzionale».

(45) Nella n. 59 del 1957 (in *Giur, Cost.* 1957, 681 e 683) la Corte costituzionale risolve la questione di legittimità accettando la qualificazione giuridica di leggi delegate degli atti impugnati, secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite — giudice *a quo* nella fattispecie — in forza della consolidata giurisprudenza di Cassazione. Similmente, la soluzione data dalla Carte con la n. 22 del 1959 risulta conforme alla giurisprudenza ricordata dall'Avvocatura dello Stato (in *Giur. Cost.* 1959, 325 s.) comprensiva di alcune decisimi del Tribunale Supremo Militare e della Corte di cassazione a sezioni unite.

Infine nella n. 23 del 1965 (in *Giur. Cost.* 1965, 233 e 234) la Corte interpreta il concetto decisivo per la risoluzione della questione (quello di « superficie coperta ») seconda il costante orientamento della Cassazione a Sezioni Unite. Per puntuali indicazioni giurisprudenziali in argomento vedi la nota redazionale in *Giur. Cost.* 1965, 229 s.

(46) L'assenza di un diritto vivente consolidato per le disposizioni a giudizio della Corte nelle sentenze nn. 35 e 36 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, rispettivamente 444 s. e 451), trova conferma nel fatto che entrambe risolvono una questione di costituzionalità promossa — anche — dalle Sezioni Unite di Cassa-

tesa la giurisprudenza delle Sezioni Unite benché ricordata da una parte privata (47); la n. 32 del 1957 e la n. 81 del 1958, dove il richiamo al diritto vivente delle Sezioni Unite sembra fatto solo ad *adiuvandum*, quindi come elemento non decisivo né vincolante ai fini dell'interpretazione della legge da parte della Corte costituzionale (@) ed infine le nn. 73 del 1958, 9 del 1959 e 39 del 1961 (49), dove la lettura della Corte non è conforme a quella delle Sezioni Unite.

Il dato numerico segna una prevalenza delle decisioni che escludono l'esistenza di un vincolo per la Corte costituzionale ad interpretare la disposizione impugnata come intesa dalle Sezioni Unite. Il dato qualitativo (ed il riferimento è in particolare alle affermazioni programmatiche della n. 11 del 1965) la conferma.

Non pare, quindi, che le conclusioni ipotizzabili si differenzino affatto da quanto già detto per l'interpretazione della sola Cassazione: la Corte costituzionale risulta essere attenta e sensibile agli orientamenti del giudice di nomofilachia nella sua più autorevole composi-

---

zione, che pure ammettono in ordinanza la possibilità di soluzioni interpretative diverse da quelle in essa indicate. Con la sentenza n. 40 del 1958 (in Giur. Cost. 1958, 529 e 532) l'assenza di un orientamento interpretativo certo è ancora più evidente, dato il contrasto esistente ai vertici dell'ordine giudiziario (Adunanza plenaria del Consiglio di Stato da un lato, Sezioni Unite di Cassazione dall'altro) ed in presenza di dubbi anche dottrinali.

(47) Oggetto della decisione n. 1 del 1959 è l'art. 11 del R.D.L. 5 dicembre 1938 n. 1928 in riferimento: alla norma contenuta nell'art, 113 Cost. Si legge nella sentenza (in Giur. Cost. 1959, 4) che « per meglio porre in luce le persistenti incertezze e difformità nella concreta applicazione della norma denunziata, la difesa della Società deduce che il provvedimento ministeriale previsto in tale norma è stato diversamente inteso nella giurisprudenza, e che l'Avvocatura dello Stato — pur dopo la sent. Cass. Sez. Un. n. 30 luglio 1953 n. 2594, che ha riconosciuto il sindacato di legittimità del giudice ordinario contro simile provvedimento, se lesivo di un diritto soggettivo perfetto — ha continuato a sostenere la tesi dell'improponibilità di qualsiasi opposizione contro lo stesso provvedimento ». Nonostante il ricordato orientamento delle Sezioni Unite di Cassazione, la Corte costituzionale preferisce invece interpretare la disposizione impugnata nel senso della mancanza di ricorsi giurisdizionali, annullandola quindi per violazione dell'art. 113 Cost.

(48) Per la sentenza n. 32 del 1957 vedi Giur. Cost. 1957, 425 e 429; per la n. 81 del 1958 (dove la Corte, nel ritenere ammissibile la questione di costituzionalità, si rifà alla giurisprudenza delle Sezioni Unite) vedi Giur. Cost. 1958, 1002,

(49) Nelle sentenze n, 73 del 1958 (in Giur. Cost. 1958, 945) e n. 9 del 1959 (in Giur. *Cost.* 1959, 264 e 267 s.) la Cassazione a sezioni unite è uno dei giudici a quibus, la cui interpretazione della disposizione impugnata non viene accolta,, riconoscendole così implicitamente carattere non vincolante. Con la sentenza n. 39 del 1961 (in Giur. Cost. 1961, 933 s.) la Corte disattende con una decisione interpretativa di rigetto il punto di diritto fissato dalla Cassazione a Sezioni Unite ed impugnato, dal giudice *a* quo. In argomento, anche per un'analisi di dettaglio della sentenza citata, vedi *infra* il par. 3.3.

zione, ma mantiene intatta la propria libertà interpretativa, condizionata certo ma non preclusa dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite.

### 3.3 Il problema del rapporto tra « punto di diritto » fissato dalla Cassazione (vincolante per il giudice di rinvio) e sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale

Da ultimo, va qui analizzato il problema specifico del rapporto tra il punto di diritto fissato dal giudice di nomofilachia ed una sentenza interpretativa di rigetto del giudice costituzionale che ne riconosca implicitamente l'illegittimità.

Gli effetti del contrasto fra i due dispositivi coinvolgono principalmente il giudice di rinvio, tenuto per legge ad applicare la norma obbligatoriamente impostagli dalla Cassazione, ma al tempo stesso promotore di una *quaestio legitimitatis* conclusasi con un'implicita dichiarazione di incostituzionalità di quella stessa norma.

Dei contrasti dottrinali in argomento, e della possibilità di individuare proprio nella teoria del diritto vivente la soluzione ottimale al problema, si è già detto (50): qui interessa, invece, indicare in quali casi il nodo illustrato si sia posto. Nei primi dieci anni di sindacato costituzionale, *apparentemente* sono due le sentenze in cui sorge la questione: la n. 21 del 1959 e la n. 39 del 1961. In realtà la problematica postasi con la prima sentenza non risulta esattamente assimilabile (al di là delle indubbie analogie) a quella della seconda, sia perché la vicenda che si conclude con la decisione n. 21 si avvia nel periodo in cui la Corte costituzionale non era stata ancora attivata (51), sia

(50) Vedi, *supra,* la parte I al par. 3.

(51) Il complesso antefatto della sentenza n. 21 del 1959 è il seguente: la Cassazione, pronunciando in materia costituzionale ai sensi dell'art. VII, comma 2 disp. trans. fin. Cost., aveva dichiarato illegittima incidenter *tantum* una norma di legge regionale, e cassando con rinvio sanciva il principio per cui non quella ma la legge statale doveva essere applicata. Ma proprio nelle more del giudizio di rinvio la Corte costituzionale — nel frattempo attivata — veniva investita nel corso di un diverso procedimento della questione di costituzionalità di quella medesima legge regionale e si pronunciava (con la sentenza n. 35 del 1957, in Giur. Cost. 1957, 437) in senso opposto alla Cassazione, riconoscendola quindi legittimamente applicabile. Di fronte a due pronunciamenti così divergenti il giudice di rinvio — che, in attesa dell'esito di quel giudizio costituzionale, aveva .sospeso il procedimento ex art. 295 c.p.c. — riproponeva la questione di legittimità della prevalenza della legge nazionale sulla legge regionale: « trovandosi di fronte alle due pronunce, quella della Corte di Cassazione (sentenza 15 ottobre 1955) che ha ritenuto incostituzionale la legge regionale e applicabili quindi, al caso di specie, le leggi statali, e quella della Corte costituzionale che ha ritenuto invece infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 l. reg. (...) il Tribunale di Palermo è stato dell'avvisu che spetti in definitiva alla stessa

perché non sono poche né di poco peso le anomalie del caso rispetto a quello risolto con la pronuncia n. 39 del 1961 (52) (53).

Stando così le cose, appare opportuno non inquadrare la n. 21 del 1959 tra le decisioni costituzionali in cui si propone il contrasto tra punto di diritto e dispositivo interpretativo, limitarsi semplicemente a segnalare la complessa vicenda, e considerare invece come primo esempio di quel contrasto la sentenza n. 39 del 1961 (54).

---

Corte costituzionale dichiarare, a completamento della sua precedente pronunzia, che le leggi statali in materia di affitto di fondi rustici non si applicano alla Regione siciliana» (in Giur. Cost. 1959, 315).

La camplessa vicenda si conclude con la sentenza n. 21 citata, nella quale, fatto espresso richiamo alla precedente decisione n. 35 del 1957 di non fondatezza della medesima questione, si dichiara *inefficace* la legge statale in ambito regionale.

(52) Si potrebbe pensare che già con la prima pronuncia costituzionale, la n. 35 del 1957, si fossero create le condizioni per un contrasto tra punto di diritto fissato dalla Cassazione (obbligo di applicazione della legge statale) e dispositivo di rigetto statuito dalla Corte (non illegittimità della legge regionale e quindi sua applicabilità), con il conseguente imbarazzo del giudice di rinvia nell'assumere questa o quella ipotesi interpretativa, testimoniato dalla decisione di risollevare la *quaestio legitimitatis.*

Ma un elemento decisivo, invece, tende ad escludere che il contrasto indicato sia riconducibile all'ipotesi che interessa la presente ricerca: qui, il contrasto tra le due pronunce delle corti non è immediato *e* diretto, avendo esse ambiti di efficacia diversi tra loro e limitatamente *inter partes.* Non è infatti lo stesso giudice di rinvio, vincolato al punto di diritto fissato dalla Cassazione, ad adire la Corte attivando così il giudizio costituzionale risolto con la n. 35 del 1967: il giudice a *quo* è altra E mancando identità tra giudice di rinvio e giudice a quo, viene meno il presupposto necessario del problema che qui si vuole analizzare.

(53) Si potrebbe, invece, ipotizzare che il contrasto tra punto di diritto e dispositivo interpretativo di rigetta si sia verificato con la sentenza n. 21 del 1959, in effetti provocata da un'ordinanza di rimessione del giudice di rinvio. Tuttavia, anche per questa ipotesi non mancano differenziazioni ed anomalie.

Innanzitutto risultano diversi gli oggetti dei due giudizi: la Cassazione aveva, *incidenter* tantum, dichiarato incostituzionale la legge regionale fissando in tal senso il principio di diritto per il giudice di rinvio; invece nel giudizio costituzionale si impugna la legge statale all'applicazione della quale quel giudice era obbligato (in tal senso vedi LOMBARDI *G., op. cit.,* 1156).

Ma è soprattutto la difficoltà a qualificare esattamente la natura della sentenza n. 21, con quel suo dispositivo in cui si dichiara la legge statale (non illegittima ma) inefficace,a rendere estremamente incerta la ricostruzione ipotizzata della vicenda: per taluni si tratterebbe di accoglimento erga *omnes* (PIERANDREI F., Nota *redazionale,* cit., 916; LOMBARDI G., *op. cit.,* 1156), per altri di dispositivo sui *generis* (CRISAFULLI V., *Osservazione* a Corte costituzionale *n.* 21 *del* 1959, cit. 312 e 317).

(54) In senso conforme la dottrina prevalente che, ricostruendo la problematica del contrasto tra il punto di diritto fissato dalla Cassazione ed una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, fa risalire la sua origine alla decisione n. 39 del 1961, non menzionando affatto la n. 21 del 1959: vedi, ad

In effetti la questione conclusasi con la n. 39 risulta assai più lineare della precedente: la Cassazione penale, accogliendo un ricorso presentato dal Procuratore Generale presso una Corte di Appello, cassava una sentenza di quella (in tema di riconoscimento di sentenze penali straniere) interpretando la legge in modo opposto al giudice di merito e fissando tale norma come punto di diritto per un'altra sezione della stessa Corte di Appello. Tale giudice di rinvio però, ritenendo di dubbia costituzionalità la disposizione così come interpretata dalla Cassazione (e per lui vincolante ex art. 546 comma 1 c.p.p.) promuoveva giudizio incidentale davanti alla Corte costituzionale.

La sentenza n. 39 risulta inoltre certo più chiara nella sua natura interpretativa di rigetto: la Corte, infatti, è « d'avviso che della norma impugnata possa darsi con sicurezza una interpretazione che esclude ogni fondamento alla sollevata questione » ([55]). E, dismessa l'interpretazione imposta dalla Cassazione e recuperata la norma inizialmente seguita dalla Corte di Appello, dichiara infondata la questione perché, così interpretata, la disposizione impugnata non risulta in contrasto con il parametro costituzionale.

Il contrasto tra punto di diritto e dispositivo interpretativo di rigetto è qui immediato e diretto; il giudice di rinvio e il giudice a quo vengono a coincidere: si pone, quindi, il problema se una tale pronuncia costituzionale affranchi il giudice di rinvio dall'autorità del punto di diritto.

Come si è precedentemente ricordato ([56]), ragionando sul quesito la dottrina è approdata a conclusioni tutt'altro che univoche; concretamente nella fattispecie la soluzione adottata fu la seguente: il giudice di rinvio, uniformandosi all'interpretazione della Corte costituzionale, considerò inesistente il punto di diritto della Cassazione (le Sezioni Unite della quale, nel frattempo, avevano modificato indirizzo nel senso indicato dal giudice costituzionale, benché in un giudizio fra parti diverse).

Un approccio all'intera vicenda secondo la dottrina del diritto vivente, invece, avrebbe certo semplificato le cose: la Corte costituzionale sarebbe stata obbligata a pronunciarsi sulla disposizione come

---

esempio; PIZZORUSSO A., La *motivazione* delle decisioni, cit. 389 ss., ed EL L., Sentenze « interpretative » di norme *costituzionali*, cit., 1720 nota 15.

Significativo appare anche il fatto che il dibattito dottrinale sviluppatosi intorno alla n. 21 del 1959 riguardasse la legittimità per il giudice di rinvio di adire la Corte costituzionale sul punto di diritto: un problema, cioè, addirittura anteriore a quello qui rilevante. Per una sintesi di tale dibattito vedi, supra, la nota 99.

(55) In Giur. Cost. 1961, 934.

(56) Vedi, supra, la parte I a. par. 3 (in particolare le note 100, 101 e 102).

interpretata dalla Cassazione; si sarebbe avuto un dispositivo di accoglimento; la sua efficacia erga *omnes* e il suo effetto di annullamento avrebbero legittimato il giudice di rinvio a ritenersi sciolto da un punto di diritto inesistente ex tunc.

Si potrebbe obiettare che, come si è visto nei due paragrafi precedenti, una isolata sentenza di Cassazione (quale la decisione che fissa il punto di diritto) non fa diritto vivente vincolante. Ma se ciò può valere in generale, appare inesatto per una sentenza che cassa con rinvio statuendo sul punto di diritto: questa, infatti, cristallizza una norma che, per il giudice di rinvio, è l'unica vivente in quanto la sua applicazione gli è imposta per legge. In un simile caso; i margini di manovra per un'interpretazione diversa sono quindi nulli per il giudice di rinvio (e, conseguentemente, per la Carte costituzionale da quello adita), anche a prescindere da indirizzi giurisprudenziali differenti e, per ipotesi, già consolidati: per la forza dell'art. 546 comma 1 c.p.p. o dell'art. 383 c.p.c., in questi casi particolari il punto di diritto ed il diritto vivente coincidono.

## 4. L'interpretazione delle altre Alte Magistrature

### 4.1 La scarsa rilevanza degli orientamenti del Consiglio di Stato (anche se in Adunanza Plenaria)

Nel primo decennio di attività della Corte, non sono molte le sentenze costituzionali che si richiamano ad un'interpretazione della disposizione impugnata fatta dal Consiglio di Stato (57), mentre addirittura una sola, la n. 40 del 1958, fa riferimento ad una precedente decisione della sua Adunanza Plenaria.

Per quanto concerne almeno i primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale, quindi, non è possibile rilevare elementi sufficienti a differenziare l'atteggiamento della Corte verso l'interpretazione del Consiglio di Stato inteso come singola sezione giurisdizionale o come organo collegiale di vertice.

La stessa sentenza n. 40 del 1958, d'altra parte, si rivela relativamente significativa, non solo perché isolata (e, quindi, priva di controprove adeguate per confermarne o smentirne il valore) ma soprattutto per la soluzione data ai dubbi interpretativi che la *quaestio legitimi*tatis sollevava.

In essa infatti (58), la Corte costituzionale ricorre a criteri erme-

---

(57) Si tratta di sole sette decisimi: le nn. 32, 103, 121 del 1957; la n. 69 del 1961; la n. 60 del 1963; le nn. 1, 38 del 1964.

(58) Vedi, supra, la nota 46.

neutici differenti dal diritto vivente, avendone constatata l'assenza per il perdurante contrasto interpretativo tra Consiglio di Stato in adunanza plenaria e Corte di Cassazione a sezioni unite, confermato pure da divergenze in seno alla dottrina (59).

Se ne può ricavare soltanto la conferma che la Corte costituzionale recupera in pieno la propria potestà interpretativa laddove manca un consolidato indirizzo giurisprudenziale.

Va altresì sottolineato che, in presenza di divergenti orientamenti interpretativi tra giudice di nomofilachia ed organo di vertice della giustizia amministrativa, *non necessariamente* è *il primo che prevale:* anche da questo particolare profilo, esce smentito un ruolo quasi esclusivo *o* comunque privilegiato che taluna dottrina attribuisce agli indirizzi giurisprudenziali di Cassazione. Allo stato comunque, trattandosi di un'unica sentenza, può attribuirsi a simili considerazioni soltanto un valore indiziario, che andrebbe verificato nella giurisprudenza costituzionale suocessiva al 1965.

Tra le sentenze invece in cui la Corte costituzionale si misura con gli orientamenti delle singole sezioni del Consigli di Stato, appare particolarmente importante la n. 1 del 1964, dove la disposizione impugnata viene assunta nel significato « generalmente attribuito » ad essa dal giudice amministrativo di vertice, e in tale significato viene poi dichiarata incostituzionale (60).

Come espressamente osservato anche dalla dottrina (61), la deci-

---

(59) Era stata la IV sezione del Consiglio di Stato a rimettere la controversia all'Adunanza Plenaria — come si legge nella motivazione della sentenza n. *40* del *1958* — « *trattandosi di questione idonea a dar luogo a contrasti giurisprudenziali,* stanti, da un lato; *i dubbi riaffiorati in dottrina* in favore della natura amministrativa e non giurisdizionale delle decisioni ministeriali in materia doganale (...), e stante dall'altro — pur accettata l'opinione della natura giurisdizionale e non amministrativa delle decisimi ministeriali — *la divergenza di orientamento tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione* (...) » (in *Giur, Cost.* 1958, 529; corsivi non, testuali).

(60) In *Giur. Cost. 1964, 14.* Ivi, parlando di « significato generalmente attribuito alle disposizioni in esame », la Corte fa riferimento a quanto la Cassazione a sezioni unite — giudice *a quo* nella fattispecie — ricorda nell'ordinanza di rimessione: « la Cassazione rilevava che il Consiglio di Stato aveva negato l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale contro il decreto presidenziale (...) *in conformità di una giurisprudenza che risale alla stessa istituzione del Consiglio di Stato,* come giudice di legittimità per la tutela di interessi legittimi. Considerava che *un mutamento di tale giurisprudenza,* sia pure per quanto concerne i controinteressati (...) *avrebbe lasciato 'dubbi sulla sua esattezza e sullo stesso mantenimento di una diversa interpretazione'* (...) » (in *Giur. Cost. 1964, 6* s.; corsivi non testuali).

