

# ***Souveraineté e séparation des pouvoirs.*** **Il giudice francese tra *bouche de la loi* e giusrealismo scettico**

Francesco Alicino

**SOMMARIO:** INTRODUZIONE: UN POTERE DIVISO, RIDOTTO, CONTROLLABILE.- I. *SOUVERAINETÉ E SÉPARATION DES POUVOIRS*.- 1. *Référé au législateur*: la vicenda di un conflitto.- II. LO SPAZIO SEMANTICO DEGLI ENUNCIATI DELLA COSTITUZIONE.- 1. La *Théorie réaliste de l'interprétation (TRI)*: “una nuova scienza del diritto”.- 1.1. *La TRI e l'interpretazione autentica*.- 1.2. *Scetticismo interpretativo, ovvero solipsismo ermeneutico*.- 1.3. *Tra “uso” e “interpretazione” delle disposizioni normative*.- III. *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES DELLA CARTA COSTITUZIONALE?*- Epilogo. Il *giudicante* costituzionale? “Figlio” dello Stato costituzionale.

**Sintesi:** Durante la Grande Rivoluzione nasce la vicenda di un “conflitto”, che sfocia poi nell'esperienza dei *référés législatifs*. Oggi, invece, nell'Esagono, mediante la nota *Théorie réaliste de l'interprétation*, alcuni studiosi sostengono che il giudice en *dernier ressort (interprète authentique)* concorre in modo preponderante nella determinazione della norma giuridica, indipendentemente dal testo (legislativo o costituzionale) interpretato. Con questo saggio l'autore indaga sull'evoluzione del modo di concepire il potere giudiziario nell'ordinamento costituzionale e di diritto, ove il principio della separazione dei poteri assume una qualche valenza – teorica e pratica – se connesso con la protezione delle libertà individuali, finendo per assumere il significato dogmatico di un meccanismo istituzionale di tutela delle stesse.

**Abstract:** In the past, under Montesquieu's influence, the judge was seen as “la bouche del la loi”; today, even in France, under the *Théorie réaliste de l'interprétation (TRI)* – since there is no limit upon judges' interpretation – there would be no limit upon their power in determining the legislative and constitutional provisions. In this article the Author aims at defining the judiciary power in the constitutional regime, where the central idea remains the limitation of political authority as well as the protection of human rights.

**Parole chiave:** Sovranità, separazione, interpretazione, ordinamento costituzionale, potere giudiziario.

**Key Words:** Sovereignty, separation, interpretation, constitutional regime, judicial power.

## INTRODUZIONE: UN POTERE DIVISO, RIDOTTO, CONTROLLABILE

Le norme giuridiche sono l'unico strumento per vivere tollerabilmente gli uni accanto agli altri<sup>1</sup>. Ma laddove esista un monopolio normativo incombe il pericolo, peraltro già individuato dai pensatori della Grecia classica, che qualcuno diventi legalmente «*kùrios tón nómon*»<sup>2</sup>: padrone della macchina normativa, abusandone. E ciò riguarda non solo quei sistemi giuridici che nascono nel segno dell'autoritarismo: l'investitura popolare, infatti, si è spesso dimostrata come via consueta ai regimi illiberali<sup>3</sup>. Lo "Stato di diritto", nel senso liberale della formula<sup>4</sup>, nasce dalla necessità di limitare il potere politico: in esso

---

<sup>1</sup> Franco Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, pp. 43 ss. Cfr. Jacqueline de Romilly, *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, Les Belles Lettres, Paris, 1971, pp. 61 ss., trad. it. a cura di Emanuela Lana, *La legge nel pensiero Greco. Dalle origini ad Aristotele*, Garzanti, Milano, 2005, pp. 60 ss.

<sup>2</sup> Infatti, «The doctrine of the separation of powers finds its roots in the ancient world, where the concepts of governmental functions, and the theories of mixed and balanced government, were evolved. These were essential elements in the development of the doctrine of the separation of powers» (Maurice J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 1967, p. 2). «To the extent the idea existed at all, the constitution of the body politic, as in the human body, referred to its nature, character or form» (Richard Bellamy, «*The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*», *Pol. Stud.*, 1996, p. 436); Charles H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca-New York, 1940, pp. 40 ss.

<sup>3</sup> Eccone alcuni importanti esempi. Il 10 dicembre 1848 il Principe Louis-Napoléon stravince alle elezioni presidenziali in Francia: raccoglie 5.434.226 voti, contro i 1.448.107 del Ministro della guerra, il Generale Godefroy Cavaignac; mentre Alexandre Ledru-Rollin ne prende 370.119; François-Vincent Raspail 36.920; e, infine, abbiamo il poeta Alphonse de Lamartine, con un consenso che non va oltre i 17.910 elettori. La Costituzione disciplina un ufficio quadriennale (art. 45: «Il Presidente della Repubblica è eletto per quattro anni, e non è rieleggibile che dopo un intervallo di quattro anni. Parimenti, non possono essere eletti dopo di lui, nello stesso intervallo, né il Vicepresidente, né alcuno dei parenti o affini del Presidente fino al sesto grado incluso»). A Napoleone, però, non bastano: ne impone dieci con un *coup d'État* del 2 dicembre 1851, abilmente mascherato con il ricorso alle urne nel giorno dell'anniversario della battaglia di Austerlitz. Gli elettori gliel'approvano il 20 dicembre dello stesso anno: 7.439.216 dei *Oui*, contro i 640.736 dei *Non*. Passano undici mesi e il 20 novembre 1852 rifonda l'Impero. A sanzionarlo un plebiscito ancora più straripante: 7.839.000 a favore contro i 253.000 dei contrari. La dittatura mussoliniana nasce in Italia sotto la legalità statutaria. L'ascesa hitleriana ha dimostrato come i meccanismi traslativi del potere legale, non essendo opera dell'infalibilità divina, possono essere adoperati bene o male. Adolph Hitler, infatti, s'impone sulle ali del consenso popolare: attraverso cinque turni elettorali (1930-1932) sale dal 18,3% al 37,3% dei consensi, poi ripiega sui 33,1% (settembre 1932). Già Cancelliere, nelle elezioni del marzo 1933 raccoglie il 43,9% dei voti. Garantendo che li userà bene, subito dopo Knieböl – così lo chiama Ernst Jünger – chiede ed ottiene in sede parlamentare i pieni poteri; a votarli 441 deputati contro soli 94 resistenti; gli unici a non credergli. Insomma, a Weimar avevano elaborato una Costituzione nelle forme più virtuose: «lavoro fine ma il diavolo s'impadronisce anche dei migliori manufatti, e arriva l'ex caporale dai baffi ridicoli, nell'occasione vestito *comme il faut*, cilindro, abito a code, ghette, foriero d'una terrificante catastrofe»; Franco Cordero, «*Leviathan contro Dike*», *Micromega*, 2006, n. 5, p. 53.

<sup>4</sup> *Infra*. Quanto alla nozione (e all'origine) liberale dello Stato di diritto per ora si veda Roberto Bin, *Lo Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2004, spec. pp. 25 ss. Sulla distinzione tra *Etat de droit*, *Rechtsstaat* e *rule of law*: Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1915, ora in italiano (con la trad. a cura di Alessandro Torre, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 153 ss.); Friedrich August von Hayek, «*The Political Idea of the Rule of Law*», in *Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures*, National Bank of Egypt, Cairo, 1955, pp. 45 ss.; B. Leoni, *Freedom and the Law*, D. Van

la conquista di un sistema di garanzie si traduce in limiti giuridici istituzionalizzati<sup>5</sup>, posti a tutela dei governati ed imposti all'autorità statale. Donde l'affermazione del primato della legge (*lex facit regem*, e non viceversa) e della separazione dei poteri che, non a caso, diventa la «norma di riconoscimento di una democrazia costituzionale»<sup>6</sup>. Il suo fondamento non è l'interdipendenza tra i differenti soggetti che esercitano le medesime funzioni (*divisione dei poteri*), ma la reciproca dipendenza dei poteri, basati su fonti di legittimazioni diverse o, meglio, *separate*. Siamo innanzi ad una sorta di metanorma sulla competenza correlata alla struttura di un ordinamento, informato sul modello liberal-costituzionale<sup>7</sup>: le funzioni di *produzione* e di *applicazione* delle norme devono essere distinte; la legge deve essere preordinata alla sua applicazione e/o esecuzione, in modo da impedire che venga cambiata a vantaggio di chi è tenuto a rispettarla o applicarla.

Quanto precede vuol essere una sintetica, e niente affatto esauriente (s'intende), descrizione degli elementi essenziali che connotano il principio di separazione dei poteri, nell'accezione classica della formula, che trova in Locke e in Montesquieu i suoi primi, massimi ispiratori. Ora, l'obiettivo precipuo di questo saggio è quello di comprendere se oggi, ossia a trecento e passa anni dalle sue prime sistematiche formulazioni, ha ancora un senso parlare di questo principio. O se, invece, non è il caso di arrendersi all'evidenza, ammettendo che siamo innanzi ad un vuoto "santuario normativo"; né più e né meno che una moderna superstizione giuridica<sup>8</sup>.

---

Nostrand, New Jersey, 1961, pp. 64 ss., ora anche in italiano (con la trad. a cura di Maria Chiara Pievatolo, *La libertà e la legge*, liberilibri, Macerata 2000, pp. 67 ss.); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1977, spec. pp. 76 ss. (trad. it. a cura di Giorgio Rebuffa, *Prendere i diritti sul serio*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 82 ss.); Elias Diaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 70 ss.; Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 96 ss.; Danilo Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto", in Danilo Zolo, Pietro Costa (cur.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 21 ss.; Neil MacCormick, "Der Rechtsstaat und die rule of law", *Juristenzeitung*, 1984, n. 39, pp. 67 ss.; Giovanni Sartori, "Nota sul rapporto tra Stato di diritto e giustizia", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1964, pp. 331 ss.; Knut Wolfgang Nörr, "L'idea di stato di diritto: un contributo alla storia del liberalismo", Filippo Sabetti (cur.), *Libertà e liberali in Europa e in America*, Guerini e Associati, Milano, 2007, pp. 113 ss.; Maurizio Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 116 ss. Si permetta, inoltre, di rinviare a Francesco Alicino, *Costituzionalismo e processo di costituzionalizzazione europea*, Tesi, Bari, Aix-en-Provence, 2008, Parte I, cap. 5, pp. 140 ss., e Parte II, Cap. 4, pp. 362 ss., e alla relativa bibliografia.

<sup>5</sup> John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1996, pp. 131 ss.; Nicola Matteucci, "Liberalismo", Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino (cur.), *Dizionario di politica*, TEA, Milano, 1997, pp. 566 ss.; Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1994, pp. 58 ss.

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, Tomo 2, Parte V, p. 220.

<sup>7</sup> Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *La Teoría del estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1983, pp. 374 ss.

<sup>8</sup> Carlos-Miguel Pimentel, "Le sanctuaire vide: la séparation des pouvoirs comme superstition juridique?", *Pouvoirs*, 2002, n. 102, pp. 119 ss.

Sia chiaro, però, che non si tratta di un'esaustiva analisi della separazione dei poteri: ciò richiederebbe ben altro spazio e, soprattutto, capacità che probabilmente l'autore non ha, ma che nemmeno servirebbe allo scopo. Esso vuole essere invece qualcosa di più elementare: un tentativo di comprensione del significato odierno – semmai ve ne fosse – di un principio che, tutto considerato, si presenta come uno dei pilastri portanti del moderno costituzionalismo<sup>9</sup>. Il che rende questo lavoro discutibile dalla prima all'ultima parola; ma, si spera, anche meritevole di essere discusso. In effetti, con sincera umiltà, chi scrive lo ritiene un "esperimento" e, come tale, aperto a mutazioni, integrazioni e, sopra tutto, correzioni.

Il campo di osservazione sarà circoscritto all'evoluzione del modo di concepire il «momento giurisprudenziale del diritto»<sup>10</sup> nella storia costituzionale francese. In particolare, l'attenzione sarà focalizzata sulle fasi storiche che, sotto questo profilo, hanno inciso più di altre nel determinare i tratti essenziali del costituzionalismo d'Oltralpe. Le ragioni di questa scelta risiedono nel fatto che, secondo lo scrivente, la combinazione di questi due elementi (l'evoluzione del modo di concepire il *potere giudiziario* nella *storia costituzionale francese*) offre una valida prospettiva d'analisi, capace di "illuminare" le fondamentali questioni che definiscono il tema in oggetto.

Oggi, infatti, il senso della separazione fra il Legislativo e l'Esecutivo – che servì ad affrancare la produzione legislativa dall'assolutismo regio, sottoponendo quest'ultimo alla supremazia del diritto – ha perso gran parte della sua originaria operatività. Nei regimi Parlamentari il Governo e il Parlamento sono legittimati entrambi dalla rappresentanza politica: il primo è generalmente vincolato al secondo da un rapporto di fiducia, mentre il Capo del Governo di solito è anche il *leader* della maggioranza parlamentare. Il rapporto tra questi due poteri si esprime così in una comunanza di "destini": se il Governo non si sottomette alla volontà (maggioritaria) del Parlamento, deve necessariamente dimettersi; allo stesso modo, se il Parlamento ritiene che l'attività governativa non sia più in linea con i propri orientamenti politici, induce il Governo alle dimissioni. Un esempio, questo, paradigmatico di quanto i due poteri, più che organicamente separati, siano, in realtà, funzionalmente e ordinariamente condivisi<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Horst Dippel, "Constitucionalismo moderno Introducción a una Historia que Necesita ser Escrita", *Historia Constitucional*, 2005. n. 6., pp. 4 ss.

<sup>10</sup> Nicola Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007 pp. 2 ss.

<sup>11</sup> Questo non toglie l'importanza della loro "funzionale" separazione. Le norme di legge, infatti, essendo norme generali ed astratte, sono funzione della volontà parlamentare, che si esprime (perlomeno in teoria) senza vincolo di mandato, ciò che può manifestarsi solo nella dialettica, nel confronto e nel compromesso, parlamentare. Sul punto, per tutti, Max Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, Duncker & Humblot, München, Leipzig, 1918, trad. it. a cura di Francesco Fusillo, *Parlamento e governo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, spec. il cap. V, *Parlamentarizzazione e democratizzazione*, pp. 95 ss.; Andrea Manzella, *Il Parlamento*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 29 ss.; Temistocle Martines, Gaetano Silvestri, "La posizione ed il ruolo del Parlamento nel sistema politico-costituzionale", in Temistocle Martines, Gaetano Silvestri, Carmela De Caro, Vincenzo Lippolis, Renato Moretti, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 1 ss., spec. pp. 17 ss.; Carmela De Caro, *Lo Status di Parlamentare*, in *ivi*, pp. 51 ss., spec. pp. 57 ss.

Utilizzato invece per descrivere l'autonomia e l'indipendenza del giudiziario, il suddetto principio non solo conserva la sua originaria valenza, ma anzi rafforza la sua importanza: si tratta pur sempre di una separazione concepita entro la classica tripartizione dei pubblici poteri (Legislativo, Esecutivo e Giudiziario), ma che col tempo ha accentuato la funzione di garanzia della giuris-dizione. Nell'odierna formula dello Stato di diritto, l'autonomia e l'imparzialità del giudicante diventano infatti consustanziali all'applicazione della legge, alla soddisfazione dei diritti fondamentali (costituzionali) e al rispetto del principio di eguaglianza: tutti elementi che, attualmente, definiscono le "qualità essenziali" di un ordinamento costituzionale<sup>12</sup>. Da cui la tendenza a rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto, configurato come una fonte – concorrente e strumentale – di produzione giuridica<sup>13</sup>: la giurisdizione diventa così l'espressione di una «source délicateuse»<sup>14</sup> o di un «diritto mite»<sup>15</sup>, incidendo sulla concreta operatività del principio di separazione dei poteri, senza però smentirne i connotati originari.

Esso, infatti, rimane pur sempre legato alla concezione delle libertà individuali, finendo per assumere il significato dogmatico di un meccanismo istituzionale di tutela delle stesse<sup>16</sup>: soltanto il potere separato, ripartito tra soggetti diversi, può essere un potere limitato, ridotto e controllabile<sup>17</sup>. Cosicché, quanto alla separazione-autonomia del potere giudiziario, un organo speciale, il giudice, non soltanto si vede riconoscere una precisa funzione attiva, ma ad un tempo può impedire eventuali abusi di altri organi, costituzionalmente garantiti. Una funzione, quella del giudiziario, che trova una sua giustificazione anche rispetto alla nozione di legge: norma generale ed astratta, la quale, proprio per queste sue qualità, dopo che è stata promulgata, perché "viva" deve essere applicata – vale a dire interpretata – in relazione ad un caso particolare<sup>18</sup>. La norma di legge diventa così una variabile del significato della massima contenuta nel testo (Parte I).

---

<sup>12</sup> Peter Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Nuova Italia, Roma, 1993, pp. 46 ss.

<sup>13</sup> Guido Alpa, *La creatività della giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, ESI, Napoli, 2001, pp. 6 ss.; Guido Alpa, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996, spec. pp. 9 ss.; Sergio Ciarloni, "Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto", *Riv. trim. dr. proc. civile*, 2002, pp. 1 ss.

<sup>14</sup> Philippe Jestaz, "Source délicateuse (Remarques en cascades sur les sources du droit)", *Revue. trim. dr. civil*, 1992, pp. 73 ss.

<sup>15</sup> Gustavo Zagrebelsky, *Diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, spec. pp. 11 ss.

<sup>16</sup> L'esempio, emblematico ed autorevole, lo fornisce l'art. 16 della *Déclaration des droit de l'homme e du citoyen* del 1789: «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

<sup>17</sup> E, infatti, «Per quanto forse errato, dal punto di vista del suo fondamento scientifico (di chi ha ritenuto giuridica una nozione eminentemente politica), tale approccio teorico ha determinato il sorgere del costituzionalismo contemporaneo e ne ha segnato il tratto caratterizzante, nel nome della salvaguardia della libertà dei cittadini contro l'indirizzo politico, inteso qui come mero accentramento del potere sovrano»; Giorgio Grasso, Raffaele Manfredi, "Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale", *Historia Constitucional*, 2007, n. 8, p. 57.

<sup>18</sup> Cfr. Giuseppe Benedetti, "Nell'interpretazione si "incarna" il diritto. (Riflessioni sulla "Prima lezione" di Paolo Grossi)", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, II, p. 659: «Finalmente si è compreso che il testo non è sufficiente: incompleto e incompiuto, solo con l'interpretazione attingerà

Quello dei poteri separati può essere considerato come un principio frutto dell'esperienza storica, con cui si consolida l'idea dello Stato di diritto<sup>19</sup>. Su di esso si sono via via riversate varie elaborazioni concettuali. Restano, tuttavia, impressi i segni dell'originario nucleo pratico, derivante dall'esigenza di limitare il potere, l'autorità. Ed è sempre l'esigenza di affermare un sistema di limitazione istituzionalizzata del potere ad innescare, nella gran parte dei Paesi occidentali, un processo che ha portato oggi lo Stato di diritto ad essere identificato con un ulteriore attributo che si specifica nello "Stato costituzionale"<sup>20</sup>, nel senso assiologico della formula<sup>21</sup>: con ciò si viene ad indicare un fenomeno normativo alla cui base troviamo un determinato modello di Costituzione<sup>22</sup>, ove sono disposti (i giusnaturalisti avrebbero detto "riconosciuti") alcuni diritti fondamentali<sup>23</sup>, la vita dei quali è garantita anche e

---

completezza e compiutezza. Perché il testo vive proprio dall'interpretazione, che rappresenta il punto finale del processo».

<sup>19</sup> Cfr. Pierre Pescatore, "La légitimité du juge en régime démocratique", Commentaire, 2000, p. 340: «... l'idée de l'État de droit, appuyée sur un pouvoir judiciaire indépendant, constitue le seul moyen de sauvegarder l'idée d'équilibre qui est à la base de la séparation des pouvoirs».

<sup>20</sup> Sul punto la bibliografia è pressoché sterminata. Qui saranno indicati solo alcuni dei contributi che, limitatamente all'oggetto del presente lavoro, ci paiono più indicativi. Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 34 ss. e pp. 89 ss.; Maurizio Fioravanti, "Stato e Costituzione", in Maurizio Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 3 ss.; Enzo Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, *passim*, spec. pp. 15 ss.; Pietro Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, *passim*; Gustavo Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, *passim*; Gustavo Zagrebelsky, "Diritto per: valori, principi o regole?", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2002, n. 31, pp. 865 ss.; Gustavo Zagrebelsky, "Storia e costituzione", in Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther (cur.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 35 ss.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther (cur.), *Il futuro della costituzione, op. cit.*, pp. 231 ss.; Mario Dogliani, "Può la costituzione europea essere una costituzione in senso moderno?", *Democrazia e diritto*, 2003, 2, pp. 80 ss.; Massimo Luciani, "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni", *Rivista di Diritto costituzionale*, 1996, n. 1, pp. 124 ss. Si vedano inoltre Benjamin Costant, *Cours de politique constitutionnelle (1818-1820)*, Béchet, Paris-Rouen, 1872, vol. II, pp. 123 ss.; Guido De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 167 ss.; Paolo Biscaretti Ruffia, "Costituzionalismo", *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 130 ss.; Giovanni Sartori, *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 1987, pp. 11 ss. e pp. 21 ss.; Peter Häberle, "Stato costituzionale", *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, pp. 1 ss., spec. la parte V, *Prospettive future*.

<sup>21</sup> Gaetano Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari-Roma, Laterza, 2009, pp. 3 ss.

<sup>22</sup> Alessandro Pace, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", *Quad. cost.*, 2001, pp. 35 ss., spec. p. 37; Alessandro Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 107 ss.; Alessandro Pace, "Le sfide del costituzionalismo del XXI secolo", in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); Giancarlo Rolla, "La prospettiva dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali", in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. II, pp. 1430 ss.; Mario Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 197 ss.

<sup>23</sup> Giorgio Rebuffa, *Dal costituzionalismo degli Stati al Costituzionalismo dei diritti*, in Silvano Labriola (cur.), *Ripensare lo Stato. Atti del Convegno di Studi. Napoli, 22-23 marzo 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 70 ss.

soprattutto dai limiti imposti al legislatore ordinario<sup>24</sup>. Inevitabilmente s'innalza il profilo dei giudici, soprattutto delle giurisdizioni costituzionali<sup>25</sup>, nel complessivo assetto istituzionale<sup>26</sup>: l'attenzione cade sull'annosa questione dell'interpretazione delle norme (in particolare quelle di rango costituzionale) e, di conseguenza, sul valore o disvalore che si è disposti ad attribuire alla creazione giudiziale del diritto.

Sorge così una questione piuttosto delicata. Questo fenomeno potrebbe invero celare il passaggio, per molti versi rivoluzionario, da uno Stato di diritto ad uno "Stato giudiziale": ovverosia, da uno modello normativo a prevalente potere legislativo ad uno, invece, a prevalente potere giudiziario (Parte II)<sup>27</sup>.

A ben riflettere, però, tutte queste problematiche sono – direttamente o indirettamente – connesse con quella che fa riferimento ad un altro pilastro del moderno costituzionalismo: il principio di sovranità. Principio che, al pari di quello che fa riferimento ai poteri separati, è oggi soggetto ad una importante riflessione, che spesso si tramuta in una sua ridefinizione, tanto da prospettare una vera e propria crisi dello Stato sovrano<sup>28</sup>. Ciò risulta con particolare evidenza se ad essere analizzata è l'evoluzione subita da questo concetto nella storia costituzionale francese. Una storia che come si diceva assurge, e non è un caso, a fondamentale «laboratorio della modernità giuridica continentale»<sup>29</sup> e che, per le stesse ragioni, offre un'ottima prospettiva storico-giuridica per tentare di sciogliere gli interrogativi su cui nasce e s'innerva il presente lavoro.

## I. SOUVERAINETÉ E SÉPARATION DES POUVOIRS

Che una norma sia giusta o ingiusta dipende da un comando o dal divieto del sovrano. E per sovrano s'intende «la personne qui détient et exerce le pouvoir

---

<sup>24</sup> Marina Gascón Abellán, "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", Revista Española de Derecho Constitucional, 1998, pp. 30 ss.

<sup>25</sup> Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, pp. 70 ss. E, infatti, «Solo all'interno dell'universo giuridico, formato dal *continuum* Costituzione positiva-leggi, sorge il problema del ruolo "creativo" dei giudici e di quelle costituzionali in specie»; Gaetano Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, op. cit., p. 17.

<sup>26</sup> Sul passaggio dallo Stato di diritto «classico» allo Stato costituzionale, e alle conseguenze che ciò ha provocato sul ruolo del giudice, soprattutto delle giurisdizioni costituzionali e/o apicali, si veda la sintetica quanto efficace descrizione di Roberto Bin, *Lo Stato di diritto*, op. cit., spec. il cap. 3, *Uomini governati dalle leggi fatte da uomini governati da leggi ... Dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale*, pp. 45 ss.

<sup>27</sup> Ciò che una parte della dottrina tedesca descrive come il passaggio dal *Gesetzstaat* al *Richterstaat*. Così Heinrich Wilhelm Kruse, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1971, *passim*; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 188 ss. Si veda anche Josef Esser, ... "Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrechts", in Josef Esser, Fritz von Hippel, Hans Thieme, *Festschrift für Fritz von Hippel zum*, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 95 ss.

<sup>28</sup> Si veda, per tutti, Sabino Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 36 ss.