(61) Si veda la nota di Bachelet V., *Giustizia in cammino: il riconoscimento della piena tutela giurisdizionale del controinteressato alla decisione del ricorso straordinario,* in *Giur. Cost. 1964, 6,* dove si afferma la natura di accoglimenta

sione conferma appieno la tesi secondo cui la Corte costituzionale deve giudicare della norma vivente; tuttavia non pare costituire prova decisiva del carattere vincolante della giurisprudenza del Consiglio di Stato come matrice di diritto vivente. Innanzitutto perché isolata e non confermata da sentenze precedenti (62) o successive (63). In secondo luogo perché desta riserve l'unico altro precedente in cui la Corte sembra attribuire valore dterminante all'orientamento del Consiglio di Stato. Si tratta della sentenza n, 60 del 1963 dove in realtà, come è stato acutamente dimostrato in dottrina, il ricorso al diritto vivente della giurisprudenza amministrativa risulta apodittico e non fondato (64).

L'episodio è significativo: sia pure non frequentemente, la Corte costituzionale ricorre al diritto vivente anche in assenza di un con-

---

parziale della sentenza n. 1 del 1964, analizzandola nel più generale problema dei poteri interpretativi della Corte e della tematica del diritta vivente.

In particolare l'Autore vede smentita, con la decisione commentata, quella dottrina (in cui colloca pure Ascarelli) che ritiene possibile solo l'annullamento di una intera disposizione e non di una sua parte; mentre riconosce in essa una conferma del diritta vivente come oggetto del giudizio di costituzionalità (così, espressamente, a p. 15).

(62) Così nelle nn. 32, 103 del 1957 (in Giur. Cost. 1957, rispettivamente 429, 1001) e, con qualche incertezza di collocazione, la n. 121 dello stesso anno (in Giur. Cost. 1957, 1100): in tali sentenze il riferimento all'interpretazione del Consiglio di Stato appare argomento retorico canfermativo della lettura della disposizione impugnata fatta autonomamente dalla Corte costituzionale. Così pure nella n. 69 del 1961 (in Giur. Cost. 1961, 1274) dove l'interpretazione del Consiglio di Stato — giudice a quo — viene disattesa in sentenza.

(63) I1 riferimento è alla n. 38 del 1964 (in Giur. Cost. 1964, 515) dove, ancora, il richiamo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato appare fatto ad *adiuvandum*.

(64) Nella sentenza n. 60 del 1963, sollecitata in tal senso dall'Avvocatura dello Stato, la Corte osserva che «la giurisprudenza amministrativa ha giudicato che le elezioni parziali debbono svolgersi sulla base delle liste degli elettori usate al tempo della prima votazione, e questa interpretazione del sistema garantisce quell'uniformità della camposizione del corpo elettorale, che si assume imposta dalla Costituzione» (in Giur. Cost. 1963, 534 s.).

In realtà le cose stavano diversamente, come rileva ELIA L., Uniformità della *composizione del corpo* elettorale e diritto di voto, in Giur. Cost. 1963, 534 s.: «'la giurisprudenza amministrativa' (cui si riferisce la Corte Costituzionale) (...) si riduce puramente e semplicemente alla inedita decisione della G.P.A. di Varese. Evidentemente la Corte ha accolto senza beneficio di inventario l'accenno dell'Avvocatura dello Stato a decisioni del Supremo Giudice amministrativo, come risulta chiaramente dalla esposizione in fatto: mentre l'unica decisione che si può citare in proposito, secondo le nostre ricerche, quella della sez. V 6 giugno 1958 n. 373, non rappresenta davvero un mutamento di indirizzo rispetto al lontano precedente della sez. IV, che risale al 1899». L'Autore conclude che «la questione di principio sollevata dall'ultima parte della sentenza meritava per la sua importanza uno sguardo meno fugace da parte della Corte Costituzionale».

solidato orientamento interpretativo. In simili ipotesi, il riferimento al significato attuale della legge, in realtà inesistente, serve come *schermo formale* oltre il quale si celano opzioni di fondo di diversa natura, che spingono il giudice costituzionale ad interpretare l'atto impugnato in un modo che si rivela poi determinante per l'esito del giudizio di costituzionalità.

In sede di conclusioni non si mancherà di evidenziare i rischi connessi ad un simile uso della teorica dal diritto vivente.

### 4.2 L'interpretazione della Corte dei Conti, del Tribunale Supremo Militare e della Commissione Centrale delle imposte

Tra le possibili matrici di diritto vivente, si era ipotizzato di includere anche la giurisprudenza di quei giudici speciali le cui decisioni, sottratte ad ulteriori gradi di giurisdizione, sono definitive nel rispettivo ambito di competenza. Se per la giurisprudenza del Consiglio di Stato l'analisi è stata possibile dato il numero di sentenze costituzionali che vi fanno riferimento, non lo è altrettanto per gli indirizzi giurisprudenziali di altre Alte magistrature, troppo scarsamente considerati nei primi dieci anni di attività della Corte.

Tale dato, d'altra parte, non è interpretabile in modo omogeneo, come prova di un ruolo assolutamente residuale da attribuirsi alla giurisprudenza di organi diversi dalla Cassazione o dal Consiglio di Stato, dovendosi invece distinguere tra magistratura e magistratura.

Così, ad esempio, il fatto che l'indirizzo interpretativo della Corte dei Conti non trovi riscontro in nessuna delle sentenze costituzionali pronunciate tra il 1956 ed il 1965 potrebbe spiegarsi con il ritardo con cui il giudice costituzionale le riconosce legittimazione e promuovere questioni di costituzionalità in via incidentale (65).

Diversamente, per il Tribunale Supremo Militare si può far riferimento alla sentenza n. 22 del 1959 dove la Corte costituzionale risolve la questione richiamandosi — anche — ad alcune decisioni del-

(65) Solo più tardi, con le sentenze nn. 121 del 1966, 142 e 143 del 1968, si ammette l'esistenza di un giudizio, requisito necessario per l'accesso alla Corte, nelle ipotesi di attività della Corte dei Conti in sede di giudizio di parificazione dei rendiconti regionali e del rendiconto generale dello Stato; mentre si dovrà attendere la sentenza n. 226 del 1976 perché altrettanto awenga per l'attività della Corte dei Conti in sede di controllo preventivo sugli atti del governo.

In argomento vedi, per tutti, CRISAFULLI V., *Lezioni*, cit. 270; ONIDA V., *Note critiche in tema di legittimazione del giudice a quo nel giudizio incidentale di costituzionalità della legge (con particolare riferimento alla Corte de3 Conti in sede di controllo)*, in *Giur. It.* 1968, *IV*, 232.

l'allora organo di vertice della giurisdizione militare (66). Troppo poco, comunque, per poterne qualificare la giurisprudenza come matrice di diritto vivente, atteso anche il congiunto richiamo (nella sentenza citata) a decisioni della Cassazione egualmente orientate (67).

Quindi, se sul piano teorico la sua funzione nomofilattica per l'ordinamento militare sembrerebbe riservare all'interpretazione del Tribunale Supremo Militare il valore di diritto vivente, manca invece un adeguato riscontro nella giurisprudenza costituzionale del primo decennio.

Ciò vale anche per gli indirizzi interpretativi della Commissione Centrale delle imposte, cui la Corte costituzionale fa riferimento in una sola sentenza (n. 62 del 1965) dove viene accolta l'interpretazione del giudice *a quo* in quanto « corrispondente a quella ormai consolidatasi nel tempo per costante affermazione sia della Corte di Cassazione, *sia della Commissione centrale delle imposte* » (68) oltre che fondata sulla lettera e sulla *ratio* giustificatrice della disposizione denunciata.

Si potrebbe evincere un ruolo minore dell'interpretazione della Commissione Centrale, considerata una volta sola in dieci anni e perché omogenea all'indirizza della Cassazione (oltre che confermata da una lettura della disposizione condotta secondo un criterio letterale e finalistico). È, però, un'illazione largamente orientativa che richiede la conferma della successiva giurisprudenza costituzionale.

Infine, solo per completezza, un richiamo alla sentenza n. 7 del 1958 in cui la Corte costituzionale attribuisce il valore di mero precedente, rilevante ma non vincolante, all'interpretazione dell'Alta Corte siciliana (69): si è infatti fuori della problematica del diritto vivente, entrando piuttosto nella tematica delle decisioni del giudice delle leggi come precedente e della loro autorità nei confronti della Corte costituzionale medesima (70).

---

(66) È l'Avvocatura dello Stato a citare, a sostegno della tesi della legittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 313 c.p., « alcune decisioni del Tribunale Supremo Militare e della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite » (in Giur. *Cost.* 1959, 325 s.). La Corte costituzionale si adeguerà a tale parere interpretativo.

(67) Si rinvia a quanto detto sopra, al par. 32 (in particolare alla nota 45).

(68) In Giur *Cost.* 1965, 774. Corsivo non testuale.

(69) Nella motivazione si legge che: « la Corte costituzionale non può attribuire alle decisioni dell'Alta Corte per la Regione siciliana (...) efficacia preclusiva maggiore di quella riconosciuta alle proprie » (id *est:* non preclusiva); « ciò non significa peraltro che questa Corte non debba attribuire alla precedente decisione dell'Alta Corte ed ai motivi che la sorreggono tutta la considerazione che essi meritano » (in Giur. *Cost.* 1958, 56).

(70) Sulla problematica, estranea alla presente indagine, del valore del precedente nel giudizio sulle leggi, vedi da ultimo l'omonimo libro di ANZON A.,

## 5. L'interpretazione del giudice di rimessione

### 5.1 La libertà per la Corte di disattendere l'orientamento del giudice a quo, a prescindere dal suo grado giurisdizionale...

L'indagine sui primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale porta ad escludere categoricamente la possibilità di qualificare come diritto vivente l'interpretazione del giudice remittente, con il conseguente obbligo per la Corte di giudicare *esclusivamente* della norma dedotta nell'ordinanza di rimessione.

I dati, in merito, sono eloquenti ed omogenei qualunque sia il giudice del processo principale, il suo grado giurisdizionale, il numero delle ordinanze promosse. Infatti, escludendo tutte le decisioni in cui la Corte si adegua all'interpretazione del giudice *a quo solo nella misura in cui essa coincide con il diritto vivente di altra(e) matrice(i)* (71), tra il 1956 ed il 1965 la giurisprudenza costituzionale presenta un numero elevatissimo di decisioni di non fondatezza o, addirittura, di manifesta infondatezza (72) motivate da una lettura della disposizione impugnata diversa da quella isolatamente prospettata nell'ordinanza di rinvio.

Siamo nell'ordine delle centinaia: ci limitiamo ovviamente a riportare (ed eventualmente citare nei passaggi più significativi) i casi in cui più manifesta appare la libertà interpretativa della Corte rispetto al giudice *a quo* (73).

---

*Il valore*, cit. (in particolare il cap. II della parte II) e, ivi, ampie indicazioni bibliografiche.

(71) Si veda, ad esempio, la n. 62 del 1965: « ad avviso della Corte l'interpretazione data dal giudice a *quo* alla norma impugnata — corrispondente a quella ormai consolidatasi nel tempo per costante Affermazione sia della Corte di cassazione, sia della Commissione centrale delle imposte — è esatta in quanto trova adeguato fondamento, oltre che nella lettera, anche nella ratio giustificatrice della disposizione denunciata » (in *Giur. Cost.* 1965, *774).* È del tutto evidente che, in simili ipotesi, l'interpretazione del giudice *a quo* altro non fa che recepire un diritto vivente già consolidato: (o in assestamento) proponendolo al giudizio della Corte costituzionale. Viceversa, oggetto dell'indagine giurisprudenziale devono essere solo quelle sentenze in cui la Corte si confronta con un'interpretazione del giudice *a quo* originale e non ripetitiva di orientamenti propri di altri organi giudiziari.

(72) Un esempio per tutti: l'ordinanza n. 35 del 1965 dove si legge che: « il termine 'reo', nell'art. 150 c.p. non ha affatto il significato di 'colpevole' *come si assume nell'ordinanza* (...). Ed in ciò concordano anche la dottrina — e nessun dubbio essendo stato giammai sollevato nella pratica applicazione della norma — non appare per nulla giustificato il dissenso manifestato dalla ordinanza (...). E poiché, nell'uso delle parole, l'importante è che ognuno sappia intenderle nel significato loro attribuito, la questione è manifestamente infondata » (in *Giur. Cost.* 1965, 322; corsivo non testuale).

(73) Si vedano, comunque, oltre ai casi emblematici citati nel testo le deci-

Libertà esplicitamente affermata nella n. **63** del **1961** dove, a giustificazione della diversa interpretazione assunta rispetto a quella propostale, la Corte riafferma che ad essa « in conformità con la propria costante giurisprudenza » compete risolvere le questioni di merito proposte dal giudice del processo principale, « anzitutto quelle concernenti la interpretazione delle norme ordinarie, delle quali è stata posta in dubbio la legittimità costituzionale » (74). Si è già detto come tale affermazione programmatica si concili, al di là del tenore letterale, con la teoria del diritto vivente (75): qui, invece, preme rilevare come, in assenza di un'interpretazione costante ed univoca, la Corte rivendichi la propria potestà ermeneutica a *fronte dell'esegesi proposta dal giudice a quo*, evidenziandone il carattere non vincolante né in qualche misura impegnativo.

Non meno significativa è la sentenza n. **86** del **1962** (76), in *cui* la Corte dichiara non fondata la questione respingendo l'interpretazione proposta dal giudice *a quo* che — particolare interessante — nella specie era la Cassazione a Sezioni Unite. Per di più l'interpretazione disattesa era stata sollevata con ben quattro ordinanze. Appare chiaro, quindi, che il valore non vincolante della norma indicata dal giudice *a quo* resta immutato *a* prescindere dall'autorevolezza dell'organo remittente (77).

A titolo ricognitivo possono essere ricordate, come ulteriori conferme dell'assunto, la n. **13** del **1961** (« anche se l'interpretazione (...) adottata dal tribunale, fosse giusta *(e non lo* è) » (78)), la n. 118 del **1963** (« ritiene la Corte *di non poter condividere* questa interpretazione della legge fallimentare e degli articoli impugnati » (79)), le nn. 25, 35 (« la Corte ritiene che questa interpretazione *sia inesatta, e non*

---

sioni ricordate da VASSALLI G., *op. cit.*, 1104 nota 32 e *passim*, « come esempi di questa legittima divergenza della Corte dalla interpretazione della legge ordinaria proposta dal giudice a *quo* ».

(74) In Giur. Cost. 1961, 1222.

(75) Vedi, supra, nota 24.

(76) In Giur. Cost. 1962, 931. La questione dichiarata non fondata riguardava il terzo comma dell'art. 145 della legge di registro, denunciato con riferimento al principio del *solve et* repete, rispetto al quale (secondo la Corte costituzionale) non ha invece alcuna relazione.

(77) Non esce confermata quindi, almeno nei primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale, l'osservazione fatta da un'autorevole dottrina (ZAGREBELSKY *G.*, La dottrina, cit. 1154) secondo cui, benché in linea di massima l'interpretazione del giudice a *quo* non basti ad avere diritto vivente, « tale insufficienza può essere talora rovesciata, quando si abbia a che fare con iniziative nel processo costituzionale particolarmente significative; quando cioè l'ordinanza provenga dalle sezioni unite della Corte di cassazione ».

(78) In Giur. Cost. 1961, 93.

(79) In Giur. Cost. 1963, 1356.

*possa essere condivisa* » (80)) e 107 del 1964, le nn. 35 e 71 del 1965 (« la Corte ritiene che nessuna delle due questioni di legittimità costituzionale (...) sollevate dal tribunale di Bari sia fondata. In ordine alla prima, non *appare esatta l'interpretazione* che questo dà dell'art. (...) » (81)).

Unica decisione apparentemente difforme dall'indirizzo descritto è la n. 8 del 1963: la Corte, come si legge in motivazione, rileva che « la disposizione (impugnata) non può dirsi certo molto chiara » e che « essa può essere anche interpretata nel senso accolto dal giudice del processo principale in base al principio *inclusio unius exclusio alterius* » e, assumendo tale interpretazione, la dichiara costituzionalmente illegittima (82). In realtà la sentenza, più che configurarsi come eccezione alla regola, sembra al contrario confermarla in un suo profilo particolare: nel dubbio (dovuto alla mancanza di un diritto vivente), la Corte riacquista piena libertà interpretativa e può leggere la disposizione impugnata, se ne è persuasa, in moda conforme a quanto suggerito dal giudice *a quo*. È la stessa Corte, in sostanza, a sposare liberamente la lettura dell'ordinanza di rinvio, senza che questo ne testimoni una qualche peculiare forza obbligante.

### 5.2 ...ed indipendentemente dal numero dei giudici che propongono la medesima interpretazione

Si è sostenuto in dottrina che la pluralità delle iniziative e la loro convergenza sul piano interpretativo sarebbero in grado; per così dire, di spersonalizzare ed oggettivare l'interpretazione proposta (83): si dovrebbe quindi riconoscere, in presenza di più giudici a *quibus* che impugnano avanti alla Corte costituzionale la medesima disposizione attribuendole lo stesso significato normativo, @ diritto vivente in *fieri* se non addirittura già consolidato.

Al contrario, l'indagine giurisprudenziale sui primi dieci anni di sindacato costituzionale non sembra confermare tale osservazione (84).

---

(80) In *Giur. Cost.* 1964, 482.
(81) In *Giur. Cost.* 1965, 893.
(82) In *Giur .Cost.* 1963, 74 s.
(83) ZAGREBELSKY G., *La dottrina*, cit. 1154.
(84) Anche qui, dato il numero elevatissimo di sentenze in cui la Corte disattende l'interpretazione proposta da più giudici *a quibus*, ci si limiterà nel testo ad indicare solo alcune pronunce tra le più eloquenti in tal senso. Si deve precisare, inoltre, che l'indagine giurisprudenziale compiuta riguarda solo quelle sentenze con cui la Corte risolve una *quaestio legitimitatis* sollevata da più giudici di rimessione e non semplicemente promossa da numerose ordinanze di rinvio, potendo queste infatti provenire tutte da un medesimo giudice *a quo*

Si vedano, per tutte, la sentenza n. 44 del 1961 (« un giudizio relativo alla legittimità costituzionale dell'art. (...) presuppone owiarnente che si dia della norma l'interpretazione più esatta; interpretazione che, secondo questa Corte, *non coincide con quella a cui mostrano di accedere le ordinanze di rinvio* ») (85) e la n. 56 del 1961 (« *la Corte ritiene priva di fondamento l'affermazione, contenuta nelle due ordinanze,* secondo la quale (...)) (86). Esse esplicitano quanto è regola nella giurisprudenza costituzionale: mancando diritto vivente — come infatti era nei casi di specie — la Corte non si sente vincolata all'interpretazione dei giudici *a quibus* (quanti essi siano) ed interpreta liberamente ed autonomamente la disposizione impugnata.

D'altra parte, come precedentemente notato (87), il numero di giudici remittenti alla Corte la medesima *quaestio legitimitatis* (identica, cioè, anche nell'interpretazione della disposizione legislativa), per la sua natura accidentale ha un valore relativo circa l'esistenza o il formarsi di un diritto, vivente: il giudice costituzionale, allora, potrà anche rimanerne persuaso o comunque in una qualche misura condizionato, ma solo per sua espressa intenzione.

Né ciò è contraddetto dalla sentenza n, 93 del 1965 che risolve la questione, relativa alla natura giurisdizionale dell'attività svolta dal consiglio comunale in materia di contenzioso elettorale ed alle garanzie di imparzialità del medesimo, promossa con ben diciassette ordinanze di rinvio da quattro giudici diversi (si trattava appunto di consigli comunali in materia di contenzioso elettorale). La Corte modifica qui il propria orientamento con una decisione interpretativa di accoglimento: l'attività del consiglio comunale in tale sede è giurisdizionale — così sostiene — ma la legge che la disciplina, non garantendone la necessaria indipendenza, è incostituzionale.

Il mutamento di indirizzo relativo! alla (ora riconosciuta) natura giurisdizionale del consiglio comunale in sede di contenzioso elettorale potrebbe essere attribuito proprio al numero elevato di giudici *a quibus* ed alla reiterazione della questione incidentale, come d'altra parte taluni passaggi dalla sentenza sembrerebbero avallare (88). Ma

---

Va altresì ribadito che non si è tenuto conto, in questo paragrafo, di quelle sentenze in cui i giudici *a* quibus fungevano più da ripetitori di interpretazioni viventi già consolidate che da soggetti proponenti una stessa originale interpretazione della disposizione impugnata: in tali ipotesi, infatti, altra è la matrice del diritto vivente (Cassazione, Consiglio di Stato, etc.) rispetto a quella qui in esame.