<sup>29</sup> Pietro Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 78.

suprême, c'est-à-dire la personne qui, sans être contrôlée, crée librement le pouvoir positif»<sup>30</sup>. Pertanto, secondo questa definizione, il sovrano detiene il potere, nel senso giuridico del termine. E se negli ordinamenti giuridici del passato il sovrano era identificato con la persona fisica del monarca, con il processo di progressiva spersonalizzazione del potere, il sovrano viene generalmente ad identificarsi con lo Stato.

Ora, l'imputazione<sup>31</sup> della qualità di sovrano allo Stato serve in sede sovranazionale a spiegare logicamente il diritto internazionale generale, perlomeno nella sua versione classica: qui, infatti, i soggetti di diritto sono gli Stati e non anche gli individui. Ma proprio per la sua qualità di potere che non può essere soggetto a limitazioni, la sovranità fa sì che il diritto internazionale possa essere definito come un sistema giuridico di tipo decentrato, le cui figure sono presenti in embrione nelle istituzioni dell'ordinamento dei primitivi: in questo, infatti, ogni soggetto è potenzialmente competente a decidere se in una data circostanza una norma, o qualcosa che si presenta come una norma giuridica, sia valida o meno<sup>32</sup>. Al contrario, in un ordinamento statale tale competenza è relativamente accentrata ed è riservata a degli organi speciali: ogni individuo può anche considerare nulla una norma giuridica, ma sullo stesso incombe il rischio, più o meno concreto, di cadere nell'illecito; ciò che si realizza qualora l'organo competente non confermi l'opinione del singolo circa l'invalidità della norma<sup>33</sup>.

Affermare dunque che il sovrano "crea" liberamente il diritto è affermare sostanzialmente che esso ha il potere di fare e di abrogare le leggi. Un potere<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Olivier Beaud, "Le souverain", Pouvoirs, 1993, p. 34.

<sup>31</sup> Michel Troper. *La souveraineté comme principe d'imputation*, in AA. VV., *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 69 ss.

<sup>32</sup> Cfr. Riccardo Guastini, "Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?", in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 1195 ss., spec. p. 1198.

<sup>33</sup> Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, pp. 29 ss. e pp. 162 ss.; Mario G. Losano (cur.), *Hans Kelsen – Umberto Campagnolo. Diritto internazionale e Stato sovrano*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 273 ss.; Alessandro Pizzorusso, "Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto", in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin, op. cit.*, 2004, pp. 1689 ss.; Alessandro Pizzorusso, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*, in [www. associazionedeicostituzionalisti. it.](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 13 luglio 2007. Cfr. anche Michel Troper, *Théorie des contraintes juridiques*, in Michel Troper, Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzcyk (cur.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 2005, pp. 12 ss.

<sup>34</sup> Sulla nozione di *potere* Giovanni Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 2007, pp. 124 ss., il quale denuncia pericolose derive linguistiche frutto di una confusione concettuale. Secondo l'Autore, infatti, oggi si tende spesso a «fare tutt'uno di autorità e potere» cancellando, di conseguenza, i confini fra «autoritarismo, autorità coercitiva e autorevolezza» (Ivi, 123, nota 2). La distinzione sarebbe invece molto importante perché, in relazione ad una società politicamente organizzata, con l'autorità si può spiegare quello che il potere (da solo) non riuscirebbe a spiegare. In altre parole, se diciamo che l'autorità è «potere ... accettato, rispettato, riconosciuto, legittimo» – così come affermò il *Bulletin International des Sciences Sociales* del 1955, (p. 718) –, non stiamo parlando del potere inteso come il weberiano "monopolio legale della forza" (Max Weber, "La politica come professione", in Max Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1948, p. 48); si è invece utilizzato il concetto di *autorità*. Tutto ciò porta alla considerazione per cui l'*autorità* non comanda, ma influenza, e soprattutto non appartiene alla sfera della legalità ma a quella della legittimità. Il

che riassorbe tutti gli altri e che, come tale, è la forza coesiva che tiene assieme tutta la società: il diritto in tal caso diventa il vettore che traduce la volontà del sovrano *en ordre d'État*. Una tale concezione della sovranità non sopporta l'intervento di un secondo sovrano. Di conseguenza, la sovranità, così com'è qui concepita, è diametralmente opposta all'idea della separazione dei poteri: il sovrano resta uno e indivisibile<sup>35</sup>. Semmai si possono separare le funzioni<sup>36</sup>, affermano spesso taluni. Ma ciò non regge alla prova dei fatti: se ammettiamo che la caratteristica principale della dottrina della separazione dei poteri è quella di evitare un qualsiasi tipo di concentrazione del potere, di limitarne cioè il potenziale di arbitrio e di abuso, allora possiamo affermare che in questo caso la sovranità, nel senso classico del termine, rifiuta l'applicazione di un tale principio. Infatti, tutti i tentativi tesi a far coincidere la concezione della separazione dei poteri con quella della sovranità (in tutte le sue varie declinazioni: assoluta; nazionale; popolare), così com'è stata recepita dalla dottrina classica<sup>37</sup> (Hobbes, Bodin, Rousseau, *inter alia*)<sup>38</sup>, hanno determinato

---

che porta ad affermare che l'autorità si fonda sulla romana *dignitas*: «ciò che è sopra ogni altra cosa [e] dota[va] un romano di *auctoritas*» (Chaim Wirszubski, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e Impero*, Laterza, Bari, 1957, p. 60). E la *dignitas* implica[va] a sua volta l'idea di merito; qualità che costituisce un "giusto" motivo di stima, lode e riconoscimento. E allora, con Jacques Maritain «appellerons "autorité" le droit de diriger et de commander, d'être écouté ou obéi d'autrui; et "pouvoir" la force dont on dispose et à l'aide de laquelle on peut obliger autrui à écouter ou à obéir ... Pratiquement, il est donc normal que le mot autorité implique le pouvoir»: in breve, «le mot pouvoir implique l'autorité. En tant que pouvoir, l'autorité descend jusque dans l'ordre physique; en tant qu'autorité, le pouvoir est élevé à l'ordre morale et juridique»; Jacques Maritain, "*Démocratie et Autorité*", in AA.VV., *Annales de Philosophie politique. Le Pouvoir*, PUF, Paris, 1957, Tome II, pp. 26-27.

<sup>35</sup> «On peut transférer des compétences extrêmement nombreuses ... Mais la souveraineté elle-même, c'est-à-dire la puissance ultime, absolue, celle qui n'a pas de supérieur, qui est aussi le pouvoir ultime de tout faire, c'est-à-dire de tout reprendre, cela ne peut se transférer, et c'est d'ailleurs la question essentielle» (Michel Troper, "*Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant*", Intervista di Lucien Jaume, *Cités*, 2003/1, n. 13, pp. 107-108). Infatti, per quanto riguarda il potere costituente, massima espressione del potere sovrano, «le fait d'imposer des limites matérielles au pouvoir de révision est une négation de la souveraineté ... car l'on sait qu'une souveraineté limitée (ou non absolue) ou hétérolimitée n'est plus une souveraineté, mais une pseudo-souveraineté» (Oliver Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, spec. il capitolo dedicato al *Traité de Maastricht et le pouvoir constituant*, pp. 457 ss. Dello stesso Autore si veda anche, "*La souveraineté dans la "contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg*", *Rev. dr. pub.*, 1994, n. 5, pp. 1251 ss., spec. 1265-1279. Cfr. Dennis Alland, "*La recherche de la primauté du droit communautaire*", *Droits*, 2007, n. 45, pp. 109 ss., spec. pp. 123 ss.; Stéphane Rials, "*La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie de cadre intellectuels du positivisme néo-classique*", *Droits*, 2003, n. 37, pp. 70 ss.).

<sup>36</sup> Sulla distinzione fra la nozione di "potere" e quella di "funzione" nello stato costituzionale e di diritto Mauro Barberis, "*I limiti del potere: il contributo francese*", in Giuseppe Duso (cur.), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 1999, pp. 214 ss.; G. Giorgio Grasso, Raffaele Manfrellotti, "*Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*", *op. cit.*, pp. 58 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Nicola Matteucci, "*Positivismo giuridico e costituzionalismo*", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, p. 990, spec. Nota 7.

<sup>38</sup> Nicola Matteucci, "*Sovranità*", in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino (cur.), *Dizionario di politica*, *op. cit.*, pp. 1079 ss., Alessandro Biral, *Per una storia della sovranità*, *Filosofia politica*, 1991, n. 1, pp. 5 ss.; Mario Trombino, "*Sovranità*", in Alessandro Barbera, Gianfrancesco Zanetti (cur.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di*

dei risultati opposti a quelli desiderati, ovvero una prassi che ha negato ora il principio di sovranità ora quello di separazione dei poteri. Tutto ciò è ben visibile se nel discorso inseriamo un altro concetto fondamentale, che ha avuto un notevole successo in Francia, e in molti Paesi dell'Europa occidentale: la *volonté générale*.

L'identificazione della sovranità col potere legislativo è, di fatto, portata ad estreme conseguenze da Rousseau proprio attraverso il concetto della volontà generale, per cui il sovrano può fare solo e soltanto leggi generali ed astratte, non certo i decreti: «je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, e qui le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut que être représenté que par lui-même ... Pour la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible. Car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas<sup>39</sup>; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie. Dans le premier cas cette volonté déclarée est un acte de souveraineté et fait loi: dans le second, ce n'est pas qu'une volonté particulière, ou un acte de magistrature; c'est un décret tout au plus<sup>40</sup>. Nasce qui quel «légicentrisme»<sup>41</sup> che ha per lungo tempo contraddistinto l'organizzazione pubblica dello Stato francese, e che si regge anche e soprattutto sul valore in sé dei prodotti del legislativo, e non anche, o non solo, della legge come principale mezzo per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali<sup>42</sup>.

In effetti, la proclamazione francese dei diritti valeva soprattutto a legittimare una potestà legislativa che, «nella direzione rinnovatrice affidatale, era sovrana»<sup>43</sup>. Il che si riflette nell'idea della *codificazione*, di una fondazione *ex novo* di tutto il diritto: lo dimostrano il Decreto sulla giustizia del 24 agosto 1790<sup>44</sup>, il Titolo I della Costituzione del 1791<sup>45</sup> e, soprattutto, la *Déclaration des droits de l'homme e du citoyen* del 26 agosto 1789<sup>46</sup>. In altre parole, con il

---

*filosofia del diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 193 ss., spec. il par. 4, *La tradizione costituzionalista: problemi e limiti del potere democratico*, pp. 205 ss.

<sup>39</sup> Pertanto, «On peut dire de la souveraineté ce que affirmait à propos de la volonté: "Elle est la même ou elle est une autre"; on ne peut donc pas transférer des fractions ou des parties de la souveraineté, qui est indivisible». Michel Troper, *Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant*, op. cit., p. 107.

<sup>40</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contract social ou principes du droit publique* (1762), Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 35-36. Qui un ambiente ideologico in cui s'inverna la credenza per cui la legge, «come espressione della volontà generale, riunisca in sé i due momenti dell'autorità e dell'auto-imposizione dei comandi con la conseguenza che, in quanto espressioni dei corpi rappresentativi del popolo, sia quest'ultimo a dare a se medesimo i propri comandi attraverso la legge»; Giorgio Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 46.

<sup>41</sup> Lucien Jaume, *Préface aux droits de l'homme*, in Lucien Jaume (cur.), *Les déclarations des droits de l'homme (1789-1793-1848-1946)*, Flammarion, Paris, 1989, pp. 60 ss.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 113.

<sup>44</sup> Che promette «un code générale des lois simples, claires et appropriées à la Constitution».

<sup>45</sup> Lì dove si afferma che «Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume».

<sup>46</sup> Dieter Grimm, "Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung", in H. Coing (cur.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, C.H. Beck, München, 1982, pp. 17 ss. Peraltro, quello che oggi definiamo "diritto amministrativo" non è stato ricompreso nel *Code Napoléon* del 1804: ciò si

primato della legge – e del relativo legislatore – si afferma lo strumento principale per garantire i diritti dell'uomo, positivamente codificati nell'atto di natura (appunto) legislativa<sup>47</sup>. Sicché, i principi della volontà generale e quello della sovranità finiscono per rivestire il potere legislativo «d'une essence et d'une majesté particulières, qu'il ne se définit point comme une compétence parmi d'autres, mais comme l'expression même de la souveraineté»<sup>48</sup>.

Questa concezione avrà poi il suo peso nel periodo rivoluzionario<sup>49</sup>, lasciando profonde influenze nella cultura giuridica francese<sup>50</sup> (e in parte

---

spiega come una diretta conseguenza del recupero del principio d'autorità; un principio radicato da tempo nella cultura francese e che sopravvisse all'*Ancien régime*, come del resto è stato magistralmente dimostrato da Alexis de Tocqueville nel suo *L'Ancien régime et la Révolution* del 1856, Libraires Editeurs, Paris, pp. 76 ss., trad. it. a cura di Giorgio Candeloro, *L'Antico regime e la Rivoluzione*, Rizzoli, Milano, 1989, pp. 60 ss. Sul punto si veda anche Sabino Cassese, "Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français", *Act. Jur. dr. adm.*, 1995, pp. 168 ss., il quale giustamente rileva che «Le droit administratif naît en France et son originalité consiste – selon la position unanime de la culture juridique française – dans le fait d'être un droit spécial, dérogoratoire par apport au droit civil. Pour cette raison, c'est un droit autonome séparé des autres branches du droit. ... la première raison de la spécialité du droit tient à la spécialité du juge» (corsivo mio). Cfr. Jean-Louis Mestre, *Séparation des pouvoirs et contrôle de l'administration au début de la Révolution française*, in Roberto Martucci (cur.), "Constitution & Révolution", Laboratorio di storia costituzionale, Macerata, 1995, pp. 457 ss.

<sup>47</sup> Sotto questo profilo, rispetto ad un impianto di questo genere, che affonda le sue radici nella Grande Rivoluzione e che si rafforza con la Terza e la Quarta Repubblica, la Carta del 1958 rappresenta, invero, una sorta di ribaltamento di prospettiva. Con l'obiettivo, chiaramente espresso di ridimensionare il ruolo e il potere del Parlamento, rafforzando invece quello del Governo (Serge Berstein, "La V<sup>e</sup> République: un nouveau modèle républicain?", in Serge Berstein, Odile Rudelle (cur.), *Le modèle républicain*, Puf, Paris, 1992, pp. 407 ss.), il legislatore costituzionale del 1958 ha in questo caso tentato di sottrarre alla legge parlamentare la sua centralità. In effetti, fra le intenzioni del Generale De Gaulle, Padre della V Repubblica, v'era quella di circoscrivere l'ambito della legge, individuando le materie in cui l'istituzione parlamentare era sovrana, nel senso pieno del termine, e quelle per le quali lo stesso fissava solo i principi fondamentali, rinviando all'Esecutivo la normativa di attuazione che, di fatto, la stessa forza e lo stesso valore della legge (Gaetano Quagliariello, *De Gaulle e il gollismo*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 199 ss.). In questo, però, ancora una volta, l'evoluzione del costituzionalismo francese fu profondamente condizionata dalle contingenze storiche. Infatti, durante la IV Repubblica il sistema pativa un esasperato parlamentarismo, affondando infine nel mare tempestoso dei suoi dodici anni di vita: non resse ai ritmi imposti dalla rivolta algerina, che porterà poi alla nascita della Repubblica gollista. La reazione del legislatore costituzionale del 1958 s'incentrò così su due cardini: il "parlamentarismo razionalizzato" e il c.d. *fait majoritaire*. Il risultato è un Parlamento che, di fatto, diventa una «chambre d'enregistrement de la volonté gouvernementale» (Marie-Claire Ponthoreau, "La contribution de la construction européenne au renouveau de la fonction de contrôle du Parlement sous la V<sup>ème</sup> République", *Giornale di storia costituzionale*, 2004, n. 8, p. 197) e che priva le due Camere del monopolio della funzione legislativa.

<sup>48</sup> Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1984, p. 477.

<sup>49</sup> Il primo a cogliere il legame tra il pensiero di Rousseau e la Grande Rivoluzione fu Louis-Sébastien Mercier, *De J.-J. Rousseau considéré comme l'un des premier auteur de la Révolution française*, Buisson, Paris, 1791, *passim*. Sul ruolo esercitato dall'opera di Rousseau, e soprattutto dal *Contrat social*, sulle vicende rivoluzionarie si vedano, tra gli altri. Jean Jacques Tatin-Gourier, *Le Contrat social en question. Échos et interprétation du contrat social de 1792 à la Révolution française*, Presse Universitaire de Lille, Lille, 1989, *passim*; Marco Fioravanti, "Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793", *Historia Constitucional*, 8/2007, pp. 124 ss., spec. Nota 2 e 3. Sul punto si veda,

continentale), i cui segni sono ancora oggi rintracciabili nell'ordinamento dell'Esagono, così come peraltro ribadito da alcuni autorevoli commentatori: «Dans la conception sur laquelle est fondée notre [francese] ordre constitutionnel», il principio della «démocratique majoritaire traduit» infatti «la souveraineté du peuple. La loi, expression directe de la volonté du peuple ou formulée par ses représentants, exprime la volonté générale. Cette volonté générale ne tend pas seulement à la défense des intérêts de la majorité: elle exprime l'intérêt générale ... Juridiquement, entre volonté générale et intérêt générale, l'identité est postulée ... Ainsi, c'est au législateur qu'il incombe de rechercher l'intérêt générale en votant la loi et au juge de veiller au respect des lois adoptées»<sup>51</sup>.

Orbene, in sede teorica questo discorso segue indubbiamente una sua logica. Se però dal piano dei principi astratti scendiamo a quello delle loro applicazioni concrete, dal quadro argomentativo emergono delle contraddizioni, delle vere e proprie aporie, di difficile risoluzione. Il primo scoglio pratico da affrontare è proprio quello della natura della legge. Rousseau afferma che la volontà generale s'esprime con la legge la quale, per questi motivi, deve essere astratta e generale. Ciò porta ad una necessità pratica dal cui nucleo emerge l'importanza della figura del giudice: una volta promulgata, la legge deve essere applicata al caso particolare. Ma, dati i caratteri dell'astrattezza e della generalità<sup>52</sup>, questo porta ad affermare che l'attività d'applicazione della legge al caso concreto è necessariamente un'attività interpretativa. Ed è altrettanto inevitabile che, nell'interpretarla, il soggetto abilitato possa anche piegare la volontà generale, espressa nella (e dalla) legge, alla sua volontà: non potendolo eliminare del tutto, non rimane che discutere di quale sia il margine di discrezionalità di cui dispone l'interprete. Seguendo lo stesso schema logico,

---

inoltre, Giorgio Del Vecchio, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella Rivoluzione francese*, Tipografia della gioventù, Genova, 1903, pp. 27 ss., per il quale «l'opera di Rousseau si è strettamente legata alla preparazione teoretica della grande Rivoluzione, che non si potrebbe intendere questa senza quella». Per questo motivo Del Vecchio critica la nota tesi di Georg Jellinek, secondo il quale la «del 26 agosto del 1789 è sorta in contrapposizione Dichiarazione al *Contrat social*. Quest'opera esercitò, senz'altro, un potente influsso sull'origine e la propagazione del clima rivoluzionario in Francia. Ma l'idea stessa di Dichiarazione va fatta risalire ad un'altra fonte», ovvero ai *Bill of Rights* contenuti nelle Carte costituzionali americane della seconda metà del Settecento, a partire da quella della Virginia del 1776. Georg Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale* (1895), Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 7 ss.

<sup>50</sup> E di tutti quei Paesi che a tale modello si sono ispirati. In effetti, il *Contrat social* di Rousseau è stata considerata come «una delle opere più cospicue e più influenti della letteratura politica e giuridica dell'occidente, e dal quale derivano in modo diretto o indiretto la maggior parte delle idee costituzionalistiche moderne»; Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 58. Sul punto si veda anche Mario Cappelletti, John Clark Adams, «*Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*», *Harv. L. Rev.*, 1966, n. 79, pp. 1207 ss., spec. p. 1212.

<sup>51</sup> Bertrand Mathieu, *La normativité de la loi: une exigence démocratique*, in *Le cahiers du Conseil constitutionnelle*, 2006, n. 21, p. 72.

<sup>52</sup> In effetti, mediante le idee di Rousseau, s'afferma una sorte di «superficie tutta uguale», cui la Rivoluzione mirava. La legge che scorre su questa superficie è, per natura, generale (si rivolge a tutti, senza distinzioni personali) e astratta (cioè indipendente dalle circostanze di tempo e di luogo); Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., 2008, p. 112.

possiamo risolvere la questione in modo radicale, conferendo il potere d'applicazione della legge al soggetto che l'ha emanata. Ma, a parte gli ovvi problemi pratico-logistici, con questa soluzione non faremmo altro che consegnare la macchina normativa nelle mani di un solo organo, con tutto quello che ne consegue in termini di separazione dei poteri e di Stato di diritto.

Ecco qui ritornati al punto di partenza: se vogliamo salvare il principio della volontà generale, con il suo corollario della sovranità illimitata, si deve necessariamente sacrificare quello dei poteri separati<sup>53</sup>; se, invece, decidiamo di far salvo il principio della separazione dei poteri, dobbiamo rinunciare a quello della volontà sovrana, perlomeno nella sua versione originaria. *Tertium non datur*. Insomma, non è facile uscire dall'*impasse*<sup>54</sup>.

Sul piano delle valutazioni politiche, alcuni hanno così individuato il nemico mortale del costituzionalismo nell'antico "sogno" metafisico, di origine platonica<sup>55</sup>, caratterizzato dalla necessità di ridurre la *molteplicità in unità*. A questa logica non sfugge Hobbes<sup>56</sup> e, soprattutto, non sfugge Rousseau,

---

<sup>53</sup> Cfr. Francesco Viola, "Stato, vincoli, natura", in Maurizio Basciu (cur.), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 127 ss.

<sup>54</sup> Come è stato giustamente rilevato, « ... il y a lieu de rappeler ici que le système représentatif français a, dès 1789-91, dévié du principe de la souveraineté nationale: en confondant la volonté générale avec la volonté législative parlementaire, il a fait du Parlement l'égal du souverain, ou plutôt il l'a érigé effectivement en souverain. Sous le nom de pouvoir législatif, les Chambres tiennent de la Constitution une puissance de volonté maîtresse qui ne rencontre, dans cette même Constitution, que bien peu de limitations»; Raynaud Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, éd. Sirey 1931, ristampato da, Economica, Paris, 1984, p. 72, trad. it. a cura di Marina Calamo Specchia, *La legge espressione della volontà generale*, Milano Giuffrè, 2008.

<sup>55</sup> «Forse, la malattia più antica dell'Occidente sta proprio in questo, nella considerazione indifferenziata dell'unità e appunto nel conseguente rifiuto delle differenze o delle individuazioni. L'avvenimento non era mancato sin dagli inizi ed era ritornato lucidamente nello stesso discorso platonico: l'"essere" e il "diverso" – era detto nel "Sofista" (259 a) – si intrecciano dappertutto e fra loro stessi. E nel "Filebo" (15 d-e) era pur detto che l'uno e il molteplice in ogni cosa ricorrono e per questo sono motivo di delizia incessante ... se ne deduceva la trascendenza dell'Uno e di questo si faceva luogo da cui disprezzare il diverso»; Virgilio Melchiorre, *Metacritica dell'eros*, Vita e Pensiero, Milano, 1977, p. 105; si veda anche Adolf Von Harnack, *History of Dogma*, New York, Dover Publication, 1961, vol. II, pp. 76 ss.

<sup>56</sup> Secondo Hobbes, infatti, con un contratto a favore di un terzo soggetto i singoli individui devono cedere tutti i diritti, tranne due: la vita e l'integrità fisica. L'altro contraente, il sovrano, è l'unico a conservare il diritto al dominio su tutti gli altri (Thomas Hobbes, *De cive. Philosophical Rudiments Concerning Government and Society*, Printed by J.C. for R. Royston at the Angel in Ivie-Lane, London, 1651, cap. V, I ss., e cap. VI, I ss.). In teoria fa tutto lui: confeziona le leggi, giudica, esegue le sentenze, delibera la guerra, nomina funzionari. In breve, i *cives* si affidano a lui affinché garantisca la convivenza, ridotta al solo "mantenimento della pace e della sicurezza". In altri termini, Hobbes non fa altro che ridurre *ad unum* la informe massa di legislatori, giudici e esecutori presenti nello stato di natura. Ciascun individuo rinuncia alla libertà naturale in favore di un sistema positivo di norme o, meglio, di atti posti in essere dal sovrano: «is annexed to the sovereignty, the whole power of prescribing the rules [inerisce interamente alla sovranità il diritto di prescrivere le regole], whereby every man may know, what goods he may enjoy [mediante le quali ognuno possa sapere di quali beni può disporre], and what actions he may do, without being molested by any of his fellow-subjects [e quali azioni può compiere senza essere molestato dagli altri sudditi]» (Thomas Hobbes, "Leviathan", in William Malesworth (cur.), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, J. Bohn, London, 1837-1845, vol. III, cap. XVIII, p. 162.

propugnatore «di una trasformazione della molteplicità in unità ... solo grazie ad una sottomissione assoluta e irrevocabile di ogni individuo»<sup>57</sup> a un soggetto svincolato da qualsivoglia limite. La concezione rousseuviana della sovranità, risolta nella volontà generale, ben rappresenta infatti il passaggio da una monarchia di diritto divino ad una «monarchia del Numero»<sup>58</sup>, che s'incarna nel «popolo» o nella «Nazione»<sup>59</sup>: cioè a dire, in *unità* indistinte e indifferenziate<sup>60</sup>; organismi (*corps*)<sup>61</sup> collettivi che in sede giuridica<sup>62</sup> si presentano come «autorità che non ha[nn]o ragione di giustificare i propri atti»<sup>63</sup>. Sicché, «qualifier de souverain le peuple ou la nation, c'est à la foi exprimer le mythe français de la constitution du corps politique et désigner l'«organe» qui, fût-ce pour en déléguer le plus souvent l'exercice, jouit de la puissance étatique»<sup>64</sup>.