(85) In Giur. Cost. 1961, 981.

(86) In Giur. Cost. 1961, 1077.

(87) Vedi, supra, il par. 4.2 della parte prima.

(88) Si legge, infatti, nella sentenza che: « (...) infine da alcuni Consigli comunali si è continuato a dubitare, *sollevandosi* nuove eccezioni, della costitu-

fa spiegazione suggerita dalla dottrina (89) (e confermata da ulteriori argomentazioni addotte dalla Corte in motivazione (90)) è un'altra: il *revirement* del giudice costituzionale sembra dipendere da una valutazione negativa dell'applicazione concreta della disposizione impugnata, conseguenza della genericità ed insufficienza di essa. Ed in tale contesto (riconducibile, quindi, ad una particolare valutazione di *impatto sociale* della legge ordinaria (91)) trovano collocazione anche le ordinanze dei giudici *a quibus* (92).

La sentenza n. 93 del 1965, quindi, non va soprawalutata nei suoi significati generali e non altera il rapporto di autonomia esistente tra l'attività interpretativa della Corte costituzionale e quella, anche riproposta alla Corte stessa a più riprese, da diversi giudici n *quibus.*

## 6. La communis opinio tra teorici e pratici del diritto

### 6.1 Il frequente richiamo all'interpretazione giurisprudenziale (non ulteriormente qualificata)

Un approccio meramente statistico ai primi dieci anni di sindacato costituzionale rivela nella interpretazione giurisprudenziale non ulteriormente qualificata la matrice di diritto vivente ricorrente con maggior frequenza nelle decisioni della Corte: si contano, infatti, tra il

---

zianalità dei propri poteri giurisdizionali. Si è generato pertanto uno stato di confusione e d'incertezza che, reiterandosi in modo talvolta *affannoso* le denunce di incostituzionulità della legge, induce questa Corte a riesaminare la questione alla luce della propria giurisprudenza in materia di indipendenza (imparzialità) dei giudici» (in Giur. Cost. 1965, 1297 s. Corsivi non testuali).

(89) 11 riferimento è a POTOTSCHNIG U., Il giudice interessato non è indipendente, in Giur. Cost. 1965, 1291-1293.

(90) Argomentazioni del seguente tenore: «in realtà queste incertezze, più che essere frutto di oscillazioni interpretative, derivano dalla laconicità delle norme impugnate»; «in verità, pur essendo anomale rispetto a quelle che presiedono al rito ordinario, queste regole, nell'ambito di una giurisdizione speciale, di per sé non sarebbero sospette; ma, in un procedimento che si è detto così povero delle normali garanzie, rilevano anch'esse *una* pericolosità o una insufficienzache non possono non essere denunciate»; «in conclusione, le norme impugnate, non offrendo né suggerendo garanzie per l'imparzialità del giudicante, contrastano con l'art. 108, com. 2, Cost.». Le tre citazioni sono in Giur. *Cost.* 1965, rispettivamente 1297, 1300, 1301. I corsivi non sono testuali.

(91) In argomento si rimanda alla parte I, par. 4.5, della ricerca,

(92) Così, infatti, si esprime in sentenza la Corte: «nel quadro di tale situazione si spiega come i ripetuti incidenti di costituzionalità, sollevati negli ultimi anni da Consigli comunali, siano serviti molto spesso, più che a fini di giustizia, a ritardare la decisione delle controversie oltre i termini utili» (in Giur. Cost. 1965, 1300).

1956 ed il 1965 ben 24 sentenze (93) in cui si fa riferimento al significato normativo attribuito alla disposizione impugnata (o alla natura giuridica attribuita all'istituto contemplato nella legge impugnata) dalla giurisprudenza così genericamente indicata.

11 rilievo statistico non è casuale risultando rafforzato da alcune inequivoche e significanti pronunce che lo illluminano.

Ad esempio, le prime due sentenze interpretative di accoglimento, la n. 26 del 1961 e la n. 52 del 1965, nascano entrambe da una reiterata interpretazione giurisprudenziale cui il giudice costituzionale è costretto a reagire. E già si è evidenziato (94) il suolo particolarmente significativo che lesse rivestono per la storia del diritto vivente, sia sul piano delle loro affermazioni programmatiche, sia per il loro adeguamento in seconda battuta ad un orientamento interpretativo prevalente su quello suggerito dalla Corte costituzionale.

Così come la nota decisione interpretativa di rigetto n. 8 del 1956 — anch'essa, come si è visto precedentemente, di indubbio rilievo per le sue affermazioni di principio — nasce da un generico richiamo alla giurisprudenza « tanto della magistratura ordinaria che di quella amministrativa ■ che, interpretando l'art. 2 t.u.l.p.s., « pone in risalto il significato attuale della norma » alla luce del quale la Corte deve condurre il suo giudizio di costituzionalità, secondo quanto teorizzato nella medesima sentenza (95).

Va inoltre rilevato che il richiamo all'orientamento giurisprudenziale fatto nelle sentenze indicate non si riduce a mero argomenta retorico: su 24 decisioni, sono ben 19 quelle in cui la Corte costituzionale si adegua immediatamente all'interpretazione giudiziaria ricordata (96), mentre in altri 2 casi, come si è appena detto, la Corte si adegua in seconda battuta ad essa per dichiarare la disposizione illegittima, non essendosi radicata tra i giudici la lettura costituzionalmente adeguatrice a suo tempo da essa proposta (97).

Se infine si fa un calcolo complessivo delle decisioni citate con

---

(93) Si tratta delle nn. 1 e 8 del 1956; nn. 28, 33, 35 e 36 del 1957; nn. 8 e 36 del 1959; n. 67 del 1960; nn. 26, 42, 44 e 70 del 1961; nn. 29, 41 e 45 del 1962; nn. 66 e 118 del 1963; nn. 35, 44 e 103 del 1964; nn. 35, 52 e 70 del 1965.

(94) Vedi, supra, il par. 2.2.

(95) In *Giur.* Cost. 1956, 605.

(96) Nel dettaglio, la Corte assume l'interpretazione giurisprudenziale della disposizione impugnata, per dichiararla incostituzionale, nelle sentenze n. 67 del 1960, n. 70 del 1961, n. 45 del 1962, n. 66 del 1963, n. 70 del 1965. La Corte, invece, assume l'interpretazione giurisprudenziale per contrapporla ad altri diversi significati normativi, al fine di salvare la disposizione impugnata, nelle sentenze n. 8 del 1956, nn. 28 e 33 del 1957, nn. 8 e 36 del 1959, nn. 42 e 44 del 1961, nn. 29 e 41 del 1962, n. 118 del 1963, nn. 35, 44 e 103 del 1964, n. 35 del 1965.

(97) Il riferimento è, ancora, alle sentenze n. 26 del 1961 e n. 52 del 1965.

quelle in cui la Corte si misura con l'interpretazione di organi giudiziari ben determinati (Cassazione, Consiglio di Stato), si conferma il dato, peraltro pacificamente sostenuto in dottrina, dell'*interpretazione* giudiziaria come fonte privilegiata di diritto vivente, fermo restando uno spazio — comunque più contenuto — per altre possibili matrici.

## 6.2 Indizi significativi, ma non risolutivi, circa il suo carattere vincolante

Ma affermare il ruolo privilegiato dell'interpretazione giurisprudenziale nella determinazione del diritto vivente, vuol dire riconoscerne anche, nei confronti della Corte costituzionale, un carattere vincolante? Già si è esclusa una forza obbligante per l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione (sia come singola sezione, sia a sezioni unite) e per il Consiglio di Stato (anche se in adunanza plenaria); per l'interpretazione genericamente giurisprudenziale i dati da analizzare sembrerebbero attribuirle, invece, un valore persuasivo particolare.

Innanzitutto risulta molto indicativo che, con due decisioni interpretative di accoglimento (la n. 26 del 1961 e la n. 52 del 1965) la Corte abbia dovuto cedere ad orientamenti giurisprudenziali rivelatisi più forti di altri indirizzi pure tracciati dal giudice costituzionale, rispettivamente nelle precedenti sentenze n. 8 del 1956 e 11 del 1965. La sequenza « sentenza interpretativa di rigetto-interpretativa di accoglimento », come più volte rilevato, testimonia della forza vincolante che, alla lunga, viene ad assumere il diritto vivente.

Da non sottovalutare, inoltre,, è il fatto che non esista tra le pur numerose sentenze costituzionali che richiamano l'interpretazione genericamente giurisprudenziale, alcuna esplicita affermazione testuale che neghi a questa un valore vincolante. Infatti, della dozzina di sentenze in cui pure la Corte non si adegua all'orientamento della giurisprudenza, alcune sembrano negare l'esistenza di un diritto vivente giurisprudenziale consolidato (98), altre utilizzano l'ermeneutica giudiziaria semplicemente a sostegno della interpretazione autonomamente fatta dalla Corte (99), altra infine esprime testualmente una

(98) Sentenze n. 1 del 1956 (in *Giur. Cost.* 1956, 4 s.), nn. 35 e 36 del 1957 (in *Giur, Cost.* 1957, rispettivamente 444 s. e 451).

(99) Sentenze n. 33 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 432), n. 8 del 1959 (in *Giur. Cost.* 1959, 236), n. 45 del 1962 (in *Giur. Cost.* 1962, 578), n. 118 del 1963 (in *Giur. Cost.* 1963, 1357), nn. 35 e 44 del 1964 (in *Giur. Cost.* 1964, rispettivamente 482 e 572 s.), n, 35 del 1965 (in *Giur. Cost,* 1965, 322).

adesione alla lettura della legge proposta in giurisprudenza, marcandone così il connotato di piena libertà proprio dell'attività interpretativa della Corte [100]. Non sono numericamente poche: ma, si ripete, nessuna di esse ***esplicitamente*** esclude un valore vincolante al diritto vivente di matrice genericamente giurisprudenziale.

***A fortiori***, quindi, acquista rilievo non solo l'affermazione di principio fatta nella sentenza n. 8 del 1956 [101] e suffragata coerentemente dalla soluzione del caso di specie, in cui l'interpretazione giurisprudenziale che delinea l'attuale sistema nel quale vive la legge impugnata ed il suo significato vivente assume un valore al limite della vincolatività, ma anche l'elevato numero di decisioni in cui, pure in assenza di affermazioni paradigmatiche in tal senso impegnative, l'interpretazione della Corte coincide con quella giurisprudenziale [102].

Tuttavia si tratta di indizi significativi, ma non risalutivi: in particolare, a ritenere che la Corte costituzionale attribuisca valore

---

[100] Sentenza n. 41 del 1962 (in ***Giur. Cost.*** 1962, 328) dove, sia nel ritenere ancora vigente la legge impugnata, sia nell'interpretarla teleologicamente, la Corte costituzionale si attiene al diritto vivente giurisprudenziale perché « merita piena adesione » e perché « appare esatto ».

[101] Vedi, *supra*, il par. 2.1.

[102] Le sentenze in cui la Corte si adegua immediatamente alla lettura giurisprudenziale della legge impugnata, ora per annullarla, ora per dichiarare la questione non fondata, sono già state indicate alla nota 96: qui è sufficiente fare alcune puntualizzazioni per talune di esse. Così per la n. 66 del 1963 dove, secondo la Corte, « la miglior prova del notato contrasto tra la norma denunciata e quella costituzionale stà nell'interpretazione che alla prima ha dato la giurisprudenza » (in ***Giur. Cost.*** 1963, 573): nel suo chiaro tenore letterale, la sentenza assume l'interpretazione del diritto vivente giurisprudenziale e in base ad essa dichiara illegittimo l'art. 2109 cod. civ, impugnato. Sul punto, tuttavia, non sono mancate perplessità in dottrina: vedi TAVASSI ***G.***, In ***tema di ferie del lavoratore***, in ***Giur. Cost.*** 1963, 569 s., secondo il quale: « Stupisce che la sentenza n. ***66*** della Corte Costituzionale trovi alle sue spalle la quasi totale assenza di precedenti dottrinali e giurisprudenziali. (...) La questione che forma argomento della presente decisione (...) fu invece affrontata dal Pretore di Fara Sabina e risolta recisamente nel senso della legittimità costituzionale della predetta norma. Si può quindi affermare che quasi nessuno prima d'ora si era accorto del contrasto fra l'art. 2109, II comma, c.c. e l'art. 36, III comma, Cost.; da ciò il fatto che la sentenza n. 66 ha destato una certa sorpresa, che forse non è del tutto ingiustificata ».

Così, pure, per la n. 70 del 1965 la cui collocazione tra le decisioni di immediato adeguamento al diritto vivente giurisprudenziale appare, in verità, incerta. Se, infatti, da un lato la Corte si richiama all'orientamento giurisprudenziale, concorde nel caso di specie con i lavori preparatori del codice civile (in ***Giur. Cost.*** 1965, 875), dall'altro essa stessa ricorda « che la giurisprudenza ha attenuato la portata della norma in esame » attraverso una nuova interpretazione (in ***Giur. Cost.*** 1965, 883 s.). Sull'intera vicenda si veda la nota di NOCILLA D., ***Sentenza interpretativa di accoglimento o sentenza di accoglimento parziale dell'art. 274 cod. civ.?***, in ***Giur. Cost.*** 1965, 881.

vincolante all'interpretazione genericamente giurisprudenziale, rimarrebbero difficilmente spiegabili talune contraddizioni.

Ad esempio, vi sarebbe contrasto con l'affermata insufficienza della sola interpretazione giurisprudenziale (se non supportata dalla adesione della dottrina e non lungamente consolidatasi nel tempo) a porsi come limite al diritto/dovere della Corte costituzionale di interpretare la disposizione impugnata, espressamente teorizzata nella sentenza n. 11 del 1965 (103).

Oppure, ancora, risulterebbe contraddittorio che un tale valore vincolante possa essere attribuito agli orientamenti di una generica giurisprudenza e non anche, come si è visto (104) agli indirizzi interpretaivi del giudice di nomofilachia, neppure se a sezioni unite.

In realtà, come si illustrerà nel paragrafo che segue, i dati evidenziati trovano la loro giusta decodificazione solo se collocati e letti complessivamente con quelli relativi al ruolo della interpretazione dottrinale nella determinazione del diritto vivente: non quindi la sola lettura genericamente giurisprudenziale, ma la coincidenza tra questa e quella dottrinale si pone come robusto vincolo alla potestà inerpretativa della Corte costiuzionale.

### 6.3 Il valore fortemente persuasivo dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, considerate congiuntamente

Sono ben 23 le sentenze costituzionali che, tra il 1956 ed il 1965, fanno riferimento in modi e con esiti differenti all'interpretazione dottrinale della legge impugnata (105). Frequente, quindi, è il richiamo della Corte agli orientamenti dei teorici del diritto, come frequente è pure la sua tendenza ad adeguarvisi: su ventitré decisioni, sono 17 quelle che, assumendo la disposizione come interpretata in dottrina, o la dichiarano illegittima (106) o invece la salvano contrapponendo quella lettura ad altri significati normativi pure proposti (107).

L'indubbia attenzione del giudice costituzionale all'interpretazione dottrinale, però, non si traduce in un rapporto tanto condizionante dallo spingere la Corte ad assumerla come vincolante.

---

(103) Vedi, *supra*, il par. 2.3.

(104) Vedi, *supra*, i paragrafi 3.1 e 3.2.

(105) Si tratta delle sentenze n. 1 del 1956; nn. 1, 36 e 61 del 1957; n. 40 del 1958; n. 8 del 1959; n. 29 del 1960; nn. 29, 42, 44 e 70 del 1961; nn. 29, 40, 41 e 45 del 1962; nn. 94 e 118 del 163; nn. 35, 44, 46 e 57 del 1964; nn. 35 e 42 del 1965.

(106) Così nelle sentenze n. 70 del 1961 e n. 45 del 1962.

(107) Così nelle sentenze nn. 1 e 61 del 1957; n. 8 del 1959; n. 29 del 1960; nn. 42 e 44 del 1961; nn. 29 e 41 del 1962; nn. 94 e 118 del 1963; nn. 35, 44 e 46 del 1964; nn. 35 e 42 del 1965.

Se, infatti, in poche sentenze sembra riconoscersi, ma solo implicitamente, un simile vincolo [108], ben più numerose invece sono le decisioni che lo negano: alcune apertamente [109], altre richiamando l'interpretazione dottrinale solo *ad adiuvandum* una lettura autonoma della legge impugnata fatta dalla Corte [110], altre ancora negando che pur in presenza di precisi orientamenti dottrinali si possa parlare di interpretazione consolidata [111], altra infine ignorando del tutto l'indirizzo dottrinale [112], per un numero complessivo di 18 sentenze su ventitré.

---

(108) È quanto accade, in relazione al concetto di « indennizzo », nella n. 61 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 701 s.): « questa interpretazione letterale, e in un certo senso meramente etimologica (« rendere indenne »), del concetto di indennizzo non può essere accolta (...). *Come infatti* è *stato esattamente rilevato dalla dottrina,* il riferimento al prezzo della compravendita in una libera contrattazione non può attuarsi, in quanto la libera contrattazione in effetti non sussiste, e in luogo di essa si verifica una cessione coatta, con la conseguenza che il prezzo, anziché essere determinato in base alla legge economica dell'offerta e della domanda, finisce col subire, sia pure con l'intervento dei periti, una determinazione astratta e approssimativa, in considerazione prevalente del pubblico interesse »; corsivo non testuale.

Similmente, nella n. 42 del 1961, in relazione alla natura giuridica delle deliberazioni dei Consigli comunali nella materia del contenzioso elettorale: « la Corte osserva che il carattere giurisdizionale delle decisioni predette, in quanto rivolte alla tutela di diritti subiettivi perfetti, è *stato riconosciuto dalla quasi unanime dottrina* ed affermato dalla costante giurisprudenza (...) » (in *Giur. Cost.* 1961, 962; corsivo non testuale) e, sempre a riguardo dello stesso istituto, nella n. 44 del 1961: « l'eccezione di inamrnissibilità (...) non può essere accolta (...): *infatti una lunga tradizione dottrinale* e giurisprudenziale, fin dal secolo scorsa, riconosce natura giurisdizionale ai procedimenti che si svolgono presso i Consigli comunali su ricorsi di cittadini in materia elettorale » (in *Giur. Cost.* 1961, 980).

Così, infine, nella n. 70 del 1961: « queste norme sono state oggetto d'una interpretazione che, ormai consolidata in giurisprudenza, è *accolta dalla quasi unanimità della dottrina* (...). Se questa è la portata della norma, e non v'è ragione di dubitarne, la Corte costituzionale ritiene che esse contrastino con l'art. 24, comma 1 e 2, Cost. » (in *Giur. Cost.* 1961, 1287 ss.; corsivo non testuale).

(109) Sentenze n. 40 del 1962 (in *Giur. Cost.* 1962, 322 s.) e, in modo invero meno esplicito, n. 41 del 1962 (in *Giur. Cost.* 1962, 328).

(110) Sentenze n. 1 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 5), *n.* 8 del 1959 (in *Giur. Cost.* 1959, 236) in relazione al valore probatorio delle intestazioni catastali; n. 29 del 1960 (in *Giur. Cost.* 1960, 521 s.); n. 45 del 1962 (in *Giur. Cost.* 1962, 578); nn. 94 *e* 118 del 1963 (in *Giur. Cost.* 1963, rispettivamente: 789 e 1357); nn. 35, 44 e 46 del 1964 (in *Giur. Cost.* 1964, rispettivamente 482, 572 s. e 585); nn. 35 e 42 del 1965 (in *Giur, Cost.* 1965, rispettivamente 322 e 643).

(111) Sentenze n. 1 del 1956 (in *Giur. Cost,* 1956, 4 s.); n. 36 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 451); n. 40 del 1958 (in *Giur. Cost.* 1958, 529) *e* n. 57 del 1964 (in *Giur. Cost.* 1964, 659).

(112) Sentenza n, 29 del 1961 (in *Giur. Cost.* 1961, 560) dove la difesa richiama l'orientamento di parte della dottrina (e di parte della giurisprudenza) che

La rilevazione statistica che esclude un carattere vincolane all'interpretazione dottrinale, d'altra parte, conferma una considerazione tanto owia quanto importante: per la sua natura necessariamente ipotetica ed astratta, l'ermeneutica dottrinale è inidonea a porsi come matrice di un diritto che possa qualificarsi vivente, e che in quanto tale ha la sua caratteristica nella concretezza, nell'applicazioae, nell'essere metro effettivo di giudizio.