Nella sua costruzione teorica, Rousseau procede come un geometra il quale identifica due linee che s'intersecano in un unico punto: su una linea la libertà, sull'altra l'autorità. Di qui l'annosa domanda sul come conciliarle e che, come rilevava I. Berlin, vede Rousseau escogitare una risposta dotata di «quel tipo di semplicità e quel tipo di follia di cui le nature» geniali e, allo stesso tempo, «maniacali sono spesso capaci»<sup>65</sup>: libertà e autorità sono due valori affatto opposti; sono il diritto e il rovescio della stessa medaglia; essi coincidono e non possono contrastarsi. In breve, non due, ma una sola cosa: «Afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il referme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps». Ciò che si risolve in niente altro «si non qu'on le forcera d'être libre»<sup>66</sup>. Tale è il «sens de la souveraineté populaire chez Rousseau»: una concezione non

---

<sup>57</sup> Keith Michael Backer, «Sovranità», in François Furet, Mona Ozouf, *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Bompiani, Milano, 1994, vol. II, p. 986; si veda anche Alfonso Di Giovine, «Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza», in AA.VV. *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 223 ss.; Gaetano Silvestri, «La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto», *Rivista di Diritto costituzionale*, 1996, pp. 3 ss.

<sup>58</sup> Domenico Settembrini, *Democrazia senza illusioni*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 44.

<sup>59</sup> Reynaud Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Sirey, Paris, 1922, Tome II, pp. 153 ss.

<sup>60</sup> L'«idée d'une diversité à exprimer n'arrive jamais à réalisation parce que tout intérêt particulier évoque le privilège, et apparaît donc comme un danger; il ne peut y avoir place pour la différence admise en Angleterre entre les bourgs et les comtés (représentation des intérêts, ou du territoire), y compris avec les incohérences, extraordinaires et célèbres, de la représentation anglaise»; Lucien Jaume, «Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais», *Historia Constitucional*, 4/2003, p. 17.

<sup>61</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 112: «La volontà generale è quella che non conosce divisioni, non riconosce di fronte a sé nessuna particolarità che meriti di essere rispettata, non ammette di essere il prodotto di accordi tra frazioni della società che rappresentano se stesse. La legge è decisa *en corps*, cioè indifferenziatamente» (corsivo dell'Autore).

<sup>62</sup> Cfr. Antonio Romano Tassone, «Note sul concetto di potere giuridico», *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, pp. 405 ss.

<sup>63</sup> Domenico Settembrini, *Democrazia senza illusioni*, op. cit., p. 21; cfr. Leon Deguit, «Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel», *Rev. dr. pub.*, 1918, 173 ss., spec. p. 179.

<sup>64</sup> Jean Combacau, «Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'État», *Pouvoirs*, 1993, p. 48.

<sup>65</sup> Isaia Berlin, *La libertà e i suoi traditori*, Adelphi, Milano, 2002, p. 73.

<sup>66</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contract social ou principes du droit publique*, op. cit., p. 26.

esente «de contresens»<sup>67</sup> (“... costringere gli individui a *être libre* ...”) e sovente foriera di una “pace terrificante”.

Il primo a capire le ricadute potenzialmente negative di questo sistema di pensiero fu B. Constant, le cui riflessioni assumono oggi il sapore di una tragica profezia: «La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commencent l'indépendance et l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté». Se l'autorità – singolo individuo o organo assembleare – oltrepassa «cette ligne, elle se rend aussi coupable que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur; la société ne peut excéder sa compétence sans être usurpatrice, la majorité, sans être factieuse». Poco importa che «elle se nomme individu ou nation; elle serait la nation entière, moins le citoyen qu'elle opprime». Rousseau ha «méconnu cette vérité, et son erreur a fait de son contrat social, si souvent invoqué en faveur de la liberté, le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme»<sup>68</sup>. Per vero le reali intenzioni di Rousseau erano di segno esattamente opposto: egli mirava in primo luogo ad evitare che l'individualismo agisse «come vettorepar di prevaricazione», trasformando «la legittima cura di sé in un fattore di dissoluzione della comunità civile; ovvero sia «la dominanza degli interessi di alcuni» sugli altri membri della comunità»<sup>69</sup>. Sul piano pratico, però, alcune importanti vicende storiche sembrano confermare la tesi di Constant<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Lucien Jaume, *Le discours jacobin et la démocratie*, Fayard, Paris, 1989, p. 168: «comme on le constat, l'unité élémentaire du corps politique n'est pas ici "l'individu", au sens que ce terme prend sous la Révolution, mais le sujet moral».

<sup>68</sup> Benjamin Constant, “*Principe de politique*”, in Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle et collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, Guillaumin, Paris, 1872, p. 111 (corsivi nostri).

<sup>69</sup> Alberto Burgio, *Introduzione a J-Jacques Rousseau, Il Contratto sociale*, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 13. Sotto quest'apetto, il «*Contrat* si rivela pervaso dalla preoccupazione di *salvare la modernità* dalle sue stesse insidie. Risolvere il “grande problema della politica”, realizzare il governo delle leggi significa per Rousseau definire un sistema di libertà collettiva la cui sanzione formale, sul piano giuridico, non si risolva per nessuno in esclusione di fatto, sul terreno dei diritti materiali» (Ivi, pp. 43-44). Inoltre, il *Contratto sociale* «era irritante e pericoloso sia per l'ortodossia cattolica, sia per quella protestante ... perché difendeva la democrazia e negava il diritto divino dei re». Motivi per cui il libro, pur accrescendo la sua fama, provocò a Rousseau «una tempesta di condanne ufficiali. Fu obbligato a fuggire dalla Francia; Ginevra non voleva più saperne di lui, Berna rifiutò di dargli asilo. Infine Federico il Grande ebbe pietà di lui e gli permise di vivere a Montiers, vicino a Neuchâtel, che era nei domini del re filosofo. Là Rousseau visse per tre anni; ma trascorso questo periodo (1765) gli abitanti di Montiers, guidati dal pastore, lo accusarono di veneficio e tentarono di ucciderlo. Rousseau fuggì in Inghilterra dove Hume, nel 1762, gli aveva offerto i suoi servizi»; Bertrand Russell, *Storia della filosofia occidentale* (1946), TEA, Milano, 2004, p. 665.

<sup>70</sup> Come giustamente afferma Gustavo Zagrebelsky (*La legge e la sua giustizia, op. cit.*, pp. 115-116), il concetto di volontà generale minaccia lo Stato di diritto, nel senso assiologico ovvero “sostanziale” (secondo la terminologia utilizzata dall'Autore) della formula. In questo senso, infatti, «l'*Etat de droit* francese», in quanto sostenuto «da un'ideologia quale quella della volontà generale» afferma «la nuda forza della società». «Lo dimostrano gli sviluppi in senso giacobino di questa ideologia, dove l'espressione *la legge come pura forma della pura forza* trovò la sua perfetta realizzazione nel regime rivoluzionario del Terrore, un “terrore virtuoso”, destinato a combattere i nemici della libertà e quindi, sia pure con riferimento a circostanze eccezionali, pienamente riconducibile, anzi indispensabile a un modo di intendere lo Stato di diritto». Al concetto di “terrore virtuoso” fa riferimento Robespierre nel discorso alla Convenzione del 18 piovoso, anno II (5 febbraio 1794), su *I principi della morale politica*, in Maximilien de Robespierre, *La rivoluzione giacobina*, Editori Riuniti, Roma, 1967, pp. 167 ss.

In ogni caso, sotto l'aspetto degli equilibri istituzionali, è abbastanza agevole comprendere come tutto ciò abbia inciso sul modo di concepire il ruolo e le competenze del giudice nel Paese in cui queste idee si sono affermate e sviluppate: nel «vuoto tra la deliberazione della legge e la sua» applicazione non v'è spazio per altri poteri, distinti dal legislativo; ciò vale soprattutto per il giudiziario, che viene dalla «rivoluzione integralmente depoliticizzato», indi «ridotto a mero esecutore della legge»<sup>71</sup>. Al punto che oggi, se si tiene «en cuenta que la vinculación a las ideas de Rousseau sempre ha permanecido presente en Francia», si può comprendere il perché la «“judicial review” non haya sido nunca realmente aceptada en ese país»<sup>72</sup>.

### **1. *Référé au législateur*: la vicenda di un conflitto**

Con il processo di progressiva spersonalizzazione del potere politico, quest'ultimo passa dalle mani di un soggetto *legibus solutus* a una entità astratta indipendente a finalità collettive; entità che, giuridicamente e politicamente parlando, prende corpo nell'«ente» Stato<sup>73</sup>. Tuttavia, nella concezione liberale dell'Europa continentale, la sovranità trova un'ulteriore specificazione che non smentisce i suoi caratteri originari, semmai li accresce: per potere sovrano s'intende anche «la suprema decisione normativa». Questa si esprime, generalmente, nel potere costituente<sup>74</sup>; trova dunque attuazione nella scrittura della Costituzione. In tal caso è il concetto unitario della «Nazione», entità generale e indifferenziata, ad esprimere la sovranità<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, op. cit., p. 83. Cfr. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, «*Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional*», *Historia Constitucional*, 2007/8, pp. 8 ss.

<sup>72</sup> Francisco Fernández Segado, «*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*». *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 291.

<sup>73</sup> Sul piano della separazione dei poteri (legislativo e esecutivo), nella Francia «dell'Ancien Régime non era possibile distinguere tra «legge» e «regolamento», poiché il sovrano deteneva tutti i poteri e non esisteva una chiara gerarchia delle fonti. Solo a partire dalla Rivoluzione, con la nascita dello Stato costituzionale di diritto basato», appunto, «sulla separazione dei poteri e, successivamente, durante la Restaurazione, legge e regolamento cominciarono ad assumere una fisionomia più precisa e una considerevole rilevanza nella prassi giuridica»; Marco Fioravanti, «*Le origini delle potestà normative dell'esecutivo in Francia e Italia*», in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2008, p. 71.

<sup>74</sup> «Autrement dit, avec Sieyès, se met comme on sait en place le schéma d'une distinction entre «pouvoir constituant», qui est détenteur concret de la souveraineté et en assure l'exercice au sein de l'acte constituant de façon seulement intermittente et fugace (c'est-à-dire révolutionnaire), et le «pouvoir constitué» non détenteur de la souveraineté mais assurant son exercice de façon seulement représentative mais continue après l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution (et jusqu'à l'édiction de la constitution suivant)»; Olivier Cayla, *L'obscurcure théorie du pouvoir constituant originaire ou illusion d'une identité souveraine inaltérable*, in AA.VV., *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 250.

<sup>75</sup> Una concezione tutta francese della sovranità, ancor oggi visibile nel sistema costituzionale di quel Paese: «En France, le souverain, c'est la nation, la nation dans toute sa densité historique, son passé révolutionnaire, sa dimension effective. Certes, on peut dire, comme le dit la Constitution dans son article 3, que la souveraineté «appartient au peuple», mais la souveraineté dont s'agit est la «souveraineté national» ... la souveraineté en France

Mediante la volontà del costituente si provvede poi al «trasferimento abituale della sovranità in una assemblea parlamentare rappresentativa»<sup>76</sup>: ossia in uno dei poteri costituiti al quale è dato il compito di fare e di abrogare le leggi che, come si è detto, rimangono espressione della volontà generale<sup>77</sup>.

Ed è così che durante la Grande Rivoluzione nasce in Francia la vicenda di un «conflitto» tra il Parlamento e i giudici<sup>78</sup>. Le Assemblée vogliono dei Tribunali

---

appartient au peuple en tant qu'il forme une nation; elle n'est donc pas populaire mais nationale»; Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, Dalloz, Paris, 2006, p. 173.

<sup>76</sup> Reynaud Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, op. cit., spec. 20 ss.: «... le Corps législatif ou Parlement, qui, en tant que représentant de la nation, ne fait qu'un avec elle ... le citoyens se trouvent représentés, c'est-à-dire présent dans l'assemblée législative, au moment de la confection des lois; celles-ci, par l'effet de cette représentation, sont donc l'oeuvre du peuple lui-même, c'est-à-dire du souverain».