Perché, quindi, la dottrina riesca a svolgere un ruolo in qualche misura condizionante l'attività interpretativa della Corte, con specifico riferimento alla legge ordinaria, è necessario che i suoi orientamenti vengano assunti nella giurisprudenza acquistando così una concretezza altrimenti mancante, fino a potersi parlare di una *communis opinio* tra teorici e pratici del diritto.

Analizzate da questo particolare profilo le 23 sentenze individuate (113), i dati che se ne ricavano risultano assai interessanti.

In primo luogo sono ben 18 le sentenze che fanno riferimento congiuntamente all'interpretazione consolidatasi in dottrina ed in giurisprudenza (114): il che sembra confermare quanto osservato circa la necessità di una concretizzazione degli orientamenti dottrinali, utilizzabili solo se filtrati dall'organo giudiziario, perché essi possano diventare effettivi termini di paragone per l'attività interpretativa della Corte costituzionale. I1 dato non trova smentita nemmeno nelle rimanenti cinque sentenze in cui il riferimento alla dottrina è disgiunto da quello alla giurisprudenza: infatti, nelle nn. 1 e 61 del 1957 la Corte si riferisce all'interpretazione dottrinale ad adiuvandum e non isolatamente (nella prima congiuntamente ai progetti di legge in itinere (115), nella seconda insieme all'evoluzione storica dell'istituto (116)); nella n. 94 del 1963 (177) il richiamo all'interpretazione dottrinale è sì isolato, ma indiretto e comunque collocato all'interno di una motivazione criticata in dottrina per la sua eccessiva stringatezza (118);

---

qualifica la confisca dei beni di ex gerarchi fascisti come pena principale, mentre la Corte decide prescindendo da esso ed in modo difforme.

(113) Già indicate alla nota *105.*

(114) Nel dettaglio: la n, *1* del *1956;* la n. *36* del *1957;* la n. *40* del *1958:* la n. *8* del *1959;* la n. *29* del *1960;* le nn. *29, 42, 44* e *70* del *1961;* le nn. *29, 41 e 45* del *1962;* la n. 118 del *1963;* le nn. *35, 44* e *46* del *1964;* le nn. *35* e *42* del *1965.*

(115) In *Giur. Cost. 1957, 5.*

(116) In *Giur. Cost. 1957, 701.*

(117) In *Giur. Cost. 1963, 789.*

(118) *I1* riferimento è a CRISAFULLI V., *Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione,* in *Giur. Cost. 1963, 783,* dove si mette criticamente in rilievo il fatto che «la tesi in definitiva giustamente accolta appare piuttosto affermata che persuasivamente dimostrata, specie tenendo conto delle contrastanti opinioni avanzate in proposito nella dottrina

nella n. 57 del 1964 la Corte non accoglie l'opinione di larga parte della dottrina probabilmente perché — come sembra potersi evincere dalla motivazione — mancante un univoco orientamento dottrinale (119); così in modo analogo nella n. 40 del 1962 (120), dove la Corte disattende la qualificazione giuridica di un certo istituto suggerita da una dottrina definita autorevole ma non costante.

Un secondo dato, che si evince dalle sentenze in cui compare un congiunto richiamo alla dottrina ed alla giurisprudenza, merita di essere evidenziato: in tutte le diciotto sentenze, la Corte interpreta la disposizione impugnata nel senso indicato dalla *communis opinio* dei teorici e pratici del diritto, con le uniche eccezioni riscontrabili laddove non si è ancora formato un consolidato orientamento interpretativo (121) o laddove la Corte non lo consideri affatto (122). In tutti gli altri casi, e sono la netta maggioranza, pur non potendosi parlare di vincolatività, la Corte, comunque, si orienta verso l'interpretazione suggerita congiuntamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

E si tratta, in tali casi, di una dottrina qualificata come « pacifica » (n. 8 del 1959), « di lunga tradizione » (n. 44 del 1961 e, similmente, n. 44 del 1964), « quasi unanime » (n. 42 del 1961, n. 70 del 1961), « prevalente » o « assolutamente prevalente » (n. 41 del 1962, n. 43 del 1962, n. 46 del 1964), « costante » (n. 29 del 1962, n. 35 del 1964), « dominante » (n. 118 del 1963), « parte notevole » (n. 42 del 1965) o senza particolari aggettivazioni (n. 29 del 1960 e n. 35 del 1965).

Da qui una terza considerazione: non qualunque indirizzo dottrinale, ma soltanto quello particolarmente qualificato (per l'autorevolezza degli autori o per la sua diffusa accettazione) appare idoneo, con il supporto della giurisprudenza (genericamente intesa o specificamente qualificata) a creare quella *communis opinio* tra teorici e pratici del diritto che, almeno nel primo decennio di sindacato costituzionale, si pone come rilevante elemento di influenza sull'attività interpretativa della Corte.

L'affermazione programmatica contenuta nella sentenza n. 11 del

---

e dell'atteggiamento rigidamente 'conservatore' della giurisprudenza della Cassazione ».

(119) In *Giur. Cost.* 1964, 659, dove infatti si parla di opinione « rappresentata da larga parte della dottrina ». A conferma della mancanza di un unanime indirizzo dottrinale vedi le indicazioni bibliografiche nella nota redazionale alla sentenza (in *Giur. Cost.* 1964, 657 s.).

(120) In *Giur.* Cost. 1962, 322 s., in relazione al problema se la cd. cautio *pro-expensis* rientri o meno nella categoria delle cauzioni giudiziarie e più generalmente dei provvedimenti cautelari.

(121) Così, secondo la Corte, nelle sentenze n. 1 del 1956, n. 36 del 1957 e n. 40 del 1958.

(122) Così nella n. 29 del 1961.

1965 ([123]) quindi, sembra riassumere correttamente l'atteggiamento di marcata attenzione che la Corte costituzionale ha riservato alle convergenti opinioni di dottrina e giurisprudenza tra il 1956 ed il 1965. Laddove invece sembra forzare la realtà delle cose, è nell'attribuire a questa *communis opinio* — se costante nel tempo — una forza vincolante: i dati raccolti confermano, certo, un tendenziale adeguamento della Corte ad essa, senza però configurarla come obbligante, almeno in modo esplicito ed evidente.

## 7. L'interpretazione amministrativa

### 7.1 Il ruolo contraddittorio dell'interpretazione regolamentare nella determinazione del diritto vivente

L'indagine giurisprudenziale fin qui condotta, ha permesso di evidenziare il ruolo ed il valore riconosciuti all'interpretazione giudiziaria dalla Corte costituzionale nella individuazione del significato normativo della legge impugnata. E benché, in effetti, l'interpretazione dei giudici ordinari risulti la matrice privilegiata del diritto vivente, sembra tuttavia eccessivamente riduttivo identificare questo in quella: l'applicazione di una legge non si ha solo nel momento giurisdizionale, ma anche con l'attività amministrativa nelle sue diverse forme, dal regolamento di esecuzione che alla legge si accompagna, se costantemente applicato, all'operato delle diverse autorità amministrative; dalla prassi amministrativa agli ordini ed istruzioni trasmesse mediante circolare, che interpretano, integrano e talvolta alterano il testo legislativo. E se in dottrina non sono mancate voci concordi nel ridimensionare il ruolo dell'interpretazione amministrativa come matrice di diritto vivente ([124]), tuttavia una ricognizione dell'uso di essa fatto dalla Corte costituzionale sembra quanto mai opportuna: i risultati, invero, riservano non poche sorprese.

Cominciamo tale indagine, dunque, dal regolamento *secundum* o *praeter legem*, già nel 1962 indicato da Esposito come elemento determinante la portata effettiva della legge impugnata ([125]). È bene precisare che indagare, nella giurisprudenza costituzionale dei primi dieci anni, sul regolamento come matrice di diritto vivente non significa affatto domandarsi se esso possa o meno essere oggetto di sindacato da parte della Corte: il problema è ormai risolto in senso negativo

([123]) Vedi, *supra*, il *par.* 2.3.
([124]) Vedi, *supra*, la parte *I* al par. 4.4.
([125]) Della tesi di Esposito, recentemente recuperata da Carlassare, si è già ampiamente parlato: vedi, in particolare, le note 135, 136 e 137 della parte I.

da una giurisprudenza costituzionale saldissima che nega al regolamento il requisito della forza di legge necessario perché la Corte si ritenga competente a sindacarne la legittimità.

I1 quesito è un altro, e la stessa Corte l'ha ben formulato nella sentenza n. 12 del 1965: quale sia « l'effetto che una norma regolamentare possa avere nei riguardi dell'interpretazione di una norma legislativa sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale », se cioè per identificare la norma vivente « non sia indispensabile procedere all'interpretazione della norma denunciata (...) eventualmente in concomitanza con la disposizione regolamentare » (126).

Nei casi in cui il problema si è posto, al di là di affermazioni risolute tendenti ad escludere pure questo ruolo alla fonte secondaria nel giudizio costituzionale, non sono mancati esempi in cui la norma vivente è stata indiv duata grazie anche al regolamento di esecuzione della legge impugnata.

Scendendo all'analisi di dettaglio, decisamente preclusive all'ipotesi del regolamento come possibile matrice di diritto vivente sono le decisioni n. 38 del 1961 e n. 49 del 1962 ma, in entrambe, la prospettiva sembra essere un'altra, e quindi forse in ultima analisi non sono davvero probanti.

Testualmente, nella prima si legge che: « la questione di costituzionalità dell'art. 197 regolamento 6 maggio 1940 n. 635 per l'esecuzione del t.u.l.p.s. deve essere dichiarata inammissibile. È appena il caso di osservare che si tratta di un atto privo di forza di legge e perciò non ricompreso tra quelli che l'art. 134 Cost. sottopone al controllo di legittimità costituzionale della Corte. *Non vale a superare questo ostacolo l'osservazione,* contenuta nell'ordinanza, *giusta la quale 'le norme incriminatrici' contenute negli artt. 111 t.u.l.p.s. e 662 c.p. sarebbero 'integrate' dalla norma regolamentare. Ammesso che codesta 'integrazione' abbia avuto luogo, essa non* è *sufficiente per attrarre nell'ambito della competenza della Corte un atto che per la sua natura* è *escluso possa essere attratto* » (127).

Analogamente, nell'ordinanza n. 49 del 1962 si legge che « come

(126) In Giur. Cost. 1965, 121 s. Nella sentenza, comunque, la Corte lascia impregiudicata la risposta, prescindendo da essa nel risolvere la questione di legittimità: « la Corte ritiene che, ai fini del decidere, non sia indispensabile procedere all'interpretazione delle norme denunciate sul punto se la norma stessa (eventualmente in concomitanza con la disposizione regolamentare) abbia o non prescritto una forma di pubblicità delle ordinanze prefettizie limitatrici del traffico stradale. Tale interpretazione non è necessaria, giacché, anche se la norma predetta non imponesse alcuna forma di pubblicità, l'omissione non potrebbe dirsi influente ai fini della proposta questione di legittimità costituzionale » (Loc. cit.).

(127) In Giur. Cost. 1961, 690; corsivi non testuali.

il pretore riconosce, la proposta doglianza di illegittimità è diretta (..) non contro l'art. 18 *l.p.s.* (...) ma sostanzialmente contro l'art. 19 del regolamento che quell'obbligo pone. In tal modo questa Corte è stata investita della questione di legittimità costituzionale non di una disposizione di legge o di una norma avente forza di legge, ma di una disposizione regolamentare, che non è ricompresa fra gli atti che, per la norma fondamentale dell'art. 134 Cost. sono sottoposti al controllo di costituzionalità di questa Corte » e conclude addirittura per la manifesta infondatezza (128).

In entrambe le pronunce citate, come è evidente, la Corte riconduce le questioni sollevate al problema della sindacabilità o meno del regolamento, in questo peraltro indotta dalle ordinanze di rimessione che, in effetti, erroneamente impugnavano nel loro dispositivo anche le norme regolamentari. Il vero è che l'intuizione dei giudici a quibus circa il regolamento come integrazione della legge, rectius: come figura sintomatica del modo in cui realmente la legge viene interpretata ed applicata, è ancora involuta ed indistinta dal diverso problema del regolamento come oggetto di giudizio della Corte.

Laddove, infatti, le due questioni vengono concettualmente e formalmente separate, la Corte fa uso del combinato disposto tra regolamento e legge per individuare il significato vivente di questa.

Così, ad esempio, nella sentenza n. 30 del 1962, dove la Corte arriva a pronunciare un dispositivo interpretativo di accoglimento sulla base di una lettura della disposizione impugnata derivata dall'applicazione della stessa secondo il dettato del regolamento di esecuzione (129).

Così, ancor più chiaramente, nella sentenza n. 68 del 1963, dove il regolamento di esecuzione viene adoperato come elemento' interpretativo (sia pure ad adiuvandum) nella qualificazione della natura penale — e non di sanzione amministrativa — della ammenda prevista nella legge impugnata (130).

---

(128) In *Giur. Cost.* 1962, 610 s.; corsivi non testuali. È l'ordinanza annotata da ESPOSITO C., *Diritto vivente*, cit., 605, critica nei confronti di una Corte costituzionale che, mentre da un lato riconosce rilevanza al significato normativo attribuito alla legge dalla giurisprudenza e dalla autorità amministrativa, dall'altro nega invece eguale rilievo alla « significazione o la portata che essa possa acquisire o abbia acquisita in forza di regolamento di esecuzione costantemente applicato da giudici ed autorità ».

(129) In *Giur. Cost.* 1962, 247: « il testo della disposizione, *anche se il suo contenuto venga visto in concreto attraverso le specificazioni date dall'art. 7 del regolamento di esecuzione* (...) non può fornire una risposta univoca al quesito » che è a fondamento della questione di costituzionalità. I corsivi non sono testuali,

(130) In *Giur. Cost.* 1963, 582: «*emerge del resto dall'art. 400 dello stesso regolamento esecutivo della legge regionale* (...) che l'oblazione è consentita

Ma non sono solo questi precedenti che fanno propendere per una accettazione della tesi avanzata da Esposito: ciò che più robustamente legittima il ruolo del regolamento come possi ile matrice di diritto vivente è il frequente ricorso della Corte costituzionale, nella sua attività interpretativa, alle circolari amministrative, come subito di vedrà. Sembra infatti incongruo che la funzione interpretativa in concreto riconosciuta a norme interne o fatti ritenuti rilevanti comunicati mediante circolare, possa invece essere negata al regolamento, fonte gerarchicamente sovraordinata (131) e munito di taluni traiti caratterizzanti (il valore generale, la tendenziale immutabilità, l'efficacia fino a pronuncia di annullamento o disapplicazione) certo non sempre attribuibili ad istruzioni, ordini e quant'altro viene trasmesso con una circolare.

## 7.2 Il reiterato ricorso a circolari amministrative per confermare l'interpretazione assunta dalla Corte costituzionale

Sono, infatti, addirittura nove le decisioni della Corte, nei primi dieci anni del suo sindacato, in cui si dà rilievo ad una o più circolari amministrative nell'interpretare la legge impugnata. I1 *trend* giurisprudenziale, a riguardo, è fin dal principio netto ed omogeneo: seppure con un ruolo di supporto rispetto ad altre argomentazioni, è ammesso con frequenza il ricorso a circolari per confermare la lettura della disposizione impugnata assunta dalla Corte.

Così accade, in ordine cronologico, nelle sentenze n. 78 del 1958 (132),

---

prima dell'invio degli atti al pretore, prevedendosi con ciò un iter del procedimento provocato dall'infrazione del tutto incompatibile con le sanzioni non penali ». I corsivi non sono testuali.

(131) La circolare altro non è che una forma letteraria a più contenuti, il cui tratto caratterizzante stà nel rendere possibile la comunicazione tra più uffici della Pubblica Amministrazione di qualunque fatto rilevante per i destinatari, per cui « la più precisa determinazione della natura giuridica della circolare non costituisce questione a sé, ma è piuttosto una conseguenza della sistemazione che si vorrà dare alle misure di conoscenza » (GIANNINI M.S., Circolare, voce dell'*Encicl.* Dir., Milano 1960, vol. VII, 2).

È comunque possibile cercare di inquadrare la circolare entro il sistema delle fonti del nostro ordinamento: in questa prospettiva (per la quale vedi PIZZORUSSO A., *Delle* fonti *del* diritto, cit. 48 e 553-556) essa, al pari del precedente, è capace di produrre solo norme interpretative e comunque in posizione subordinata sicuramente a principi costituzionali o norme primarie, ma di regola anche a norme secondarie, ex art. 4, comma 2, delle preleggi: in caso di alterazione di tale rapporto gerarchico], l'atto con il quale essa è emanata è invalido e, quindi, passibile di annullamento o disapplicazione.

(132) In Giur. Cost. 1958, 987. Ivi, in ordine alla contraversa interpretazione

n. 1 del 1960 (133), n. 30 del 1960 (134), n. 51 del 1960 (135) e n. 71 del 1961 (136).

Tale indirizzo conosce, nel 1962, una eccezione con la sentenza n. 62 dove la Corte sembra voler escludere il ricorso alle circolari amministrative come indicatori della norma vivente, in quanto processo interpretativo che surrettiziamente porta il giudice delle leggi a giudicare di un atto privo di forza di legge: « se, come sembra, la doglianza relativa al fatto che non su tutta la superficie coltivabile grava l'onere dei contribubi, si risolve in una censura delle circolari ministeriali che hanno disposto sgravi ed esenzioni, la Corte non può che dichiarare inammissibile questa censura. *Dette circolari non possono formare oggetto di esame in questa sede* » (137).

Ma non è l'inizio di un'inversione di tendenza: la sentenza n. 62 del 1962 resta infatti un caso isolato, contraddetto non solo dai precedenti già indicati ma pure da successive pronunce della Corte.

Così accade con la sentenza n. 121 del 1963, dove addirittura le circolari smettono i panni dell'argomento *ad adiuvandum* per assumere quelli di elemento determinante ed unico nell'indirizzare la Corte verso una pronuncia di illegittimità: « non certo per il loro effetto giuridico, che è nullo di fronte all'imperatività del precetto munito di sanzione penale, *ma per il loro valore per così dire sinto-*

---

della legge su cui si fonda l'atto discrezionale che impone l'obbligo di assumere mano d'opera agricola, la Corte osserva che « non è al riguardo superfluo rilevare che (...) la competente amministrazione, nel dettare direttive per l'applicazione del Decreto stesso (particolareggiata circolare dell'ottobre 1947) del Ministero del lavoro e della pubblica sicurezza, acquisita agli atti del giudizio in seguito alla richiesta di elementi di cui all'ordinanza della Corte n. 128 del 1957) precisa che (...) ».

(133) In *Giur. Cost.* 1960, 30, dove la Corte interpreta secondo il criterio letterale la disposizione impugnata, per poi osservare che « in questo senso la norma è stata intesa dal governo per la sua attuazione. Ciò risulta, infatti, da una circolare 15 novembre 1957 del Ministero delle Partecipazioni statali (...) ».

(134) *In Giur. Cost.* 1960, 528, dove la Corte valuta esatta l'interpretazione del giudice a *quo* « il che del resto, secondo quanto risulta dalla circ. del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 17381/41 G del 15 settembre 1958, corrisponde all'interpretazione che le organizzazioni sindacali interessate hanno dato pacificamente quasi ovunque alla citata legge del 1958 ».

(135) In *Giur. Cost.* 1960, 715: « l'interpretazione suesposta dell'attuale art. 268 trova riscontro nella circolare del Ministero dell'Interno del 2 gennaio 1942 n. 906.22/A/244 ».

(136) In *Giur. Cost.* 1961, 1301. Ivi il dubbio di costituzionalità nasceva da un'interpretazione della legge impugnata che la Corte invece disattende, argomentando sulla base anche dell'applicazione concreta dell'istituto in questione da parte dell'I.N.P.S., testimoniata dalla citata « circolare n. 517 Odg 1948, richiamata al n. 42 lett. m della circolare I.N.P.S. n. 1111 C e V/134 del 3 ottobre 1957 ».

(137) In *Giur, Cost.* 1962, 708.

***matico,*** quelle circolari sono la schietta testimonianza — espressa univocamente nel corso di un trentennio sotto climi politici diversi — del disagio degli uffici della polizia di fronte ad una norma che appariva sproporzionata rispetto ai fini per i quali era stata dettata » (138).