<sup>77</sup> La *Dichiarazione* del 1789 riconosce[va] i diritti dell'Uomo, ma affidava all'Assemblée la loro disciplina legislativa: di conseguenza, la dichiarazione diveniva un programma per il legislatore, e il giudice era chiamato ad applicare unicamente le specifiche disposizioni di legge. Tale orientamento spostava l'accento sul contenuto positivista dei diritti, assoggettandoli ad un utilizzo manipolatore del titolare della sovranità. Bisogna infatti ricordare che durante il periodo rivoluzionario la sovranità trovava espressione nella Costituzione. Quest'ultima conferiva al Parlamento il potere di approvare le leggi, espressione della volontà generale. Il concetto rappresentativo di nazione era a quel tempo notevolmente circoscritto a quella cerchia di cittadini che facevano parte del Terzo stato. L'interesse corporativo di questa classe sociale portava a smentire quanto in forma di principio si era espresso nella *Dichiarazione*; e tutto ciò mediante una giustificazione teorica che fa leva proprio sui concetti di nazione e sovranità. Lo prova l'appuntamento elettorale del 1791, ove ad eleggere i membri dell'Assemblée nazionale furono chiamati solo 4 milioni di cittadini (naturalmente tutti quelli appartenenti al Terzo stato) su un numero notevolmente maggiore di potenziali aventi diritto; circa 24 milioni. Questi ultimi furono esclusi dalla categoria degli elettori di secondo grado (secondo quanto previsto dal sistema elettorale) per via dei maggiori requisiti richiesti. E tutto questo nonostante che nella *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* si afferma[va] espressamente che «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune» (art. 1); ancorché, occorre ricordarlo, all'art. 3 si afferma[va] anche che «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément».

<sup>78</sup> In effetti, i rivoluzionari francesi, generalmente, consideravano il potere giudiziario come uno degli strumenti che l'*Ancien régime* utilizzava per consolidare il proprio potere. E ciò avrà il suo peso sul modo di concepire il diritto e lo Stato nel modello costituzionalistico francese, rispetto a quanto invece s'affirma in quello inglese. Se, infatti, il costituzionalismo è in entrambi i casi considerato come un prodotto della storia, il modo di concepirlo e di riprodurlo in termini di decisioni politiche è però per molti versi differente. Il modello costituzionalista francese nasce *ex novo* da una rottura rivoluzionaria, a differenza di quello britannico, il quale emerge e si afferma mediante un processo continuo: non mancano qui delle rivoluzioni; tuttavia, per stare al celebre esempio della *Glorious Revolution* (1688-1689), non si rivendica un nuovo inizio, bensì la restaurazione dei «diritti primigenii» dell'uomo inglese; in concreto, il ripristino dei principi della *Magna Carta* del 1215, violati dal potere politico incarnato dall'assolutismo delle dinastie Tudor e Stuart. Detto con altre parole, la Gloriosa Rivoluzione non fu mai, nelle intenzioni, concepita come una rottura innovante, ma come un recupero. Non così in Francia, ove la Grande Rivoluzione del 1789 si affermò come una rottura intesa a rifiutare *in toto* lo *status quo ante*: le verità evidenti espresse dagli ideali rivoluzionari si contrappongono alle *menzogne* incarnate dall'*Ancien régime*. Da questa differenza ne conseguono delle altre, come quella che rimanda al concetto di democrazia. Come infatti sottolinea J. Bryce, il modello democratico «è adottato in Francia non solo perché il governo popolare sembrava il rimedio più completo ai mali incombenti ... ma anche in omaggio ad astratti principii generali ritenuti [appunto] verità evidenti» (James Bryce, *Democrazie moderne*, Mondadori, Milano, 1949, vol. 1, p. 91). Ma è Tocqueville a cogliere in pieno le implicazioni, politicamente e giuridicamente rilevanti, delle

che non giudichino, ridotti al puro controllo della fedeltà testuale. Le Corti invece sviluppano, e non potrebbe essere altrimenti, funzioni giurisdicenti. Un conflitto che sfocia nell'esperienza dei *référés législatifs*, la cui genesi storica ha insospettite radici ideologiche.

Nel 1578 Enrico III istituisce le *Conseil des parties*, sezione del *Conseil d'Etat* competente sulle domande in Cassazione. Siamo in un periodo in cui gli editti e le ordinanze si sono moltiplicate nel numero: risultano impossibili i controlli automatici su come le Corti di giustizia le applichino, e l'eventualità che il Re annulli «de son mouvement» una decisione del giudice diventa solo teorica. Ne nasce una figura processuale imperfetta, la *Demande en cassation*: qualche interessato può segnalare al Re l'eventuale infedeltà di una Corte. Di conseguenza, un consesso amministrativo e senza contraddittorio delibera, affinché la norma risulti applicata. Tuttavia, l'annullamento della decisione della Corte è un rimedio estremo: a dirlo lo stesso *Conseil des parties* con l'*arrêt de règlement* del 18 dicembre 1775; decisione intesa al «maintien de l'autorité législative et des ordonnances» (Tit. 35, art. 32). Nelle parole di Hneri-François d'Aguesseau, il *Conseil des parties* diventa così la «garde du corps des lois»<sup>79</sup>.

---

differenze fra questi due laboratori del moderno costituzionalismo europeo: «Tandis qu'en Angleterre ceux qui écrivaient sur le gouvernement et ceux qui gouvernaient étaient mêlés, les uns introduisant les idées nouvelles dans la pratique, les autres redressant et circonscrivant les théories à l'aide des faits, en France, le monde politique que resta comme divisé en deux provinces séparées et sans commerce entre elles. Dans la première on administrait; dans la seconde on établissait les principes abstraits sur lesquels toute administration eût dû se fonder. Ici on prenait des mesures particulières que la routine indiquait; là on proclamait des lois générales, sans jamais songer aux moyen de les appliquer: aux uns, la conduites des affaires; aux autres, la direction des intelligences. Au-dessus de la société réelle, dont la constitution était encore traditionnelle, confuse et irrégulière, où les lois demeuraient diverses et contradictoires, les rangs tranchés, les conditions fixes et les charges inégales, il se bâtit ainsi peu à peu une société imaginaire, dans laquelle tout paraissait simple etordonné, uniforme équitable et conforme à la raison. Graduellement l'imagination de la foule déserta la première pour se retirer dans la seconde. On se désintéressa de ce qui était pour songer à ce qui pouvait être, et l'on vécut enfin par l'esprit dans cette cité idéale qu'avaient construite les écrivains» (Alexis de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, op. cit., Parte I, Libro III, Cap. 1, pp. 244-245, corsivi nostri). Astratti principi generali ritenuti verità evidenti, nonché una società politica in cui tutto appare semplice, coordinato e razionale: Bryce e Tocqueville affondano le lame delle loro riflessioni nel sottofondo culturale che anima il costituzionalismo "razionale" francese, così diverso, per molti aspetti contrapposto, al costituzionalismo "ragionevole" inglese. Una differenza che poi si rifletterà sul modo di concepire il ruolo e le competenze da attribuire al potere giudiziario, ciò che contribuisce ad allargare quel «fossato epistemologico» fra la tradizione romanista e quella di *common law*: «Si può sostenere, infatti, che, mentre la tradizione di *common law* è stata sempre più vicina all'oralità, l'altra tradizione, quella di *civil law*, ha finito per identificarsi soprattutto nel modello di scrittura» (Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 159-160). Sul punto si vedano, tra gli altri, Roberto Sacco, *Il diritto muto*, in AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 681 ss.; Lucien Jaume, "Légitimité et représentation sous la Révolution: l'impact du jacobinisme", *Droits*, III (1987), n. 6, pp. 57-67; Lucien Jaume, *Échec au libéralisme. Les Jacobins et l'État*, Kimé, Paris, 1990, *passim*, ora anche in it. con la trad. a cura di Cinzia Cassani, *Scacco al liberalismo. I Giacobini e lo Stato*, ESI, Napoli, 2003, edizione che, inoltre, contiene due nuovi studi: *I Giacobini e Rousseau; Garantire i diritti dell'uomo: 1791-1793*, pp. 139 ss.

<sup>79</sup> Franco Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1113 ss.

Tale funzione sopravvive all'*Ancien régime*. A mutare è solo l'organo: dal 1790 questo compito è affidato al *Tribunal de cassation*<sup>80</sup>. Esso nasce dall'idea dei costituenti che portano ad estreme conseguenze la teoria di Montesquieu della *séparation des pouvoirs*, ove «les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi»<sup>81</sup>. In altri termini, usurpa poteri legislativi quel giudice che interpreta la legge. Lo rileva Robespierre nella seduta dell'Assemblea costituente del 10 novembre 1790<sup>82</sup>. Dopo otto giorni, è lo stesso Maximilien-François-Marie-Isidore a pronunciare una requisitoria contro la «jurisprudence des tribunaux». Addirittura vuole che la parola *jurisprudence* sparisca dal dizionario «de notre langue»: occorre che le decisioni del giudicante non siano «autre chose que la loi». E se il contenuto del testo fosse dubbio, il giudice deve riferire al legislatore, affinché ne abbia interpretazioni autentiche. Ed è così che viene approvata la legge 16 agosto 1790, con cui s'afferma l'istituto del *Référé au législateur*<sup>83</sup>.

In tal modo è istituito un controllo sulle Corti di giustizia, affidato come in passato al *Tribunal de cassation*. Solo che adesso Robespierre e gli altri costituenti vogliono che lo si intenda come organo «établi dans le sein du corps législatif»: una sorta di commissione straordinaria chiamata a sgominare l'eventuale «rébellion contre la volonté générale»<sup>84</sup>. Sorgono così questioni nominalistiche. Ad esempio, l'esperto di ordinamento giudiziario nonché noto Avvocato a Vienne, Charles Chabroux, afferma che «ceux que vous auriez nommés juges, voudroient juger»: meglio allora definirli «inspecteurs de justice». Sollecitato dall'intervento di Robespierre, il 10 novembre 1790 lo

---

<sup>80</sup> Istituito dalla legge 27 novembre 1790.

<sup>81</sup> Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1750, Libro XI, Capitolo VI, trad. it. a cura di Beatrice Boffito Serra, *Lo spirito delle leggi*, BUR, Milano, 2004, 318. In proposito Mauro Barberis, «Libertà, Liberalismo e costituzionalismo», in *Teoria politica*, 2000, pp. 141 ss.; Mauro Barberis, *Libertà*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 77 ss. Per un'analisi storica della dottrina della separazione dei poteri Jean Luis Seurin, «*Les origines Historiques de la séparation des pouvoirs*», in AA.VV., *Études offertes à Jean-Maurie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, pp. 651 ss.; François Saint-Bonnet, «*L' "autre" séparation des pouvoirs de Montesquieu*», in Alain Pariente (cur.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 49 ss. In proposito, Mario Caravale ha sostenuto che «la descrizione delle istituzioni inglesi formulata da Montesquieu è stata tradizionalmente interpretata come teorizzazione da un canto della divisione dei poteri, dall'altro di un "modello" inglese universalmente valido quale concreta realizzazione di quella divisione. Tale lettura risulta oggi profondamente rivista innanzi tutto da quanti sottolineano l'imperfetta conoscenza della realtà istituzionale inglese da parte di Montesquieu, il quale avrebbe disegnato un'immagine ideale senza riscontro sostanziale con l'ordinamento britannico»; M. Caravale, «*Tra rivoluzione e tradizione. La costituzione siciliana del 1812*», in Filippo Liotta (cur.), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Monduzzi Editore, Bologna, 2007, vol. 2, pp. 398-399. Sul punto di veda Hood Philips, «*A Constitutional Myth: Separation of Power*», *The Law Quarterly Review*, 1977, pp. 11 ss.

<sup>82</sup> Tutti i discorsi parlamentari tenuti alle Camere francesi, che qui (e di seguito) sono riportati (a partire dal 1787 fino al 1860) sono tratti dagli *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, in Jérôme Mavidal, Emile Laurent (cur.), *Is. 1787-1799, IIs. 1800-1860*, Paris, Dupont (ora CNRS), 1862-2000.

<sup>83</sup> Sulla genesi storica dell'istituto del *référé législatif* si veda Paolo Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 1 ss.

<sup>84</sup> Seduta del 25 maggio 1790.

stesso Chabroux propone poi l'espressione «Conseil national pour la conservation des lois». Alla fine rimane il nome *Tribunal de cassation*, di cui però se ne specificano le funzioni: «sans aucun prétexte et dans aucun cas ... ne pourra connaître du fond des questions»; nasce qui la formula processuale della Cassazione che non giudica mai sul merito<sup>85</sup>. Tale organo deve annullare ogni sentenza affetta da «contravention expresse *au texte de la loi*»: in pratica, siamo innanzi alla versione aggiornata della formula pronunciata secoli addietro da D. Modestino, per cui «expressim sententia contra iuris rigorem data»<sup>86</sup>. Ecco in estrema sintesi la nuova procedura, così come messa a punto dai costituenti del 1791: il caso ritorna al giudice che ha emesso la sentenza poi annullata dal *Tribunal de cassation*; se il nuovo giudizio è conforme a quello che è stato cassato, si ripete l'annullamento; al terzo annullamento s'investe l'Assemblea della questione, affinché emani «un décret déclaratoire de la loi».