E ancora, analogo ***iter*** logico giuridico la Corte segue nella sentenza n. 60 del **1965** dove, trovata conferma della propria interpretazione in una circolare ministeriale (139), conclude che « non soltanto il testo e il contenuto delle norme, ***ma anche*** il ***modo in cui esse risultano essere interpretate*** ed osservate o fatte osservare, non possono essere considerati in contrasto con i principi dell'art. 41 Cost. » (140). Qui pure le circolari vengono a giocare un ruolo decisivo nella pronuncia di non fondatezza della Corte.

Il tratto comune della giurisprudenza illustrata, dunque, è la rilevanza delle circolari come figure sintomatiche di un'interpretazione vivente. Il che trova conferma ulteriore nella circostanza che spesso è la Corte costituzionale, di sua iniziativa, a cercare conferma della propria interpretazione nelle circolari amministrative senza sollecitazione o suggerimento delle parti intervenute in giudizio o del giudice remittente (141).

A fronte di tutta ciò, appare veramente contraddittorio che minor considerazione venga riservata ai regolamenti come possibile matrice di diritto vivente: emblematico di questa incongruenza è quanto si legge nella sentenza n. **121** del **1963** prima citata, certamente quella dove più massiccio ***e*** più determinante appare il ricorso alle circolari come elementi interpretativi, e dove però la Corte contestualmente afferma che « l'esame deve avere per oggetto la norma di legge ***e*** non anche quella dell'art. **247** del regolamento di esecuzione, ***non***

---

(138) In ***Giur. Cost.*** 1963, 1382. I1 problema interpretativo riguardava il concetto giuridico di « preziosi nuovi » contemplato nella legge impugnata: in merito la Corte, in altra parte della sentenza, aveva osservato che esso « si trova per la prima volta, in atti ufficiali, nella circolare del 1° giugno 1930 del Ministero dell'Interno » (p. 1380) e che la violazione del principio di eguaglianza « emerge dalla circolare ministeriale del 1930, alla quale fecero seguito quella del 16 maggio 1933 (...) e quella del 28 luglio 1953 e 29 luglio 1960 (...) » (p. 1382).

(139) « Queste considerazioni — dice la Carte — trovano conferma in una circolare n. 1198/C del 21 gennaio 1959 del Ministero dell'industria e del commercia (...). Tale circolare considera in modo ancor più particolareggiato una numerosa serie di casi, per i quali dispone che non è necessaria l'autorizzazione prevista dalle norme denunciate, ovvero che sussistono i presupposti richiesti affinché essa venga concessa. Né vi è ragione di supporre che le disposizioni ivi contenute non siano osservate dalle Camere di Commercio, ***e*** tanto meno dal Prefetto » (in ***Giur. Cost.*** 1965, 764).

(140) In ***Giur. Cost.*** 1965, 764; corsivo non testuale.

(141) Così, ad esempio, nella citata sentenza n. 30 del 1960.

*rientrando nella competenza della Corte il sindacato sugli atti non aventi forza di legge* » (142).

## 7.3 Altre forme di interpretazione amministrativa

Sporadicamente la Corte, nel primo decennio di attività, ha fatto inoltre riferimento all'interpretazione della legge impugnata da parte di altri organi amministrativi: due volte riferendosi a prowedimenti prefettizi (143); una volta ciascuno a pareri del Consiglio Superiore dei lavori pubblici (144), del Ministero dell'agricoltura e foreste (145) ed a un non ulteriormente qualificato decreto ministeriale (146).

---

(142) In *Giur. Cost.* 1963, 1380. L'affermazione della Corte, se considerata isolatamente dal contesto della motivazione, trova comunque giustificazione nel modo in cui la questione era stata posta, avendo infatti il giudice *a quo* — erroneamente — impugnata anche la norma regolamentare.

(143) Il riferimento è, ovviamente, alla più volte citata sentenza n. 26 del 1961 dove la Carte torna ad occuparsi dell'art. 2 t.u.l.p.s. anche — se non soprattutto — perché. « come si rileva dalle numerose copie depositate nel presente giudizio, molti Prefetti hanno emesso prowedimenti che, a parte il loro contenuto, tendono ad avere carattere di permanenza », a riprova del fatto che « la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile — ed in realtà ha reso, di recente, possibile — un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomarne la tutela giurisdizionale (in *Giur. Cost.* 1961, rispettivamente 533 e 535).

L'altra sentenza è la n. 60 del 1965, anch'essa richiamata già nel precedente paragrafo, dove la Corte supporta la propria interpretazione facendo riferimento ad una circolare del ministero dell'industria e del commercio ed inducendo da essa che « né vi è ragione di supporre che le disposizioni ivi contenute non siano osservate dalle Camere di Commercio, *e tanto meno dal Prefetto* ». *Ed* in base a tale ragionamento la Corte conclude che « non soltanto il testo e il contenuto delle norme, *ma anche il modo in cui esse risultano essere* interpretate ed *osservate o fatte osservare*, non possono essere considerate in contrasto con i principi dell'art. 41 Cost. » (in *Giur. Cost.* 1965, 764; corsivi non testuali).

(144) Sentenza n. 122 del 1957; ivi la Corte esclude qualsiasi rilievo ai criteri di esercizio del potere assunti in concreto dal ministero dei lavori pubblici (risultanti da due pareri del Consiglio Superiore dello stesso ministero, indicati dalla parte privata) per privilegiare invece il solo dato letterale della disposizione impugnata. La sentenza così conclude: « come si è detto, sarà il giudice della causa principale che potrà accertare, nei limiti della sua competenza, se il Ministro sia incorso in eccesso di potere (...); ma ciò non potrebbe costituire un argomento per dimostrare l'illegittimità costituzionale della norma che ha attribuita il potere » (in *Giur. Cost.* 1957, 1117).

(145) Sentenza n. 73 del 1958 (in *Giur. Cost.* 1958, 956), dove espressamente si nega il valore vincolante ai pareri del Ministero dell'agricoltura e foreste (in questo accomunati ai pareri delle Commissioni parlamentari).

(146) Sentenza n. 15 del 1964 (in *Giur. Cost.* 1964, 167) peraltro di dubbia

Può rilevarsi, dai pochi esempi, un ruolo minore di tali matrici nella determinazione del diritto vivente, confermato anche dalla circostanza che, laddove ad esse la Corte si attiene, si tratta il più delle volte di interpretazioni non isolate ma conformi a quelle di altre autorità (147). L'esiguità dei dati raccolti e la loro scarsa valenza programmatica, tuttavia, non permettono di andare oltre a tale considerazione generale e generica, dal valore semplicemente indiziario.

Sporadico, pure, è il richiamo alla prassi amministrativa intesa in senso stretto, come ripetuto comportamento di fatto (148): in particolare si segnala la sentenza n. 15 del 1960 dove la Corte sembra ritenersi vincolata all'interpretazione della disposizione impugnata affermatasi concretamente, nella prassi appunto. E però, quasi a sottolineare l'eccezionalità del caso, la Corte stessa evidenzia la mancanza di altri elementi interpretativi: « in mancanza di altre indicazioni, dalle quali si possa trarre un significato più specifico, non è possibile, in questo caso, dare al termine 'oriundo' un senso diverso da quello letterale e *corrente* » (149). Non solo: l'anomalia del caso è confermata dal fatto che, con la sentenza in esame, viene risolta la questione di costituzionalità nelle more della quale la Corte aveva già emesso due ordinanze istruttorie, a dimostrazione di quanto sottile sia in generale, e comunque nel caso di specie, il distinguo tra un diritto vivente avente come matrice la prassi ed un diritto vivente di tipo sociologico individuato dalla Corte dopo un'indagine di diagnosi e prognosi sociale (150). Con il che, però, si uscirebbe dall'ambito di ricerca dottrinale e di indagine giurisprudenziale che ci

---

classificazione, parlandosi nel 'considerato in diritto' di un decreto ministeriale, mentre al medesimo proposito nel 'ritenuto in fatto' si faceva invece menzione di alcune circolari ministeriali.

(147) Così, ad esempio, nella n. 26 del 1961 (dove l'interpretazione prefettizia era avallata dalla giurisprudenza di Cassazione) e nella n. 75 del 1958 (dove c'è coincidenza tra parere ministeriale e di commissione parlamentare).

(148) Sulla prassi amministrativa, in relazione alla sua capacità di creare ed interpretare diritto, vedi CARULLO A., La prassi amministrativa, Padova 1979, e ALLEGRETTI U., Le *rôle* de la pratique dans la formation du droit *public* en Italie, in Jus, 1984, 375 (dove, però, il concetto di prassi è assunto in senso ampio, comprensivo anche delle circolari amministrative).

(149) In Giur. Cost. 1960, 161.

(150) In realtà nella sentenza n. 15 del 1960 la Corte interpreta la disposizione impugnata secondo la prassi amministrativa e per giudicarne la costituzionalità ne valuta l'effetto concreto conseguente alla sua applicazione, con una sovrapposizione fra giudizio di legittimità e di merito che è difficile non vedere. Il che dà ragione alle critiche mosse all'*iter* logico della sentenza da PALADIN L., Una questione di eguaglianza *nell'accesso* ai pubblici *uffici*, in Giur. Cost. 1960, 152,

si è prefissati fin dal principio [151], per entrare in un altro campo di grande interesse che richiede però un'apposita trattazione futura.

## 8. I progetti di legge in itinere come elementi interpretativi

### 8.1 La scarsa rilevanza dei richiami all'attività parlamentare in corso (con particolare riferimento ai disegni di legge)

In un'accezione ampia di diritto vivente, si è suggerito da taluni [152] di comprendere anche indicazioni derivanti da orientamenti parlamentari non ancora formalizzati, quali innanzitutto — e soprattutto — le proposte di legge *in itinere*. Il riferimento, ovviamente, va inteso solo a quei disegni legislativi che tali sono nel momento in cui interviene la decisione costituzionale: soltanto per essi, infatti, sembra ipotizzabile un qualche valore indiziario circa il significato wente di una legge ancora in vigore, e che si vuole modificare perché ormai applicata in un certo modo, o darne un'interpretazione autentica o una nuova formulazione più precisa a fronte di applicazioni tra loro difformi. In altri termini, le proposte di legge *in itinere*, possono assumere un « ruolo ermeneutico » soltanto in via obliqua, evidenziando indirettamente il significato vivente della legge che esse stesse andrebbero a modificare o sostituire: ed è evidente che una simile funzione non può neppure ipotizzarsi per i riferimenti della Corte a lavori parlamentari già tradottisi in un testo legislativo definitivo.

L'indagine giurisprudenziale porta ad individuare due differenti funzioni che la Corte sembra voler attribuire ai disegni di legge *in itinere* richiamati nelle sue sentenze: se nel 1956 tali richiami assolvono il compito di confermare la scarsa aderenza della disposizione impugnata al dettato costituzionale e fungono quindi da invito al legislatore a che si attivi in senso riformatore [153], è negli anni successivi che essi sembrano presentarsi come indizi interpretativi utili a mettere a fuoco la norma vivente,

Tra i due orientamenti, è certo il secondo quello che qui rileva, riguardando invece il primo il rapporto Corte/Parlamento e la funzione di indirizzo — per non dire il carattere normativo o para-

---

(151) Vedi, nella parte I, il par. 4.5.

(152) NOCILLA D., *A proposito di « diritto vivente »*, cit., 1876. Per la tesi di questo Autore vedi quanto già detto nella parte I, al par. 4.4.

(153) Così nelle sentenze nn. 1, 3, 8, 11 del 1956 (in *Giur. Cost.* 1956, rispettivamente 9, 574, 606 e 618) dove, peraltro, la raccomandazione al legislatore viene addirittura recepita nei relativi dispositivi.

normativo — delle sentenze costituzionali rispetto al potere legislativo (154).

In ordine all'uso dell'attività legislativa in corso come possibile matrice di diritto vivente, sono riscontrabili alcune affermazioni paradigmatiche della Corte particolarmente significative.

La prima è nella sentenza n. 64 del 1961, con riferimento in generale alle discussioni *de jure condendo* relative alla disposizione impugnata (nel caso di specie, si trattava della diversa disciplina penale, tra marito e moglie, dell'adulterio): « devono, innanzitutto, essere ben chiari i limiti dell'intervento della Corte costituzionale nelle questioni che si sono riaccese in occasione della presente controversia. E noto che relativamente alle posizioni dei due coniugi nella famiglia si discute, *de jure condendo* (...). Tutte queste questioni — non è superfluo il ribadirlo — sono estranee alla competenza della Corte, e nulla alla Corte spetta di decidere in proposito* E *se gli argomenti in vario senso da esse suscitati sono da prendere in qualche considerazione nella sentenza, ciò avviene solo se in quanto, per una loro attinenza col contenuto e con i motivi della norma impugnata, sono idonei a fornire elementi per la decisione della questione di legittimità costituzionale* » (155).

Ma già precedentemente, e con specifico riferimento ai disegni di legge *in itinere,* la Corte si era pronunciata nel seguente modo: « non vale, infine a dimostrare la tesi contraria, I'argomento che il governo (...) si sia premunito col presentare un disegno di legge costituzionale (...). È il parlamento che dovrà dare il suo giudizio, sia sulla forma prescelta, sia nel merito dei prowedimenti proposti, approvandoli o modificandoli; *ma la presentazione di quei progetti non implica certamente,* per le ragioni esposte, *riconoscimento di una illegittimità costituzionale* (...) » (156).

Dunque, dalle affermazioni di principio rilevate, sembra potersi evincere un ruolo riduttivo, nell'attività interpretativa della Corte, degli orientamenti parlamentari non ancora formalizzatisi: possono sì offrire elementi utili per determinare il contenuto della legge im-

---

(154) Su questa problematica si può vedere, da ultimo, **Pegoraro** L., La *corte e il parlamento. Sentenze - indirizo e attività legislativa,* Padova, *1987.*

(155) In *Giur. Cosf. 1961, 1231.*

(156) Sentenza n. 41 del *1957,* in *Giur. Cost. 1957, 515* s. Egualmente orientata è la sentenza n. *53* del *1962* dove, a fronte del richiamo fatto dalla parte privata alla « grave contraddizione tra l'ammissione del legislatore che il diritto vigente non corrisponde ai bisogni collettivi e alla coscienza comune, *implicita nel preannuncio di nuove leggi,* e la immobilizzazione di situazioni createsi in base alle leggi non ritenute più consone » (in *Giur. Cost. 1962, 636;* corsivo non testuale), replicava la Corte non ritenendo rilevante la previsione di un intervento a breve scadenza del legislatore né la valutazione dei motivi per cui è mancato.

pugnata, ma non comportano certo alcun giudizio necessario di incostituzionalità potendo, anzi, essere liberamente valutati (e, al limite, ignorati) dal giudice costituzionale.

L'assunto trova conferma nella giurisprudenza costituzionale in argomento: in alcune sentenze la Corte, benché sollecitata dalla parte privata o dall'Avvocatura dello stato intervenute in giudizio, non tiene affatto conto dell'avvenuta presentazione di progetti di legge (157). In altre decisioni la Corte usa riferirsi a disegni di legge *in itinere* esclusivamente come argomento confermativo della interpretazione autonomamente data alla disposizione impugnata (158). In modo ancor più esplicito, in almeno due sentenze la Corte fa richiamo al parere di commissioni parlamentari affermando che « per quanto esso sia autorevole, non è peraltro vincolante », disattendendolo poi in entrambi i casi di specie (159).

(157) Così nelle sentenze n. 33 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 430 s.) e n. 123 del 1962 (in *Giur. Cost.* 1962, 1510).

(158) Così nelle sentenze nn. 1, 55 e 121 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, rispettivamente 5, 653 *e* 1100) e, a *contrariis,* nella sentenza n. 7 del 1958 (in *Giur. Cost.* 1958, 58).

(159) Si tratta delle sentenze n. 78 del 1957 (in *Giur. Cost.* 1957, 778) e n. 73 del 1958 (in *Giur. Cost.* 1958, 956) da cui è tratta la citazione.

Conclusioni

## LE IPOTESI FORMULABILI ALLO STATO DELLA RICERCA

### 1. Ricognizione dei risultati dell'indagine giurisprudenziale

Si può, a questo punto, tentare una sommaria ricognizione dei dati più importanti emersi dall'indagine sui primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale in tema di diritto vivente, necessaria premessa per poter poi ipotizzare le conseguenze che il reiterato ricorso della Corte a tale criterio interpretativo può comportare a più livelli.

Le affermazioni programmatiche nelle prime sentenze interpretative di rigetto; l'uso delle decisioni interpretative di accoglimento come strumento con cui colpire l'orientamento giurisprudenziale, ormai radicatosi, perché non conforme a Costituzione; il ruolo sussidiario assegnato all'interpretazione adeguatrice rispetto all'interpretazione vivente; addirittura la descrizione dei presupposti e della matrice di un diritto vivente vincolante fatta nella sentenza n. 11 del 1965: si tratta indubbiamente di elementi che confermano, sul piano generale, la marcata attenzione della Corte alla dottrina del diritto vivente e come la giurisprudenza costituzionale del primo decennio rappresenti per questa terreno fertile.

Quelle stesse affermazioni a carattere generale non hanno sempre trovato, però, piena conferma quando dal piano delle affermazioni di principio si è scesi all'analisi dettagliata delle sentenze costituzionali per individuare quale fonte e quale valore più o meno obbligante la Corte riconosca al diritto vivente.

Sul piano delle possibili matrici, ad esempio — e coerentemente —, è emersa come figura privilegiata l'interpretazione giurisprudenziale in senso lato, senza che al suo interno la Corte attribuisca particolare prevalenza agli orientamenti della Cassazione, magari a Sezioni Unite, o ad altre Alte magistrature. Ciò che pare rilevante ai giudici costituzionali, per poter parlare di interpretazione storicamente concreta, è il consenso che una data norma espressa in giurisprudenza riesce a raccogliere, a prescindere dal grado dell'organo che per primo l'ha interpretativamente determinata. Anzi, se una qualche poziorità la Corte sembra riconoscere, è per un'interpretazione giurisprudenziale che goda dei consensi della dottrina più autorevole o, comunque, maggioritaria. È certo che l'interpretazione dei teorici del diritto è in sé incapace di porsi come matrice di diritto vivente in quanto astratta per sua natura: se parò recepita in giurisprudenza

oppure se in adesione ad un dato orientamento giurisprudenziale, è possibile rilevare, nell'atteggiamento concretamente assunto dalla Corte tra il 1956 ed il 1965, una certa deferenza verso quella che, ai suoi occhi, si configura nelle forme di una *communis opinio* tra teorici e pratici del diritto.

Dall'indagine — ed anche questo pare un dato coerente con le affermazioni di principio della Corte — è emerso anche il non secondario ruolo assegnato all'interpretazione amministrativa: invero, la giurisprudenza del primo decennio offre dati certi e probanti circa l'attività ermeneutica amministrativa che si estrinseca nella forma della circolare. Tuttavia, sembra corretto ritenere che tale rilievo debba estendersi coerentemente ad altre forme di interpretazione amministrativa, quale — senz'altro — quella del regolamento *praeter* o *secundum legem e*, probabilmente, quella inveratasi nella prassi amministrativa. In tutte queste ipotesi, infatti, si è in presenza di *figure sintomatiche* circa l'effettivo significato di leggi che attribuiscono poteri amministrativi o che hanno trovato in ambito amministrativo la loro applicazione.

Laddove invece c'è divergenza tra le indicazioni programmatiche indioate all'inizio e l'usa concretamente fatto dalla Corte del diritto vivente, è nel legame che da questo sembra derivare per la potestà interpretativa dell'organo costituzionale. Infatti, *qualunque ne sia la matrice, non è dato rilevare con certezza e costanza una qualche forza vincolante dell'interpretazione vivente:* la Corte, nel primo decennio di attività, difficilmente prescinde da essa, ma non le attribuisce necessariamente un valore obbligante. Richiamando la sentenza n. 11 del 1965 dove, anche programmaticamente, si affronta con maggior chiarezza il problema del valore di un consolidato orientamento interpretativo, tra il diritto/dovere della Corte di interpretare la disposizione impugnata, ritenendosi vincolata al diritto vivente soltanto in forza di una propria volontaria adesione (1), e l'obbligo di conformarsi comunque all'interpretazione vivente che, per generale adesione e della dottrina e della pratica, si è sicuramente e lungamente consolidata nel tempo (2), la giurisprudenza costituzionale del primo dcennio sembra privilegiare la prima alternativa.

Quanto globalmente emerso dall'indagine giurisprudenziale ha degli effetti di ricaduta concretissimi sul piano delle regole processuali del giudizio costituzionale incidentale, sul rapporto tra Corte costituzionale e giudici ordinari e, infine, sul ruolo della Corte costituzionale nell'ordinamento. Conseguenze che, in una prospettiva di diritto vi-

(1) Per la citazione testuale della sentenza vedi la parte II, par. 2.3, nota 18.
(2) *Ibidem*, par. 2.3 e nota 19.

vente vincolante, si configurerebbero come au*toma*tiche e che invece, qualora nei confronti di quello i giudici costituzionali persistano nell'avvertire non un legame cogente ma solo deferenza (3), si presentano smplicemente come possibili, meramente potenziali: con il rischio — di cui si dirà più avanti — che sia la Corte medesima, discrezionalmente, a scegliere le regole della partita ad incontro iniziato, ponderando di volta in volta in modo differente il peso del diritto vivente, a seconda della posta in gioco.

## 2. Possibili conseguenze sul piano delle regole processuali del giudizio costituzionale incidentale

### 2.1 Ridefinizione restrittiva del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato

La prima e più evidente conseguenza che, sul piano delle regole processuali del giudizio costituzionale incidentale, provocherebbe il reiterato ricorso della Corte al diritto vivente, si manifesta in una riduzione dei suoi poteri interpretativi: essa non ricava più per via ermeneutica la norma dalla disposizione impugnata, ma recepisce invece il risultato di processi interpretativi esistenti e su questo si pronuncia.

Cosa ciò significhi sul piano dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e sulla strumentazione decisionale che la Corte ha a disposizione, si vedrà poco oltre (4): qui invece, si vuole in particolare evidenziare come in tale prospettiva il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato trovi una sua ridefinizione in senso restrittivo. La Corte, infatti, sarà portata a giudicare della disposizione impugnata non interpretata liberamente né secondo la lettura fattane in ordinanza, bensì secondo il significato normativo attribuitole nella giurisprudenza prevalente (o nell'interpretazione amministrativa dominante).

I1 che, invero, sembra rappresentare una robusta barriera a certi sconfinamenti interpretativi cui la Corte pare aver talvolta dato origine proprio scavalcando i limiti del suo giudizio. Si pensi, per rimanere nel primo quindicennio della giurisprudenza costituzionale e per citare i casi più eclatanti, ad alcune decisioni di tipo manipolativo con cui i giudici costituzionali sembrano aver annullat —

(3) Di deferenza e non di legarne parla TREVES G., *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana,* in *La dottrina* del *precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* a cura di G. Treves, Torino, *1971,* 8.

(4) Vedi, *infra,* il par. 2.5 ed il par. 2.6.

e non in via conseguenziale ma direttamente — *una norma si esistente, ma non espressa dalle disposizioni impugnate avanti alla Corte:* il riferimento è alle sentenze n. 46 del 1966 (5), n. 63 del 1966 (6) e n. 11 del 1968 (7). Benché gli esempi fatti vadano assunti dubitativamente,

---

(5) Sentenza n. 46 del 1966 in Giur. Cost. 1966, 772, con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 156, comma 1, cod. civ. nella parte in cui pone a carico del marita, in regime di separazione consensuale senza colpa di nessuno dei coniugi, l'obbligo di somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, indipendentemente dalle condizioni economiche di costei.

Seconda GUARINO A., Incostituzionalità di una norma inesistente, in Dir. e Giur. 1966, 463 ss. e, successivamente, ID., Le sentenze costituzionali « *manipolative* », in Dir. e Giur. 1967, 433 ss., l'art. 156 impugnato non implicava affatto la norma che la Corte ne ha dedotto relativamente alla separazione consensuale, riguardando esclusivamente la separazione giudiziale: la Corte costituzionale — per l'Autore — avrebbe potuto dichiarare costituzionalmente illegittima quella norma in tanto in quanto la disposizione impugnata fosse stata l'art. 145 cod. civ., oppure il combinato disposto degli artt. 158 e 145 cod. civ.

(6) Sentenza n. 63 del 1966 in Giur. Cost. 1966, 942, con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale degli articoli 2948 n. 4, 2955 n. 2 e 2956 n. 1 cod. civ. limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro.

Secondo CHIOLA C., *Il* nuovo « dies a quo » nella prescrizione dei crediti di lavoro, in Giur. Cost. 1966, 945 ss. la norma individuata in dispositivo non era ricavabile dalle disposizioni indicate dal giudice *a* quo, e ciò sia che si identifichi nell'ordinanza di rimessione una domanda processuale vera e propria (rispetto alla quale « la pronuncia della Corte sarebbe chiaramente ultra petita », p. 946), sia che la si qualifichi come una semplice denunzia (perché è proprio il necessario limite esterno dato dalla disposizione indicata in ordinanza « che sembra escludere, nel caso di specie, l'ammissibilità di una simile operazione interpretativa da parte della Corte », p. 947).

(7) Sentenza n. 11 del 1968 in Giur, Cost. 1968, 311, con cui la Corte dichiara — tra l'altro — l'illegittimità costituzionale dell'art. 45 della l. 3 febbraio 1963 relativa all'ordinamento della professione giornalistica, limitatamente alla sua applicabilità allo straniera al quale sia impedito nel paese di appartenenza l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana.

Osserva CHELI E., In tema di legittimità costituzionale *dell'Ordine* e *dell'albo* dei giornalisti, in Giur. Cost. 1968, 321 nota 6, che tale pronuncia suscita perplessità: « il dubbio, per la, verità, non concerne tanto il merito della decisione, quanto il fatto che essa abbia voluto investire, non senza qualche forzatura logica, la norma generale contenuta nell'art. 45 anziché quella speciale (direttamente enunciata proprio per il giornalista straniero) contenuta nell'art. 36 della legge in esame ».

Nel medesimo senso, con maggior approfondimento, ZAGREBELSKY G., Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio *1963* n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti, in Giur. Cost. 1968, 348 s. secondo cui « la decisione della Corte è equivoca e porta ad una situazione normativa paradossale ». Per l'Autore tale ambiguità si spiegherebbe con la considerazione che l'art. 36 della legge in esame non rientrava tra le questioni ritenute rilevanti dalla Corte (cosa che peraltro si evince solo dal ritenuto in fatto della sentenza, ma non dal considerato in diritto dove l'art. 36 non viene nemmeno elencato tra il gruppo di

in considerazione soprattutto delle non omogenee reazioni dottrinali [8], essi comunque testimoniano di un rischio potenziale, se non reale: quello di una Corte che, attraverso un esercizio estremo dei propri poteri interpretativi, scardini la necessaria corrispondenza tra quanto il giudice *a quo* chiede e quanto ad essa è dato pronunciare.

Rischio di cui è evidente il vizio giuridico, venendosi infatti a negare il carattere necessario dell'ordinanza di rimessione espressa nel giudizio principale rispetto al giudizio di costituzionalità incidentale. Rischio, però, di cui è altrettanto evidente la valenza politica: una Corte costituzionale che allarga il *thema decidendum* a propria discrezione sia pure e soltanto in casi estremi, ma forse proprio per questo più delicati.

Con la ridefinizione restrittiva del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che l'uso del diritto vivente da parte della Corte porta con sé, il problema potrebbe risolversi alla radice, eliminandone così anche quel connotato di potenzialità altrimenti irriducibile.

## 2.2 Mutamento del diritto vivente e ridefinizione del criterio della manifesta infondatezza

Col consolidarsi del ricorso al diritto vivente nella giurisprudenza della Corte, si verrebbe a ridefinire anche il criterio della manifesta infondatezza, relativamente all'ipotesi di riproposizione di una questione già precedentemente decisa come non fondata.

Si tratta di una conseguenza già evidenziata nel corso dell'inda-

---

questioni che secondo la Corte non possono formare oggetto del presente giudizio): il che, ovviamente, rafforza la censura mossa nel testo alla sentenza.

(8) È soprattutto alle osservazioni di Guarino alla sentenza n. 46 del 1966 che parte autorevole della dottrina reagisce, in alcuni casi anche cm accenti marcatamente critici. MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 7ª ed., Padova 1967, 1060 nota 1, osserva che «un annotatore (...) ha espresso l'opinione che la Corte avrebbe dovuto in quel caso dichiarare l'infondatezza della questione per mancanza della norma, mostrando così di ignorare l'elementare distinzione fra disposizione e norma». Va detto; per inciso, che lo stesso Mortati era stato il relatore della sentenza criticata.

Analoga obiezione, invero espressa con toni più *soft*, viene fatta da CRISAFULLI V., *Le sentenze «interpretative»*, cit. 18 nota 32: « è soltanto per non aver avuto presente la distinzione tra disposizione e norma, e forse anche per scarsa dimestichezza con la giurisprudenza della Corte, se qualche commentatore ha potuto vedere in questa sentenza la dichiarazione di incostituzionalità 'di una norma inesistente'». Ad entrambi risponde lo stesso GUARINO nel suo scritto *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, cit., 433 (in particolare 436-437).

gine giurisprudenziale[9] ma che è bene qui ribadire: qualora, infatti, tra la precedente decisione e la riproposizione della questione variasse il diritto vivente relativo alla disposizione impugnata, la Corte si troverebbe di fronte ad una questione apparentemente già affrontata ma, in realtà, nuova perché mutata in uno dei suoi requisiti essenziali. I1 giudice avrà pure indicato in ordinanza la stessa disposizione legislativa in relazione al medesimo parametro costituzionale: ma il mutamento interpretativo della legge ordinaria, nel frattempo impostosi tra i giudici, volge quella identità formale in diversità sostanziale. È cambiato il significato vivente della disposizione impugnata e la Corte, che giudica di norme viventi, non potrebbe allora limitarsi ad una pronuncia di manifesta infondatezza, dovendo piuttosto affrontare il merito della nuova questione di costituzionalità.

Ciò dovrebbe accadere senz'altro quando è lo stesso giudice a *quo* a motivare la (ri)proposizione della questione con il mutato significato normativo assunto dalla disposizione impugnata o, più semplicemente, interpretando la disposizione in modo diverso da quanto accaduto precedentemente. Ma, in una prospettiva di diritto vivente vincolante per la Corte, altrettanto dovrebbe accadere quando è essa stessa a rilevare autonomamente il mutato orientamento interpretativo prevalente.

### 2.3 Ridimensionamento del vizio dell'ordinanza per indeterminatezza del thema decidendum

Anche la definizione del ***thema decidendum,*** e più in particolare il problema della sua indeterminatezza, verrebbe influenzato dal con-

---

Va qui osservato, senza voler andare oltre la semplice registrazione della polemica dottrinale, che per quanto Guarino muova dalla premessa che oggetto del giudizio di costituzionalità è il testo legislativo (e da ciò tragga la convinzione della innarnmissibilità di sentenze « che lasciano intatte le disposizioni di legge, ma dichiarano illegittimi uno o pù significati in esse contenuti, o per meglio dire da esse deducibili », pur riconoscendole ormai come un dato di fatto), il rischio che sentenze audacemente interpretative possano portare all'annullamento di norme esistenti nel sistema ma non nella disposizione impugnata (con conseguente violazione del principio di corrispondenza tra chiesto; e pronunciato) resta invariato, con tutte le sue potenzialità, anche nella prospettiva della Corte come giudice di norme. E d'altronde, il fatto che perplessità di tal fatta siano state sollevate con riferimento a successive sentenze e da autori che muovano dalla premessa della distinzione tra disposizione e norma, testimonia dell'opportunità di porre il problema.

(9) Vedi, *supra,* nella parte II il par. 2.2.

solidarsi dell'uso del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale.

A partire dagli anni ottanta la tendenza ormai affermatasi nella Corte è di dichiarare la questione inammissibile se il giudice a *quo* indica nella sua ordinanza due interpretazioni contrapposte della disposizione impugnata, senza esplicitare tra esse una scelta precisa. L'esclusione sempre più frequente dell'ammissibilità di questioni che, al di là delle differenti formulazioni (questioni alternative, ipotetiche, eventuali, non indicanti la norma effettivamente impugnata nell'ambito di una disposizione pluricomprensiva, generiche), presentano il tratto comune della indeter inatezza del *thema decidendum* il più delle volte viene giustificata — come altri indirizzi in tema di decisioni processuali di inammissibilità — con una rinuncia della Corte costituzionale a sovrapporsi alle scelte interpretative spettanti al giudice, invitato così a far bene la sua parte (10); ma non sono estranee anche motivazioni di ben altro tenore quale la necessità di smaltire l'eccessivo carico di lavoro pendente o, talvolta, preoccupazioni di natura politica che consigliano di non affrontare nel merito determinate questioni (11).

In una prospettiva di diritto vivente, invero, il giudice costituzionale non potrebbe così facilmente abbondare in decisioni di inammissibilità per indeterminatezza del *thema decidendum*. In generale, quando il giudice a *quo* impugna una disposizione interpretandola in modo difforme dal diritto vivente, la Corte giudicherebbe della disposizione secondo il significato vivente disatteso dal giudice remittente. Se questa è la regola, sembra allora coerente che l'indeterminatezza del *thema decidendum* venga meno almeno laddove una delle due interpretazioni prospettate dal giudice *a quo* coincida con il diritto vivente, visto che la Corte, comunque, avrebbe deciso salo di questo.

Né sembra che un simile indirizzo possa essere contestato perché non conforme al rispetto che deve caratterizzare la condotta della Corte nei confronti dell'autonomia interpretativa dell'autorità giudiziaria (12). Invero, con l'atteggiamento ipotizzato, la Corte ribadirebbe a pieno titolo l'interpretazione giudiziaria come oggetto del suo giudizio e ciò pare tanto più corretto di una diversa condotta di rispetto solo formale della potestà interpretativa di un giudice, cui si conte-

(10) Così secondo ANZON A., La Corte costituzionale e il diritto vivente, cit. 17.

(11) Sul punto vedi CARLASSARE L., Le questioni inammissibili, cit., *passim* (in particolare 167 s.).

(12) ZAGREBELSKY G., Processo *costituzionale*, cit. 597, ritiene infatti che questa sia la ragione di fondo sottesa all'atteggiarnento della Corte verso le ordinanze viziate dall'indeterminatezza del *thema* decidendum.

sterebbe di non aver predeterminato in ordinanza quella norma impugnata che — se non conforme al diritto vivente — la Corte non avrebbe comunque preso in considerazione.

All'astratto ossequio verso l'indeclinabile compito interpretativo del singolo giudice di rimessione, si verrebbe così a sostituire la concreta considerazione del risultato interpretativo consolidatosi tra tutti i giudici (o la maggior parte di essi): con la conseguenza, certo non secondaria, di restringere la casistica dei vizi dell'ordinanza che permettono alla Corte di chiudere la questione con una decisione processuale non sempre — come invece potrebbe sembrare — neutra,

## 2.4 Interpretazione restrittiva del potere di annullamento conseguenziale

Un'ulteriore conseguenza verrebbe a registrarsi sul potere della Corte costituzionale di annullamento conseguenziale che, sia pure sotto un profilo particolare, viene a dover essere interpretato restrittivamente.

La copiosa dottrina in argomento come anche la giurisprudenza costituzionale in merito, sono state efficacemente riassunte di recente (113) evidenziando l'esistenza di due criteri generali di applicazione dell'art. 27, seconda parte, della legge n. 87 del 1953: l'uno discrezionale e l'altro matematico (o automatico). Il secondo — contrariamente al primo — non richiederebbe alla Corte alcun autonomo giudizio di costituzionalità su questioni diverse da quella decisa, risolvendosi anzi in un'applicazione priva sostanzialmente di discrezionalità; ed è proprio su di esso che la teoria del diritto vivente verrebbe ad insistere.

Tra le ipotesi di annullamento conseguenziale ricondotte entro il genus dell'automatica applicazione, infatti, vi è anche quella « in cui la medesima statuizione sia ripetuta in due o più disposizioni diverse ed autonome » (14): in tal caso la Corte non fa altro che estendere meccanicisticamente la dichiarazione di illegittimità a tali « disposizioni che riproducono testualmente la medesima statuizione dichiarata incostituzionale con la decisione principale » (15).

---

(13) Il riferimento è a ROSSI E. - TARCHI R., *La dichiarazione di illegittimità conseguenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionate,* in *Strumenti e tecniche di giudizio,* cit. 633 ss. (in particolare 634-636).

(14) *ROSSI E. - TARCHI R., op. cit.,* 635.

(15) *ROSSI E. - TARCHI R., op. cit.,* 637. È da rilevare che si tratta di uno dei casi più frequenti di illegittimità conseguenziale: gli stessi Autori (p. 637 nota 9) indicano tra il 1977 ed il 1986, ben sette sentenze in cui la Carte fa usa di tale criterio autmatico.

Alla luce di quanto detto sull'uso da parte della Corte del concetto di diritto vivente, probabilmente tale ipotesi di illegittimità conseguenziale va ricalibrata: il potere di annullamento conseguenziale sarà esercitabile soltanto nei confronti di quelle disposizioni che, al di là di una identità o similitudine testuale con quella dichiarata incostituzionale nella decisione principale, *sono effettivamente interpretate* (e non solo ipoteticamente interpretabili) nel senso dichiarato illegittimo dalla Corte.

Anche qui, cioè, soltanto l'esistenza di un significato vivente di altre disposizioni, identico a quello valutato dalla Corte incompatibile con la Costituzione nella sua decisione principale, legittima la dichiarazione di illegittimità conseguenziale: in mancanza di ciò, la identità testuale tra disposizione annullata e annullabile potrebbe, in ultima analisi, risultare anche non determinante.

Non è comunque possibile dettare una regola precisa, essendo la condotta della Corte in tali ipotesi la risultante di due forze che su di essa insistono: il criterio del diritto vivente da un lato, il valore della certezza del diritto dall'altro. E però da osservare che, in ogni caso, al mancato annullamento conseguenziale potrà sempre rimediare il giudice sollevando, nel corso di un nuovo giudizio, la *quaestio legitimitatis.* Ciò che pare certo, ad ogni modo, è che l'interferenza del diritta vivente sulla dichiarazione di illegittimità conseguenziale ridurrebbe di molto la presunta automaticità all'inizio illustrata.

## 2.5 La norma vivente come oggetto del giudizio di costituzionalità

La ricalibratura, sia pure parziale, dell'esercizio quasi automatico che, in talune ipotesi di identità testuale tra disposizioni, la Corte ha fatto del potere di annullamento conseguenziale, è d'altra parte resa necessaria da una considerazione di carattere generale: come infatti si è giustamente osservato [16] in quelle stesse ipotesi « il ricorso da parte della Corte all'art. 27 (...) sembra avvalorare la tesi secondo cui la dichiarazione di incostituzionalità avrebbe come oggetto le disposizioni e non le norme ».

La dottrina del diritto vivente e l'uso che la Corte sembra averne fatto nei primi dieci anni di giurisprudenza, invece, muovono verso conclusioni esattamente apposte: la *querelle* testo/norma viene risolta a favore della *norma vivente come oggetto del giudizio di costituzionalità.* Non l'intera disposizione, né però qualsiasi significato

---

[16] ROSSI E. - TARCHI R., *op. cit.*, 637 s.

normativo da essa estrapolabile viene assunto dalla Corte come termine di confronto con il parametro costituzionale, bensì quel significato normativo che a quella disposizione viene attribuito dalla giurisprudenza o dall'amministrazione, magari con il supporto della dottrina.

Detto questo, però, il problema dell'oggetto del giudizio di costituzionalità è risolto solo in parte: resta infatti da vedere se la eventuale dichiarazione di illegittimità della norma vivente debba sempre estendersi alla disposizione da cui essa è tratta (17); se cioè è legittimo affermare come perifrasi speculare alla precedente che, in una prospettiva di diritto vivente, oggetto del giudizio di costituzionalità è *il testo così come concretamente inteso.*

Su questo punto l'indagine giurisprudenziale condotta ha evidenziato uno scarto tra la originaria tesi di Ascarelli e l'effettivo uso fatto dalla Corte del concetto di diritto vivente.