Accanto a quello obbligatorio, è previsto anche l'istituto del *référé facultatif*: «l'aggettivo lo distingue dalla richiesta d'interpretazione autentica, dopo due annullamenti consecutivi». Questo istituto dura quattordici anni sulla carta, ma in realtà «quel supremo consesso li rifiuta quasi tutti, postulando che il testo de quo sia "clair et précis"; né il legislatore risponde»<sup>87</sup>.

Come si vede il sistema consentiva al corpo legislativo di «trasformarsi in giudice»<sup>88</sup>: una vera e propria forma di ingerenza del legislativo nell'amministrazione della giustizia. Una violazione palese del principio di separazione dei poteri: infatti, «Cette institution du référé législatif, établie sous le prétexte de maintenir la séparation des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire», paradossalmente «manquait totalement son but, et, en réalité, sacrifiant le second de ces pouvoirs au premier, en confiant à un corps légiférant la mission de statuer sur un litige particulier, que sa nature réservait à l'autorité judiciaire»<sup>89</sup>.

Il *référé législatif* è abrogato tacitamente per una prima volta con l'entrata in vigore del *Code Napoléon 1804*: sia chiara o no, il giudice ha il dovere di applicare la legge come meglio vi riesce (art. 4)<sup>90</sup>. Va tuttavia detto che, sotto i

---

<sup>85</sup> Franco Cordero, *Procedura penale, op. cit.*, pp. 1113 ss.

<sup>86</sup> «Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. Unde potest causa ab initio agitari.»; *Modestinus libro singulari de enucleatis casibus*, in Paulus Mommsen, Paulus Krüger, *Corpus Iuris Civilis*, Berlin, 1954, reperibile in [www.fh.augsburg.de](http://www.fh.augsburg.de).

<sup>87</sup> Franco Cordero, *Procedura penale, op. cit.*, p. 1115.

<sup>88</sup> Piero Calamandrei, *La Cassazione civile. Storia delle legislazioni*, Bocca, Milano-Roma-Torino, 1929, p. 435.

<sup>89</sup> François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Lgdj, Paris, 1899, p. 87; Michel Troper, *La séparation des pouvoirs dans l'histoire constitutionnelle française*, Lgdj, Paris, 1980, 68: «le système du référé permettait à l'organe législatif de s'immiscer dans la fonction juridictionnelle et faisait même de lui le supérieure des tribunaux». Si veda anche Ernest Faye, *La Cour de Cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence de la procédure observé en matière civil suivi du Code des Lois, Décrets, Ordonnance et Règlements*, La Mémoire du droit, Paris, 1999, pp. 68 ss.

<sup>90</sup> «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Su punto Heinz

colpi della prassi giudiziale, la metamorfosi comincia ad intravedersi con la Costituzione del 3-14 settembre 1791: l'iniziale formula «contravention expresse au texte de la loi», in tal caso diventa semplicemente «contravention à la loi»<sup>91</sup>. E già in questa variante v'è la consapevolezza che, in ultima analisi, la norma sia uno dei possibili significati attribuibili al testo. In tutti i casi, come anticipato, l'illusoria idea per cui sui testi legislativi non *fiat interpretatio* è affossata dall'art. 4 del *Code Napoléon*, e con questo decadono anche le annesse fobie anti-*jurisprudence* di Robespierre e dei suoi epigoni. Ma l'esperienza del *référé législatif* non si esaurisce nel 1804. Nella legge 16 settembre 1807 l'istituto riappare in una variante burocratica: al secondo ricorso, determinato dall'annullamento della sentenza da parte della Cassazione, la Corte può chiedere al Consiglio di Stato una lettura autentica della legge, «dans la forme des règlements d'administration publique». Il responso vale *erga omnes*, altrimenti è la stessa Cassazione a decidere a sezioni unite, integrata per l'occasione dal Guardasigilli. Ancora una volta si opera una cospicua stortura del principio della separazione dei poteri: se prima era il Legislativo a "trasformarsi in giudice" (per usare l'espressione di Piero Calamandrei), ora invece è l'Esecutivo che prima legifera e poi giudica.

Un ulteriore passaggio lo ritroviamo nella legge del 30 luglio 1828. Ora la *Cour de cassation* giudica a pieni ranghi sul secondo ricorso; se il giudizio dovesse essere ancora una volta cassato, la Cassazione rinvia l'affare ad una Corte regia (art. 2). La sentenza di quest'ultima, conforme o no alla massima dell'*arrêt* della *Cassation*, non può essere più revocata: i giudici del Supremo consesso possono solo dolersene di fronte al Re il quale, se lo ritiene opportuno, propone al Parlamento una legge interpretativa. In caso di voto favorevole, tale legge definisce il punto controverso, ma vale solo per le cause future, senza alcun effetto *sur la chose jugée*.

Il conflitto, che ha visto contrapposti coloro che vogliono un giudice che non giudichi, ridotto a controllore della fedeltà al testo legislativo, e l'organo giudiziale, che invece sviluppa chiare funzioni giurisdicenti, continua anche dopo il 1828. Alla fine s'impone la prassi. La legge 1 aprile 1837 (art. 29) affida l'intero metabolismo giurisprudenziale alla Corte di cassazione: è ammessa una decisione del giudice difforme dalla massima in base alla quale la *Cour de cassation* ha annullato la sentenza, ma dopo il secondo annullamento quel giudice deve conformarsi «à la décision ... sur le point de droit». Ed è così che nasce «le troisième degré de jurisdiction». Spariscono i *référés*. Alcuni se ne lamentano, evocando le atmosfere del 1790: la Corte di cassazione si pone al «dehors du pouvoir judiciaire»; i giudici di questo consesso, «sortant de la souveraineté qui leur est propre, ... attentent à celle de la loi»<sup>92</sup>. In ogni modo, il

---

Mohnhaupt, *Il divieto del diniego di giustizia nell'articolo 4 del Code civil come emancipazione del giudice*, *Giornale di storia costituzionale*, 14/2007, n. 2, pp. 43 ss.

<sup>91</sup> Cost. francese 3-14 settembre 1791, Tit. III, cap. V, art. 20: «En matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond des affaires; mais après avoir cassé le jugement qui aura été rendu sur une procédure dans laquelle les formes auront été violées, ou qui contiendra une contravention expresse à la loi, il renverra le fond du procès au tribunal qui doit en connaître».

<sup>92</sup> Alexandre Simon Pataille, intervento alla seduta dell'Assemblea nazionale, 30 marzo 1837.

potere del corpo legislativo non è più assoluto: non resta che prenderne atto; la norma effettiva viene fuori anche con il concorso dei tribunali, mediante la quotidiana fatica della giurisprudenza.

La travagliata vicenda del *référé législatif* dimostra che anche i testi legislativi più chiari devono passare dall'alambiccato interpretativo. Dato un testo normativo, il lettore stabilisce cosa significhi: il senso in cui lo intende è la norma. A un testo corrispondono tante norme quanti sono i lettori dissidenti. In altre parole, la norma è una variabile del significato del testo, e l'opera dei vertici del potere giudiziale serve ad imporre, per quanto possibile, una lettura uniforme dell'ordinamento. Si spiega quindi il perché in epoca contemporanea l'applicazione/interpretazione<sup>93</sup> della Costituzione da parte di organi abilitati risulta di fondamentale importanza per il complessivo assetto istituzionale: in particolare, per quel rapporto dialettico che in uno Stato costituzionale, versione aggiornata dello Stato di diritto<sup>94</sup>, si istaura tra il potere legislativo e quello che, in lingua giuridica, è spesso definito come il giudice delle leggi.

## II. LO SPAZIO SEMANTICO DEGLI ENUNCIATI DELLA COSTITUZIONE

La vicenda francese dei *référés législatifs* risulta oltremodo importante poiché dimostra come la funzione giurisdizionale sia anche legata alle possibilità "creative" insite nell'attività d'interpretazione del testo. Assunto valido per ogni sistema in cui vige lo Stato costituzionale di diritto, ma che acquista un particolare significato in «quel giardino di Lady Norwood» che è l'Europa, ove s'assiste al "sorgere" continuo di «diritti d'ogni specie e d'ogni qualità»<sup>95</sup>: se è infatti vero che a livello dei singoli Stati nazionali cresce la tendenza ad una loro costituzionalizzazione, non si può negare che la novità più saliente del costituzionalismo contemporaneo si concretizza in una progressiva sovranazionalizzazione e giustiziabilità dei diritti umani fondamentali<sup>96</sup>. Il che

---

<sup>93</sup> Sul nesso di «inseparabilità tra applicazione e interpretazione» Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., pp. 161 ss. Cfr. Riccardo Guastini, *Sostiene Baldassarre*, secondo cui «l'interpretazione del diritto è atto di conoscenza (non di volontà), la sua applicazione è [invece] attività logico-deduttiva», in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), p. 1 del *Paper*. Sul punto si veda Vezio Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 39 ss. Mario Dogliani, "Interpretazione", in Sabino Cassese (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3179 ss.

<sup>94</sup> Sulla genesi storica dello Stato costituzionale Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op. cit., 46 ss.; Paolo Ridola, *Diritto di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 26 ss.; Louis Favoreu. "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit", *Rev. fr. dr. const.*, 1990, pp. 45 ss.: «l'idée de réalisation de l'État de droit domine le droit constitutionnel moderne» (p. 79). Questo si spiega con il fatto che il diritto costituzionale, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, ha subito, soprattutto in Europa, un sostanziale mutamento: «aujourd'hui c'est l'intérêt des individus, et donc l'État de droit, qui est pris par compte dans le droit constitutionnel moderne et plus seulement l'organisation des pouvoirs» (p. 45). Cambia così il modo di concepire il *pouvoir des gouvernants*: «car reconnaître constitutionnellement des droits et libertés aux individus a pour conséquence une sérieuse limitation des pouvoirs des gouvernants. Ceux-ci n'ont pas seulement à respecter des règles de forme et de procédure mais aussi des règles de fond ou droit substantielle» (p. 77).

<sup>95</sup> Mario Patrono, *I diritti dell'Uomo nel Paese d'Europa*, CEDAM, Padova, 2000, p. 3 ss.

<sup>96</sup> Quanto al nesso fra costituzionalismo contemporaneo e diritti fondamentali, come è stato giustamente affermato, «messe da parte le opzioni, con la grande validità storica,

coincide con due fenomeni tra loro strettamente connessi: *l'europeizzazione* degli ordini costituzionali nazionali; la *costituzionalizzazione* del diritto comunitario-europeo, la sua integrazione nei singoli ordinamenti statali<sup>97</sup>. Tutto ciò concretizza la formula del «costituzionalismo transnazionale» europeo<sup>98</sup> che, a partire dal secondo dopoguerra, pur affermando la sua autonomia, si alimenta nondimeno presso le fonti normative dei singoli Paesi che lo compongono<sup>99</sup>.

Solo in apparenza contrastanti, nella dimensione normativa europea queste dinamiche “costituzionali” si ricompongono in un unico disegno improntato al principio del carattere prioritario del valore della persona, e al riconoscimento di una larga sfera di diritti e di garanzie che ne assicurino una piena realizzazione. Nelle Costituzioni nazionali si garantiscono i diritti fondamentali, variamente declinati, e la partecipazione (diretta o indiretta) al potere politico. Nella dimensione sovrastatale europea emergono invece le molteplici soluzioni organizzative tese innanzitutto a limitare il potere – anche e soprattutto degli Stati –, in modo da rafforzare la tutela dei suddetti diritti. Ed è «proprio al fine di assicurare la garanzia, assicurandone la “giustiziabilità”» che, «d’altro canto, si formano organizzazioni tali da esprimere istanze giurisdizionali idonee a garantire l’effettività di tutela di quei diritti o, almeno, reazioni giuridicamente rilevanti in caso di loro violazione»<sup>100</sup>. In questo contesto s’assiste infatti ad un crescente pluralismo istituzionale, nell’affermazione della solidarietà dei cittadini europei e nel funzionamento del principio di sussidiarietà, che opera non solo con riferimento ai rapporti tra le istituzioni periferiche e quelle accentrate, ma

---

giusnaturalistiche e contrattualistiche (ed ad un tempo emancipandosi dal carico di suggestioni ontologiche implicite nelle teorizzazioni di diritti inviolabili come *a priori* storico materiali), il costituzionalismo contemporaneo individua piuttosto il fondamento delle anteriorità dei diritti ora come “condizioni di possibilità” ed *a priori* logico-positivi della democrazia pluralistica, ora come deduzione necessitata dall’indipendenza naturale dell’individuo e implicazione assiomatica della libertà negativa»; Luigi Volpe, “Summary ending: verso la forma devoluta dello Stato costituzionale?”, in Alessandro Torre (cur.), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all’Europa)*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 1172.

<sup>97</sup> Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, Coll. Thémis, 2004, pp. 282 ss. Un processo che, a bene vedere, si riverbera anche a livello globale nel «“Transjudicial” or “constitutional dialogue”». Infatti, come afferma Maria Rosaria Ferrarese (“When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism”, *Global Jurist*, 2009, vol. 9, Issue, Frontiers 1, Article 2, spec. p. 4), «“Transjudicial” or “constitutional dialogue” was born as a practice to become a sort of legal doctrine that, in the last decade, has been inspiring more and more courts and judges around the world, particularly when those are dealing with fundamental and human rights».