Nella prospettiva di Ascarelli, non si tratta più di domandarsi se la Corte possa annullare il solo significato normativa non intaccando la disposizione o, viceversa, se debba travolgere necessariamente questa per colpire quello; la disposizione, se costantemente interpretata in modo uniforme, ha un solo significato per la Corte costituzionale, quello vivente, e colpendo questo essa colpisce necessariamente anche il testo legislativo che non è in concreto suscettibile di altre interpretazioni.

La presenza di un diritto vivente, come originariamente concepito, porterebbe con sé quindi una drastica semplificazione nei rapporti tra disposizione e norma (ai fini, sia chiaro, del solo giudizio costituzionale (18). Non esistono più disposizioni polisense, ambigue, equivoche da cui risulti possibile ricavare interpretativamente più norme: il rapporto tra testo e norma è sempre univoco, perché l'unico significato rilevante per la Corte è quello storicamente concreto. Non esistano più norme prive di disposizione specifica e ricavabili solo da combinati disposti, per analogia o *a contrariis:* se ciò, ovviamente, resta vero sul piano del ragionamento interpretativo, non lo è più dal punto di vista del giudizio di costituzionalità, perché per la Corte quella norma vivente deriva necessariamente ed univocamente dalle disposizioni che la giurisprudenza dominante legge, per ricavarla, in combinato disposto],o dalla disposizione che interpreta analogicamente o a *contrariis.*

---

(17) In argomento si veda ZAGREBELSKY G., Processo costituzionale, cit., 643, che giustamente indica in tale quesito il nocciolo della disputa circa l'oggetto — testo o norma — del giudizio di costituzionalità.

(18) Come più volte si è sottolineato nel corso della ricerca dottrinale: si veda, nella parte I, le note 14, 50, 82.

Naturalmente — sempre secondo l'originaria tesi di Ascarelli — il problema della mancanza di una relazione univoca tra disposizione e norma si ripropone invece laddove il testo legislativo è soggetto ad terpretazione della legge incidendo, così, profondamente sulla libertà in giurisprudenza l'iter, che porta a ricavare da più disposizioni in combinato disposto, o da una disposizione per via analogica o mediante l'argomento a contrario, una stessa norma [19]: in tali ipotesi resta vero che la Corte si pronuncia su norme soltanto, lasciando inalterato il testo in quanto capace di produrre anche significati normativi compatibili con la Costituzione. Ma si tratta, appunto, di ipotesi estranee alla tematica del diritto vivente, che ne postulano anzi — per configurarsi — la inesistenza.

Va detto che tale radicale impostazione non sembra essere stata fatta propria dalla Corte costituzionale nei suoi primi dieci anni di attività né, come testimonia la dottrina, negli anni successivi. La Corte accetta sì di misurarsi con il significato normativo vivente di una disposizione, ed arriva anche alla dichiarazione di illegittimità d quella norma se incostituzionale, ma non necessariamente estende l'effetto di annullamento anche al testo legislativo: questo tendenzialmente viene lasciato esistere nei suoi ulteriori, potenziali significati.

L'atteggiamento certo più cauto e prudente che il giudice di costituzionalità ha scelto, può spiegarsi con una serie di condizioni oggettive (l'*horror* vacui dovuto alla lentezza del parlamento nell'attivarsi sul piano legislativo per colmare i vuoti creati dalle decisioni di accoglimento della Corte) e di nuovi strumenti decisionali (le sentenze interpretative di accoglimento e, successivamente, le cd. manipolative) che nel 1957 — anno in cui Ascarelli pubblica il suo fondamentale saggio — non erano ancora date o messi a punto.

La decisione di travolgere il testo così come concretamente inteso o, invece, soltanto la norma vivente è oggi, in buona sostanza, rimessa essenzialmente ad una scelta di politica giudiziaria della Corte [20].

---

(19) Sul punto della mancanza di un rapporto univoco tra disposizione e norma si rimanda, ancora, a ZAGREBELSKY G., Processo costituzionale, cit.,, 642-645.

(20) È interessante notare sia pure incidentalmente come, in una prospettiva di diritto vivente di tipo sociologico, la contrapposizione tra disposizione e norma venga addirittura scavalcata: per ZAGREBELSKY G., *La* dottrina del diritto vivente, cit. 1159, oggetto del giudizio di costituzionalità diventa la « situazione di diritto », intesa come sintesi delle conseguenze effettive dell'impatto della legge con la realtà sociale; per RUGGERI A., Le attività « *conseguenziali* », cit. 56 e nota 22 è invece la « situazione normativa », intesa come insieme degli effetti giuridici complessivi reali e potenziali prodotti *o* implicati dall'atto sottoposto a giudizio della Corte.

## 2.6 Una diversa gradualità degli strumenti decisionali della Corte

Quanto detto circa la norma vivente come oggetto del giudizio di costituzionalità non è privo di conseguenze sulla strurnentazione di cui la Corte può avvalersi per risolvere la questione incidentale propostale.

L'elaborazione, da parte del giudice di costituzionalità, di un'articolata tipologia di sentenze ha alle sue origini essenzialmente la necessità di imporre agli altri giudici una data interpretazione della disposizione impugnata, limitando al massimo sia eccessivi effetti elminativi da un lato, che il *vulnus* alla certezza del diritto dall'altro (21).

Il passaggio dalla sentenza di accoglimento semplice a quella interpretativa di rigetto muove dalla opportunità di salvare una disposizione suscettibile anche di una lettura conforme alla Costituzione. L'ulteriore passaggio dalla decisione interpretativa di rigetto a quella di egual natura ma di accoglimento, serve per sopperire alla mancanza di efficacia *erga omnes* della prima e, quindi, alla ricorrente tendenza dell'autorità giudiziaria e degli organi amministrativi a non darvi seguito. L'individuazione, infine, di sentenze manipolative di tipo additivo e sostitutivo mira ad eliminare i problemi interpretativi cui dava origine il rinvio del dispositivo interpretativo di accoglimento alla motivazione della sentenza, precisandosi ora con esattezza nel dispositivo isolatamente considerato la parte ideale che viene annullata *(e* quella che, sempre idealmente, si aggiunge o la sostituisce).

Il ricorso al diritto vivente, per così dire, rimescola le carte che la Corte ha in mano, alterando la sequenza logico-decisionale fin qui adoperata.

Come osservato in dottrina (22) il giudice costituzionale fa ora un uso graduale diverso dei suoi strumenti decisionali: la sentenza interpretativa di rigetto verrebbe adoperata solo in assenza di un diritto vivente e proprio al fine di influire sulla sua formazione o sul suo consolidamento; la sentenza interpretativa di accoglimento servirebbe ad annullare la sola norma vivente illegittima, volendo però la Corte far salva la disposizione nei suoi diversi significati; la sen-

---

(21) Per una ricostruzione degli strumenti deciisonali costituzionali così orientata si può vedere PALADIN L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici,* in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali,* a cura *d* L. Carlassare, Padova 1988, 21 ss. Secondo l'Autore la lacuna che, wsi facendo, la Corte ha voluto colmare è quella degli effetti merarnente *inter partes* (o meglio: limitati nei soli confronti di quell'autorità giurisdizionale che abbia promosso la questione di legittimità) delle sentenze interpretative di rigetto.

(22) ZAGREBELSKY *G., Processo costituzionale,* cit. 654.

tenza di annullamento *tout court*, infine, rappresenterebbe lo strumento estremo cui la Corte ricorre quando intende eliminare ogni possibile incertezza anche al prezzo di un vuoto legislativo.

La diversa gradualità illustrata trova sostanziale conferma nei primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale — owiamente laddove la Corte accetta di misurarsi col diritto vivente — forse con l'unica correzione circa l'uso iniziale di pronunce interpretative di rigetto talvolta adoperate, pur in presenza di un significato normativo ormai consolidato, nella speranza che questo venisse dismesso in giurisprudenza (salvo poi dover rimediare con una sentenza interpretativa di accoglimento alla riluttanza dei giudici nell'applicare la norma suggerita dalla Corte).

Ed è proprio il ricorso a decisioni interpretative di accoglimento a confermare quanto precedentemente detto circa la norma vivente (e non anche il testo così come concretamente inteso) oggetto del giudizio di costituzionalità. Se la Corte oggi, in presenza di un diritto vivente incompatibile con la Costituzione, pronuncia una sentenza di accoglimento semplice non lo fa perché necessitata in tal senso — come pensava Ascarelli — bensì perché quella è ermeneuticamente l'unica norma ricavabile dalla disposizione impugnata o per la mancanza di collaborazione interpretativa dei giudici ordinari (23).

Non necessariamente, quindi, la Corte in presenza di un diritto vivente incostituzionale pronuncia una sentenza di accoglimento (totale o parziale) comunque incidente sul testo: questo è quanto emerge almeno dalla sua giurisprudenza tra il 1956 ed il 1965. Ed è, se ribadita — come sembra (24) — nella successiva attività di sindacato costituzionale, una conferma ulteriore di un uso del concetto di diritto vivente depurato da eccessi e radicalizzazioni.

## 3. Possibili conseguenze sul piano dei rapporti tra Corte costituzionale e Magistratura

### 3.1 Una sostanziale gerarchizzazione nell'interpretazione della legge?

E stato recentemente osservato (25) che il ricorso da parte della

(23) Sul punto vedi, conformemente, ZAGREBELSKY G., Processo costituzionale, cit. 654.

(24) ZAGREBELSKY G., Processo costituzionale, cit., 642-648 e 654.

(25) LUCIANI M., *op. cit.*, 264. Osservazione analoga, comunque, era stata avanzata già nel 1965 da VASSALLI G., *op. cit.*, 1092 sia pure sotto il diverso profilo del restringimento dell'autonomia interpretativa dei giudici di grado inferiore ai fini della promozione del giudizio di costituzionalità.

Corte costituzionale al diritto vivente, *inteso come quello che* è *dichiarato per tale dalla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori*, comporterebbe il rischio di una sostanziale gerarchizzazione nell'interpretazione della legge incidendo così profondamente sulla libertà interpretativa dei giudici dei gradi inferiori. Allargandosi poi l'osservazione sul piano politico in senso lato, ne uscirebbe rinvigorito il pericolo paventato da altra dottrina [26] che l'indirizzo politico del vertice giudiziario, ora rilegittimato dalla Corte attraverso l'uso del diritto vivente, si imponga all'intera autorità giudiziaria fin'anche ad « aprire la strada al dilagare dell'indirizzo politico della maggioranza ».

Stando a quanto risultato dall'indagine giurisprudenziale, le preoccupazioni indicate non avrebbero ragione di sussistere: la premessa da cui muovono entrambe — la sostanziale identità tra interpretazione vivente ed interpretazione della Cassazione — non ne esce affatto confermata. Il concetto di diritto vivente emerso nei primi dieci anni, infatti, non riconosce alcuna poeiorità all'interpretazione della Cassazione: invero, l'interpretazione di questa in genere si afferma come diritto vivente nel momento in cui concorda con l'esegesi degli altri giudici di grado inferiore (non essendo essa da sola sufficiente perché un orientamento giurisprudenziale si possa dire consolidato).

Inoltre, l'indirizzo interpretativo dei giudici di grado inferiore, se massicciamente sostenuto, può influenzare la Cassazione o addirittura esso stesso configurarsi come diritto vivente. In effetti, ciò che nel primo decennio di attività della Corte risulta decisivo per il formarsi di una interpretazione storicamente concreta non è il grado più o meno elevato dell'autorità giudiziaria che lo esprime, quanto la capacità di raccogliere adesioni e consensi nell'applicazione giurisprudenziale.

Non solo: dato il ruolo rilevante attribuito dalla Corte all'interpretazione amministrativa, risulta anche da questo profilo evidentemente scorretta l'identificazione del diritto vivente con la sola interpretazione giurisprudenziale di Cassazione.

Il diritto vivente, *inteso nel significato con cui originariamente sembra averlo assunto la Corte costituzionale*, non crea quindi nessuna rigidità interna all'ordinamento giudiziario, accreditandone così anche sul piano dell'interpretazione della legge la concezione di potere diffuso, come già la Corte ha ritenuto in sede di sindacato sui conflitti di attribuzione. Può darsi che, specialmente negli ultimi anni,

---

(26) MARANINI G., *La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza, in La giustizia costituzionale, cit.* 153 s.

la Corte abbia modificato indirizzo davvero attribuendo di regola all'interpretazione della Cassazione il valore di diritto vivente cogente [27]: in tal caso, allora, si tratterà di capire quando sia intervenuta tale correzione e soprattutto quale ne sia la ragione di fondo, presentandosi come contraddittoria rispetto all'indirizzo del primo decennio e comportando conseguenze sotto molti profili — come il presente — assai diverse da quello.

### 3.2 Preclusione di una sentenza interpretativa di rigetto sul « punto di diritto » della Cassazione

Laddove veramente l'nterpretazione giurisprudenziale di Cassazione si impone come diritto vivente, è nella particolare — ma rilevante — ipotesi del punto di diritto fissato dal giudice di nomofilachia per il giudice di rinvio il quale, dubitando della sua costituzionalità, lo impugna avanti alla Corte.

Come già si è osservato [28], la sentenza che cassa con rinvio statuendo sul punto di diritto cristallizza una norma che per il giudice di rinvio, tenuto per legge a darne applicazione, è ***l'unica vivente.*** Eventuali altri indirizzi interpretativi, anche se già consolidati, qui non rileveranno né per il giudice di rinvio né per la Certe da quello adita: al primo la legge preclude qualsiasi possibilità di interpretazione diversa e, conseguentemente, si risolverebbe in un paradosso giuridico che la Corte gli contestasse, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, il mancato allineamento interpretativo con il differente diritto vivente.

Al contrario, la deoisione della Corte dovrà avere come oggetto la norma vivente individuata dalla Cassazione, risolvendosi così alla radice il problema che eventualmente si sarebbe potuto porre al giudice di rinvio, qualora al punto di diritto si fosse affiancata, attraverso un dispositivo interpretativo di rigetto che risolve la questione da lui promossa, una nuova differente norma: il che, come precedentemente

---

[27] La formula dubitativa è d'obbligo in attesa di proseguire l'indagine qui iniziata, fino alla giurisprudenza più recente della Corte costituzionale e dovendosi registrare sul punto pareri difformi: si veda, ad esempio e da ultimo, ZAGREBELSKY G., *Processo* costituzionale, cit. 647, secondo il quale « sebbene non esista un formale privilegio a favore della giurisprudenza di nessun argano giudiziario, è chiaro che la maggiore importanza deve riconoscersi a quella dei giudici superiori, e in particolare della Corte di Cassazione (...). Ma poiché non esiste — come si diceva — un privilegio formale, anche un orientamento dei giudici inferiori, purché significativo e sufficientemente esteso, è idoneo a formare diritto vivente ».

[28] Vedi, supra, parte II, par. 3.3.

osservato, rappresenta un'ulteriore positiva conseguenza della dottrina del diritto vivente [29].

### 3.3 Prevenzione di possibili contrasti interpretativi tra Corte costituzionale e Cassazione

Sul piano del rapporto tra Corte e Magistratura conseguente all'uso da parte della prima del diritto vivente, va soprattutto registrata la prevenzione di possibili contrasti interpretativi: la Corte rinuncia a sovrapporre una propria norma a quella in concreto individuata in giurisprudenza dalla disposizione impugnata, riservandosi però il potere di annullarla qualora quel significato vivente non sia conforme a Costituzione.

Certo ci potranno essere discordanze interpretative tra Corte costituzionale e Cassazione, ma soltanto se la norma vivente assunta dalla prima ad oggetto di giudizio non coincide con quella della seconda (risultando, invece, dalla consolidata giurisprudenza degli altri giudici di merito): tuttavia, a ben guardare, in tale ipotesi non si è in presenza di una contrapposizione tra giudice delle leggi e giudice di nomofilachia, quanto piuttosto di un problema di indirizzo giurisprudenziale tutto interno all'ordinamento giudiziario ed entro questo — e secondo le sue regole ed i suoi equilibri — risolvibile. Non più, quindi, un muro a muro tra corti supreme, ma una fisiologica dialettica interna all'ordinamento giudiziario.

È vero anche che quanto detto vale solo in presenza di un consolidato diritto vivente, mentre la sua mancanza rende possibile un intervento interpretativo di rigetto della Corte (al fine di influenzare l'orientamento *in fieri* dei giudici) e, con esso, il riacuirsi nuovamente di possibili contrasti tra giudice costituzionale e Cassazione. Si tratta, però in realtà, di affermazione affrettata — laddove dà per certa una situazione di conflitto invece verificabile con rara frequenza — e che già si è confutata precedentemente [30]: qui sarà sufficiente ribadire che, grazie proprio ai meccanismi decisionali che si accompagnano alla teorica del diritto vivente, la Corte costituzionale, in simili circostanze non sarebbe affatto priva di efficaci strumenti di reazione.

---

[29] Vedi, *supra,* parte I, par. 3.

[30] Si rimanda, per i necessari approfondimenti di quanto qui è solo schematicamente riassunto, alla parte I, par. 3.

### 3.4 L'interpretazione adeguatrice tra Corte costituzionale e Magistratura

Che la dottrina del diritto vivente avesse un effetto di ricaduta anche sull'uso del criterio dell'interpretazione adeguatrice, già si era evidenziato (31): l'indagine giurisprudenziale condotta, però, permette di precisare con maggi r esattezza il rapporto che si verrebbe ad instaurare tra interpretazione vivente ed interpretazione costituzionalmente compatibile.

Inizialmente la lettura conforme alla Costituzione della legge impugnata, ha rappresentato lo strumento privilegiato che la Corte ha adoperato al fine di rendere possibile il riutilizzo, sia pure limitato, di vecchie disposizioni benché non compatibili totalmente con il testo costituzionale. Si è trattato di un uso dell'interpretazione adeguatrice strumentale alla necessità (ed al timore) di evitare vuoti legislativi ed in buona parte condizionato dall'idea di una sostanziale continuità tra vecchio e nuovo ordinamento, pregiudizi entrambi ben radicati nel giudice costituzionale (32).

Solo successivamente i magistrati, da principio portati a sottovalutare il dato costituzionale come strumento interpretativo della legge ordinaria, manifestano la tendenza ad un più ampio utilizzo della Costituzione nella loro attività ermeneutica in alternativa all'uso della questione di legittimità costituzionale, in questo senso sollecitati non solo dalla mutata situazione storica (33), ma anche da una parte della dottrina (34) e dalla stessa Corte (35).

In questo contesto, il frequente ricorso nella giurisprudenza costi-

---

(31) Vedi nella parte I il par. 2.2 e, nella parte II, il par. 2.4.

(32) Si rimanda, sul punto, all'interessante e persuasivo lavoro di ONIDA V., L'attuazione della Costituzione tra Magistratura e Corte costituzionale, in Scritti in onore di C. Mortati, IV, Milano 1977, 503 (in particolare 537-541).

(33) In tal senso, ancora, ONIDA V., L'attuazione della Costituzione, cit. 559-563, che evidenzia la notevole crescita della sensibilità costituzionale dei giudici, cui fa da pendant il consolidarsi di taluni atteggiamenti giurisprudenziali della Corte alquanto timidi e privi della carica propulsiva originaria.

(34) ZAGREBELSKY *G.*, La giustizia costituzionale, 1ª ed., Bologna 1977, 45 s.; PIZZORUSSO A., Le garanzie *giurisdizionali.* Art. *134,* in *Commentario* alla Costituzione, a cura di *G.* Branca, Bologna 1981, 293 e 311 s.; CARLASSARE L., Le « questioni *inammissibili* », cit. 168 s.

(35) Si veda, ad esempio, la sentenza n. 193 del 1985 in Giur. Cost. 1985, 1509, dove la Corte — come giustamente rilevato da BRUNELLI *G.*, Considerazioni sul primo annullamento di un reato associativo, in Giur. Cost. 1985, 2662 ss. — con esplicito riferimento al problema del sindacato sulle norme anteriori alla Costituzione, spinge i giudici a recuperare la loro funzione di filtro rispetto, alla proposizione di questioni di legittimità costituzionale attraverso un più penetrante esercizio del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie.

tuzionale al diritto vivente, da un lato ridurrebbe di molto la facoltà per la Corte di usare il criterio dell'interpretazione adeguatrice, dall'altro accentuerebbe la già presente tendenza della magistratura a vedere nel dato costituzionale la chiave di lettura della legge ordinaria.

Quanto alla prima conseguenza, non è più il principio conservativo degli atti giuridici a condizionare il giudizio della Corte, essendo questa legata a doppio filo all'attività interpretativa giudiziaria o amministrativa, che può condurre ad una decisione di accoglimento pur essendo ipoteticamente possibile un'interpretazione costituzionalmente compatibile della disposizione impugnata. Se, al contrario, uno spazio rimane por una lettura della Corte conforme a Costituzione è solo in assenza di un diritto vivente consolidato, e nella misura in cui il giudice di costituzionalità intende influenzare in quel modo l'orientamento giurisprudenziale ancora in **fieri.**

Quanto alla seconda conseguenza, i giudici vedono riaffermare con la dottrina del diritto vivente una sorta di monopolio nell'interpretazione della legge, venendo in ciò incentivati a fare uso della norma costituzionale al fine di adeguare il testo legislativo alla Costituzione: ne verrebbe concepito, infatti, un orientamento interpretativo idoneo a coagulare intorno a sé la prevalenza — se non la totalità — della giurisprudenza e, presumibilmente, capace di superare indenne il vaglio della Corte (36) (37).

(36) Su quanto detto sembra concordare anche Luciani M., *op. cit.*, 264, che rileva come « le interpretative di rigetto segnano una certa quale evoluzione nel nostro sistema verso la diffusione del potere di disapplicare (certo non di invalidare ...) le norme costituzionalmente illegittime, soprattutto oggi che la discrezionalità della Corte nel reinterpretare la disposizione sottoposta al suo esame è largamente limitata dagli effetti pressoché vincolanti del diritto vivente ».

(37) L'affermazione, quindi, secondo la quale il diritto vivente è funzionale ad una sorta di *actio finium* regundorum tra Corte costituzionale (cui spetterebbe l'interpretazione della Costituzione) e giudici (ai quali spetterebbe l'interpretazione della legge ordinaria) — Anzon A., La Corte costituzionale, cit. 17 s. — è solo parzialmente condivisibile: è vero che la Corte si rimette all'interpretazione dei giudici, ma solo se è costante e consolidata; in mancanza di ciò, essa recupera piena potestà interpretativa, potendo così a sua volta indirizzare il formarsi del diritto vivente. Così come è vero che i giudici detengono una sorta di monopolio nell'interpretazione della legge, potendo però fare uso delle norme costituzionali al fine di adeguarla alla Costituzione.

## 4. Possibili conseguenze sul ruolo della Corte costituzionale nell'ordinamento

### 4.1 L'accentuato ruolo di garanzia della Corte per le situazioni soggettive costituzionalmente garantite

Si è detto giustamente che la teorica del diritto vivente rappresenta una conseguenza naturale del nostro controllo di costituzionalità in quanto a posteriori e, quindi, in qualche misura concreto: tale requisito verrebbe marcato dal frequente ricorso della Corte al significato giudiziario applicato del diritto, al punto tale da trasformare il sindacato costituzionale da giudizio su fattispece ipotetica a giudizio su fattispecie concreta (38). Forse, però, c'è un'ulteriore considerazione da farsi per cogliere appieno la portata di questa progressiva concretizzazione: con il diritto vivente si viene a caratterizzare il ruolo di garante delle situazioni soggettive costituzionalmente garantite della Corte costituzionale, a scapito di un ruolo astratto di controllore della sola coerenza formale del testo legislativo al testo costituzionale.

È indubbio, infatti, che il momento processuale (al pari del momento dell'applicazione amministrativa) rappresenti la sede di verifica della tenuta effettiva di situazioni di diritto e di una loro possibile coercizione. E di fronte ad una legge che permette comportamenti contrari alla Costituzione e che la giurisprudenza non sanziona, appare largamente inadeguato un intervento della Corte limitato a salvare quella legge sol perché ipoteticamente interpretabile in modo conforme al dettato costituzionale. Al contrario la Corte, giudicando di quella legge nel suo significato vivente, accetta di misurarsi con l'effettività del diritto, privilegiando così ad un'interpretazione adeguatrice facilmente eludibile dai giudici un intervento più drastico ma certo più rispondente allo scopo di tutelare la situazione di diritto violata.

Nella originaria idea di Ascarelli quanto detto appariva con tutta evidenza: in simili ipotesi, di fronte ad un orientamento giurisprudenziale incostituzionale si giustificava ed anzi andava sollecitato alla Corte l'annullamento (non della norma ma) della disposizione così come concretamente intesa, dovendo prevalere sull'interesse alla certezza del diritto quello alla tutela di posizioni soggettive costituzionalmente garantite.

Ma anche nella impostazione più cauta che la Corte sembra aver fatta propria e secondo cui è la norma vivente (e non il testo nel suo

---

(38) ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, cit. 646 s.

significato storicamente concreto) ad essere oggetto del sindacato di costituzionalità — per cui non necessariamente l'illegittimità della prima travolge il secondo — la prospettiva indicata si stempera solo leggermente: la Corte, in presenza di un orientamento giurisprudenziale che viali situazioni soggettive di diritto costituzionalmente tutelate, cercherà in un primo tempo di arginarlo annullando il significato normativo della legge così come applicata. E comunque, persistendo la tendenza dei giudici a ricavare dalla disposizione norme illegittime, sarà gioco forza per la Consulta colpirla definitivamente con una decisione di accoglimento semplice.

Questa ricollocazione della Corte costituzionale su posizioni strutturalmente più garantiste (39) si accompagna ad un mutato ruolo servente della dottrina del diritto vivente dovuto all'ormai esaurita — o quasi — opera di svecchiamento del nostro sistema normativo. *Se* infatti in origine, tramite essa, si voleva anche perseguire lo scopo di adeguare il diritto vigente (come appariva nelle sue formulazioni e nelle intenzioni del legislatore) ai valori storicamente divenienti dell'ordinamento, sotto il controllo della giustizia costituzionale che proprio su tale adeguamento doveva pronunciarsi (40), ora la teoria del diritto vivente risulta per lo più strumentale alla necessità di garantire, attraverso il sindacato su concreti orientamenti giurisprudenziali, le posizioni soggettive di diritto che la Costituzione ha sancito.

### 4.2 Il recupero, per via obliqua, di un controllo costituzionale sugli atti amministrativi

Quanto poc'anzi detto circa l'accentuato ruolo di tutore della Corte per le situazioni soggettive costituzionalmente garantite, risulta ulteriormente suffragato da alcune considerazioni connesse al ruolo non secondario riconosciuto nella giurisprudenza costituzionale del primo decennio all'interpretazione amministrativa: se, infatti, tale dato trovasse conferma nella giurisprudenza successiva al 1965, le conseguenze che ne deriverebbero sarebbero di particolare interesse.

---

(39) Posizioni più garantiste rispetto a quelle attuali: osserva infatti PALADIN L., La tutela delle *libertà* fondamentali, cit. 18 s,, che la Corte benché adita anche al fine di tutelare i diritti dell'uomo e del cittadino — in misura comunque minore di quanto non awenisse nel prima quindicennio di sua attività — oggi è prevalentemente un giudice della ragionevolezza delle scelte legislative.

(40) Vedi, supra, nella parte I il par. 3. Il fine di valutare la legge alla luce dei valori attuali della realtà storico sociale, sembra oggi perseguito dalla Corte costituzionale attraverso un uso del diritto vivente in chiave sociologica.

È noto che alla Corte costituzionale è inibito sindacare la legittimità degli atti amministrativi, avendo essa competenza solo sulle leggi e gli atti aventi forza di legge; né esiste in Italia la possibilità di un ricorso diretto al giudice costituzionale da parte di chi ritenga di essere stato leso dall'autorità pubblica in uno dei suoi diritti costituzionalmente garantiti. Le due strettoie indicate convergono nel ridimensionare notevolmente la fisionomia del sindacato costituzionale come giurisdizione delle libertà.

Ebbene: la prospettiva di un sindacato di costituzionalità che, annullando una legge per il significato che essa assume nella sua applicazione amministrativa, venga così ***per via obliqua*** a colpire anche l'operato della Pubblica Amministrazione, sembra potenzialmente in grado di allargare le maglie strette se non dell'accesso alla Corte, almeno degli atti sottoponibili al suo controllo. È evidente, infatti, che se la Corte annulla una legge perché, nell'interpretazione che le viene data tramite il regolamento di esecuzione (o una circolare applicativa oppure nella prassi amministrativa quotidiana), essa risulta in concreto violare il dettato costituzionale, è difficile non prevedere che in seguito anche l'attività interpretativa ed applicativa dell'amministrazione non ne esca influenzata ed indirizzata (41). E se si considera che situazioni soggettive garantite sono spesso aggredite dalla Pubblica Amministrazione, risulta chiaro quanto irrobustita ne esca la definizione del ruolo della Corte come garante delle libertà dei cittadini.

Certo si è ancora ben lontani da ricorsi diretti come l'*amparo* spagnolo o la *verfassugsbescwerde* tedesca, e resta comunque il passaggio obbligato dell'instaurazione di un processo per (sperare di) adire la Corte costituzionale su un diritto vivente dato dall'interpretazione amministrativa. Tuttavia si è, forse, in presenza di un grimaldello capace, se tenacemente proposto — e con una disponibilità ad usarlo della Corte pari almeno a quella rilevata tra il 1956 ed l 1965 —, di scardinare la zona franca che il sindacato di costituzionalità ha sempre rappresentato per gli atti della Pubblica Amministrazione. Con quali effetti positivi per allargare indirettamente l'area forte-

(41) Per una prospettiva simile vedi anche ZAGREBELSKY *G.*, *Processo costituzionale*, cit. *525*, nota 4, il quale individua nella mancanza nel nostro sistema di giustizia costituzionale di un ricorsa diretto, la causa della lacuna cui si tenta di rimediare — peraltro in modo imperfetto — attraverso un aggancio dell'atto amministrativo alla legge impugnata. Secondo l'Autore tale tentativo ha possibilità di successo in sole due ipotesi: « dimostrando o che l'incostituzionalità risiede già nella legge e non è dovuta ad un cattivo uso dei poteri che essa istituisce; oppure che l'uso incostituzionale, consolidato e approvato dalla giurisprudenza, dei poteri previsti dalla legge ha assunto una tale consistenza storica da far 'vivere' la legge nel sua significato incostituzionale ».

mente ristretta degli atti sindacabili costituzionalmente e, quindi, per rendere più efficace e piena la giurisdizione delle libertà, è facile intuire.

## 5. Il rischio di un uso discrezionale — e non vincolato — del diritto vivente

*Tutte le conseguenze fin qui evidenziate* e che insistono sulle regole del giudizio incidentale, sul rapporto tra Magistratura e Corte costituzionale e sul ruolo di questa nell'ordinamento, *in realtà risultano fortemente indebolite dal carattere non vincolante del diritto vivente.*

In effetti risulta difficile indiv duare un fondamento positivo che attribuisca forza obbligante all'interpretazione vivente, così da imporla necessariamente alla Corte: il tentativo in tal senso compiuto nella parte teorica della ricerca (42), infatti, è strettamente condizionato dall'impostazione metodologica di Ascarelli che, però, nei suoi presupposti più estremi — primo fra tutti, il rapporto sempre e necessariamente univoco tra testo e norma, non esistendo ai fini del giudizio di costituzionaltà altra interpretazione che quella vivente — non sembra mutuata nella giurisprudenza costituzionale.

Non esistendo allora una disposizione costituzionale o di legge ordinaria che imponga alla Corte di giudicare del diritto vivente, resta possibile solo che tale valore vincolante venga ad esso riconosciuto autonomamente nella giurisprudenza costituzionale: ma l'indagine sul primo decennio, ha evidenziato che la Corte benché difficilmente prescinda dal diritto vivente, tuttavia sembra interpretare questa limitazione alla propria potestà interpretativa come una scelta di *self restraint* e, in quanto tale, derogabile.

D'altra parte il mancato valore vincolante del diritto vivente dal 1956 al 1965 trova probabilmente spiegazione anche in chiave storico-politica: in una situazione storica nella quale il legislatore e le forze politiche di governo non muovevano certo dal presupposto della rotruta tra vecchio e nuovo ordinamento, accettando anzi un criterio di sostanziale continuità; nel clima di una cultura giur dica caratterizzata dall'horror *vacui* legislativo; soprattutto in presenza di un corpo di giudici che rappresentava per tanta parte la continuità degli indirizzi culturali e degli apparati statali al di là del mutamento di regime costituzionale (43), appare comprensibile il timore della Corte — nonostante certe affermazioni di principio — di affidare *in toto* l'interpre-

(42) Vedi, *supra,* nella parte *I* il par. 2.2.

(43) Così, quasi testualmente, ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione,* cit. 532.

tazione della legge ordinaria alla magistratura, limitando il proprio intervento alla valutazone costituzionale di tale scelta interpretativa.

Oggi, in un clima culturale diverso e con giudici certo dotati di maggior sensibilità costituzionale, un simile retaggio pregiudiziale può essere abbandonato, a *fortiori* se il diritto vivente non è sinonimo di interpretazione della sola Cassazione ma dell'intera giurisprudenza unitariamente alla dottrina, come emerso essere intesa in origine. E ciò spiega perché, dall'interno della stessa Corte ed autorevolmente, si venga ad elaborare una teorica idonea a riconoscere valore cogente all'interpretazione storicamente concreta, ritenendo addirittura che « quest'approccio si è radicato nella giurisprudenza costituzionale con la fermezza, si direbbe, di un principio imposto dalla generale struttura deil'ordinamento » (44).

Se questa tendenza si radicasse effettivamente nella giurisprudenza costituzionale, non solo le conseguenze precedentemente illustrate si imporrebbero come automatiche, ma anche taluni rischi impliciti in un uso discrezionale del diritto vivente non avrebbero più fondamento.

Il riferimento è soprattutto al potenziale pericolo che sia la Corte, di volta in volta, a decidere autonomamente se servirsi o meno *del*-l'interpretazione vivente a seconda dell'esito del giudizio cui vuole arrivare (e che owiamente risulta condizionato dalla lettura che si dà della disposizione impugnata). Una disposizione che trova in giurisprudenza un'applicazione conforme a Costituzione potrebbe invece essere annullata dalla Corte, qualora questa anteponesse una propria lettura del testo differente dal diritto vivente. Viceversa, il giudice di costituzionalità potrebbe far salva una disposizione mediante un'interpretazione adeguatrice nonostante essa reiteratamente trovi un'applicazione difforme tra i giudici o nella Pubblica Amministrazione. Come si è visto, graduando il valore del diritto vivente, la Corte potrebbe allargare o restringere il *petitum* dell'ordinanza di rimessione; dichiarare manifestamente infondata la questione perché già decisa precedentemente oppure rianalizzarla necessariamente nel merito (fin'anche, ipoteticamente, a dichiararla fondata); stroncare processualmente

(44) La Pergola A., *op. cit.*, 731 (corsivo non testuale). Secondo l'Autore, poi Presidente della Corte costituzionale, « dietro questo orientamento giurisprudenziale — e il riferimento va inteso alla tendenza della Corte a giudicare della norma vivente — non vè, a ben guardare, alcun *self-restraint*: vi è, piuttosto, l'oggettivo apprezzamento del monopolio di cui è investito il giudice costituzionale e dei limiti di ordine costituzionale che ne definiscono l'estensione. La distribuzione dei ruoli rispettivamente riservati alla Corte e agli altri giudici in materia d'interpretazione è allora il riflesso di tutto un sistema, in cui il giudice costituzionale è un giudice speciale, il quale non interferisce nella sfera della legge ordinaria, nel suo contenuto precettivol e nelle sue vicende, altrimenti che per riceverla colme dato da raffrontare ai parametri del sindacato».

il giudizio per indeterminatezza del *thema decidendum* o, invece, ritenere sanato il vizio dell'ordinanza se almeno una delle norme ivi suggerite è quella vivente; estendere o meno l'illegittimità costituzionale ad altre disposizioni analoghe a quella annullata, ma non necessariamente produttrici di identiche norme.

Ed i motivi di un atteggiamento ondulatorio della Corte nel giudicare o meno del diritto vivente possono ipotizzarsi come i più svariati: espliciti o impliciti, di responsabile preoccupazione per il valore sistematico dell'ordinamento o di meno condivisibili preoccupazioni *lato sensu* politiche. In ogni caso la limarità e la certezza del processo incidentale ne escono alterate anche profondamente.

Si potrebbe obiettare che, in una prospettiva di diritto vivente vincolante, in realtà lo stesso rischio si può ripresentare in forma dissimulata: qualora, cioè, *la Corte faccia uso dello scherno del diritto vivente quando in realtà esso non c'è,* anche qui per arrivare ad un predeterminato esito del giudizio costituzionale. In effetti, *mutatis mutandis,* le stesse pericolose conseguenze prima paventate potrebbero in tal caso riproporsi: e tuttavia, rispetto al precedente, tale rischio sembra più facilmente disvelabile e, comunque, lascia qualche strumento di reazione. Innanzitutto, infatti, l'affermazione non vera circa l'esistenza di un significato storicamente concreto e consolidato della disposizione impugnata sarebbe facilmente rivelata dalla dottrina (che invece, nel primo caso, non potrebbe con eguale *vis polemica* criticare la Corte per aver o non aver fatto uso del diritto vivente, essendo questa una prerogativa discrezionale del giudice costituzionale). Non solo: qualora la Corte argomentando da un diritto vivente vincolante — in realtà inesistente — arrivasse a dichiarare non fondata la questione, nulla impedirebbe ad altri giudici di riproporla motivando proprio sul diverso significato vivente della disposizione impugnata.

La natura interlocutoria di queste riflessioni sul diritto vivente non permette di andare oltre: si tratterà allora, in futuro, di proseguire l'indagine giurisprudenziale e dottrinale lungo i binari tracciati, e magari seguirne anche altri, quali — ad esempio — l'uso del diritto vivente come strumento di diagnosi e prognosi sociali, condizionante il giudizio della Corte. Si risconterà così la tenuta di talune conclusoni giustificate dal significato e dal valore attribuito in origine dalla Corte al diritto vivente, e soprattutto sarà possibile verificare se tale dottrina rappresenti per il giudice costituzionale una scelta solo tattica o, invece, una radicata opzione strategica.

ABSTRACT

In spite of its being increasingly resorted to in case law, the concept of « living law » is still hazy. A research highlighting its emergence through a comprehensive survey of the Constitutional Court case law may thus contribute to its definition.

This study is only an introduction to the genesis of the problem; it revisits the doctrinal debate aroused by Tullio Ascarelli, when he first suggested that judicial interpretation binds the Constitutional Court.

It then surveys the first ten years of activity carried out by the Constitutional Court through preliminary review of legislation. The aim of this part of the study is to visualize the concept of « living law » as expressly construed by the constitutional judge, and actually used by it.

The study ends by assessing the possible impact of the « living law » concept as originally construed on aspects such as the procedure abtaining in preliminary proceedings, the relations between the judiciary and the Constitutional Court, the latter's role in the legal order.

Benché sempre più ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, il ***diritto vivente*** si presenta ancora, sotto molti aspetti, concetto indeterminato: una ricerca che, attraversando l'intera giurisprudenza della Corte, ne ricostruisca le vicende può servire a precisarlo.

Il presente studio è un primo contributo, limitato alle origini della problematica. Vi è ricostruito il dibattito dottrinale sviluppatosi intorno alla tesi di Tullio Ascarelli, che per primo! teorizza il carattere vincolante per la Corte costituzionale dell'interpretazione giurisprudenziale prevalente.

Viene analizzato, poi, il primo decennio di attività della Corte — relativamente ai giudizi incidentali — individuando il concetto di ***diritto vivente*** assunto dal giudice costituzionale e l'uso fattone.

In conclusione, si ipotizzano le possibili conseguenze del ***diritto vivente*** originariamente inteso, sui diversi piani delle regole processuali del giudizio incidentale, dei rapporti tra Magistratura e Corte costituzionale e del ruolo di questa nell'ordinamento.

## INDICE

ALESSANDRA BIGNARDI: *Theoph. Par.* **4.3.15:** *ancora sulla data della lex Aquila* . . . . . pag. 3

ALESSANDRO BERNARDI: *In tema di liberazione anticipata: la « partecipazione all'opera di rieducazione » dopo la riforma del 1986* . . . . . » 39

PASQUALE NAPPI: *Aspetti processualcivilistici del sistema dell'autodisciplina pubblicitaria* . » 51

ANDREA PUGIOTTO: *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente: le origini* . . . . . » 93