<sup>98</sup> Dian Schefold, “Un potere costituente europeo?”, in Lucio Lanfranchi (cur.), *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2004, pp. 143 ss.

<sup>99</sup> Basti pensare al concetto di “patrimonio costituzionale comune ai Paesi membri”, così come elaborato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee e, conseguentemente, “codificato” dal legislatore dei Trattati, in primis con l’art. 6 del Trattato che istituisce l’Unione europea (TUE). Sul punto, consapevoli che la letteratura è piuttosto varia, si veda per tutti Enzo Cannizzaro, “Il pluralismo dell’ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, n. 31, Tomo I, pp. 245 ss., spec. p. 249.

<sup>100</sup> Giorgio Lombardi, *Fondamento dei diritti e forme sovranazionali di tutela*, in Silvano Labriola (cur.), *Ripensare lo Stato. Atti del Convegno di Studi. Napoli, 22-23 marzo 2002*, op. cit., pp. 355 ss.

che, in sede costituzionale – «sussidiarietà costituzionale»<sup>101</sup>, appunto –, si riverbera anche nella protezione multilivello dei diritti fondamentali<sup>102</sup>.

Una costante positivizzazione, internazionalizzazione<sup>103</sup> e, in molti casi, sovrapposizione di diritti<sup>104</sup> caratterizza insomma questo processo<sup>105</sup>: tutti o quasi i membri dell'Unione europea hanno una Costituzione, una o più Carte dei diritti; hanno sottoscritto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nonché numerosi patti internazionali della medesima natura. Il paradigma della sovranità comincia così a subire varianti che via via lo estenuano fino a renderlo irriconoscibile, e il costituzionalismo, che durante le guerre e le dittature della prima metà del Novecento ha subito una plateale regressione a favore dei regimi totalitari, rinasce e si rigenera nella seconda metà del secolo. Il che incide anche, e in modo massiccio, sugli assetti istituzionali interni e, soprattutto, sul ruolo delle giurisdizioni apicali, chiamate innanzitutto ad applicare le Carte costituzionali. Il rafforzamento del giudiziario è strettamente connesso con: 1) il carattere sovraordinato e rigido delle Costituzioni; 2) il maggiore "spazio" semantico offerto dagli enunciati che compongono le medesime Carte costituzionali.

Quanto al primo punto, le disposizioni costituzionali si distinguono dalle altre norme perché le prime determinano la validità delle seconde, senza che un'altra norma giuridica, facente parte del medesimo sistema, determini la validità della Costituzione<sup>106</sup>: la validità dell'insieme delle disposizioni costituzionali non può

---

<sup>101</sup> Principio «costituzionalizzato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», art. 52.3 (Sabino Cassese, *La crisi dello Stato*, op. cit., p. 126), che riflette i contenuti normativi dell'art. 53 CEDU.

<sup>102</sup> Su questa "importante" questione si veda Carmela Decaro, "Federalismo e sovranazionalità nella dimensione europea", in Atti del Convegno su *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Roma, Campidoglio – Sala Orazi e Curiazi, 13-15 novembre 2008, in corso di pubblicazione. Ringrazio la Prof.ssa Carmela Decaro per avermi dato la possibilità di leggere in anteprima il suo saggio, da cui ho tratto numerosi "consigli" e/o stimoli nella fase di elaborazione e redazione del presente lavoro.

<sup>103</sup> Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 67 ss.

<sup>104</sup> Come osserva Stefano Rodotà, non si può parlare di mero sovrappiombamento perché, anzi, in tal caso la specificazione di questi diritti non è mai un difetto, se serve a conferire maggiore chiarezza nella loro applicazione; Stefano Rodotà, "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", Riv. crit. dir. priv., pp. 584 ss.

<sup>105</sup> Un processo «attraverso il quale i diritti dell'uomo hanno abbandonato il terreno meramente giusnaturalistico per radicarsi nel diritto internazionale prima ancora che in quello interno, avvicinando nuovamente lo studio del diritto costituzionale ad un modello garantista o neoguarantista, applicabile a tutti e in via generale, essendo composto di norme "sopranazionali"»; Antonio Reposo, "Il diritto costituzionale come scienza debole", in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, op. cit., p. 1869.

<sup>106</sup> Pertanto, la «specificità dell'interpretazione costituzionale sta proprio nel fatto che la Costituzione si colloca al vertice del sistema, fonda e non è fondata (in senso giuridico), abbraccia tutto l'ordinamento e non qualche parte di esso, cosicché da questa sua collocazione discendono alcuni problemi specifici che non emergono o non hanno neppure senso in altri (ad esempio, la questione se vi sono limiti invalicabili alla revisione costituzionale)»; Giuseppe Ugo Rescigno, "Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico", in *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 26-27. Si veda anche Alessandro Pizzorusso, "Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo", in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it); Otto Pfersmann, "La constitution comme norme", in L. Favoreu (cur.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 50 ss., spec., *La définition de la constitution*, pp. 68 ss.

che essere postulata o supposta. Donde il requisito che investe la Carta costituzionale, la quale si presenta come norma suprema dello Stato e che, secondo alcuni, non può, «sans une contradiction qui serait fatale à sa propre suprématie, affirmer la suprématie d'une autre norme qu'elle même»<sup>107</sup>. In termini di gerarchia delle fonti, le norme costituzionali sono così collocate al gradino più alto della scala, in quell'area del "territorio" ai confini dell'ordinamento oltre il quale v'è la dimensione metacostituzionale del diritto, cioè a dire quel mondo fluido dei "valori" metapositivi. Quando, infatti, nello studio dei fenomeni normativi l'analista incontra la Costituzione non può fare a meno di considerarla come il più politico dei documenti giuridici, e il più giuridico dei documenti politici.

Tuttavia, intesa in senso assiologico, e non meramente strutturale<sup>108</sup>, la Costituzione si qualifica anche per l'aderenza a un modello extrapositivo, quale è quello espresso dal costituzionalismo. In questo caso, per un ordinamento "essere in possesso di una Costituzione" significa inglobare al vertice del sistema normativo i valori, le procedure e gli equilibri istituzionali dell'archetipo costituzionalistico: un paradigma che, mercé il diritto, tende ad affermare Carte costituzionali "rigide", concepite sulla base dei diritti e delle libertà fondamentali, con tutto il loro carico di proiezioni antiassolutistiche. Le disposizioni costituzionali possono così essere definite come dei "vettori": servono a veicolare i valori, ispirati dal costituzionalismo, dal mondo fluido meta-extra-giuridico che li caratterizzano a quello positivo dell'ordinamento. Valori che con la Carta costituzionale diventano pertanto giuridicamente riconoscibili<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 283.

<sup>108</sup> Sul punto Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, op. cit.*, Tomo 1, Parte III, cap. XII, par. 12.4, *Struttura e contenuti delle costituzioni*, pp. 859 ss. Sotto quest'aspetto emerge infatti una particolare nozione di Costituzione, intesa sotto due differenti accezioni: strutturale e assiologica. Storicamente, la nozione strutturale di costituzione è sovente coincisa con una di tipo assiologico: ponendosi al vertice dei sistemi giuridici, le costituzioni rafforzano la loro capacità di limitare e vincolare i pubblici poteri regolandone, per esempio, la suddivisione delle competenze fra i diversi organi-poteri statuali – *checks and balances* –, nonché la reciproca separazione – *principio di separazione dei poteri*; sia essa una separazione di tipo orizzontale (*separazione funzionale tra i poteri*) che una di tipo verticale (*federalismo*). In tutti i casi, l'obiettivo precipuo del costituzionalismo resta quello della convivenza pacifica: ciò implica, per un verso, il mantenimento della sicurezza e, per l'altro, la tutela e la garanzia di una serie, più o meno ampia, di diritti fondamentali. In altre parole, le norme che stabiliscono la rappresentanza politica, la divisione e la separazione dei poteri, la pace e il rispetto dei diritti fondamentali, in tanto hanno forza vincolante, e capacità garantista, in quanto sono norme costituzionali; norme di grado sopraordinato a qualunque altra disposizione giuridica. Tuttavia, il legame tra queste due nozioni di costituzione si ferma qui: non è detto che le disposizioni contenute in un documento formalmente costituzionale coincidano sempre e comunque con la materiale affermazione di altrettanti principi e/o diritti fondamentali. Gli esempi forniti dall'esperienza storica confortano quest'ultimo assunto. Basti pensare alla Spagna franchista: in questo contesto normativo esistevano tutta una serie di norme qualificabili come costituzionali sulla base di una nozione strutturale di costituzione; ma non si può certo dire che quella Costituzione, e quel regime, fossero informate sul modello dello Stato costituzionale e di diritto.

<sup>109</sup> Sul punto Alessandro Pace, "*Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*", [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2003, pp. 13 ss.; Alessandro Pace, "*Costituzioni rigide e flessibili*", *Dir. pubbl.*, 2000, pp. 348 ss.; Alessandro Pace, "*Metodi interpretativi e costituzionalismo*", *Quad. cost.*, 2001, pp. 35 ss., spec. p. 37; Franco Pizzetti, "*L'ordinamento costituzionale per valori*", *Dir. eccl.*, 1995, pp. 69 ss., spec. p. 85; Francesco Bilancia, "*Emergenza, interpretazione*"

Tutto ciò pone l'accento sul carattere ideologico, generale e indeterminato degli enunciati che compongono queste Carte: a differenza di quelli più tecnici – ossia più chiaramente articolati e con un contenuto meglio determinato e preciso –, «in ragione della più elevata carica di politicità»<sup>110</sup>, conferiscono alle disposizioni ivi contenute minori indicazioni circa il loro significato e, di conseguenza, la loro applicazione al caso concreto. Nelle disposizioni costituzionali sono maggiori le variabili del significato del testo.

Insomma, con la Costituzione lo spazio semantico dei suoi enunciati sovente s'allarga, e con esso le possibilità "creative" per l'interprete. Nel testo covano maggiori sensi normativi. L'opera d'applicazione della disposizione costituzionale si apre, dunque, ad una maggiore discrezionalità. Il che spiega la crescente importanza assunta in questi regimi dal giudice costituzionale (o comunque apicale) che, a differenza di quanto predicato da Robespierre e dai suoi epigoni, diventa uno dei più importanti assi istituzionali su cui ruota l'intera macchina normativa, e non solo statutale.

E non è infatti un caso se molti studiosi, guardando al ruolo e alle funzioni del giudice costituzionale, s'interrogano sul "senso" da attribuire oggi al principio della separazione dei poteri, che, per le ragioni suesposte, non può prescindere dalla questione relativa all'interpretazione giuridica, e in particolare quella che coinvolge le Costituzioni e le relative giurisdizioni. Sotto questo profilo, tra le elaborazioni teoriche più note v'è quella che prende il nome di giusrealismo radicale<sup>111</sup>. Nata in America nella prima metà del Novecento, essa

---

*per valori e certezza del diritto*", in *Giur. cost.*, 1993, pp. 3036 ss.; Francesco Rimoli, "Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazioni per valori", *Giur. cost.*, 1992, pp. 3770 ss.

<sup>110</sup> Tale da far giustamente rilevare che «l'insufficienza d'interpretazione meramente letterale appare ancora più palese che non per altre categorie di norme»; Costantino Mortati, "Costituzione (Dottrine generali)", *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 181; cfr. anche Antonio Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2007, pp. 7 ss.: «In realtà, la costituzione ha un contenuto "politico" nel senso specifico che determina la forma politica dello Stato, la forma della "polis". Ma in tal senso, poiché presuppone che una certa forma politica sia stabilita, la costituzione non può essere indeterminata o, addirittura, priva di significato (se pure di un significato intenzionale). Anzi, in quanto volta a tale scopo, si presume, al contrario, che la costituzione sia un insieme di norme sistematicamente correlate al fine di significare la forma politica che intende realizzare e far funzionare».

<sup>111</sup> Le origini risalgono all'opera del 1909 dell'americano John Chipman Gray (*The Nature and Sources of Law*, Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 1909) per il quale «it is only words that legislature utters; it is for the courts to say what those words mean; that is, it is for them to interpret legislative acts; undoubtedly, there are limits upon their power of interpretation, but these limits are ... undefined» (p. 79). Nello stesso filone culturale s'inserisce Alf Ross (*On Law and Justice*, 1958, trad. it. a cura di Giacomo Gavazzi, *Diritto e Giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 127 ss.), per il quale le disposizioni legislative sono quasi sempre equivoche o indeterminate: perciò, è quasi sempre il giudice a stabilire cosa esse significhino. Alcuni sostengono (in particolare R. Guastini, "Ross sul diritto giurisprudenziale", in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (cur.), *Analisi e diritto 2002-2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 124 ss.) che quella di Ross fosse in realtà una forma di giusrealismo più sfumata molto più vicina alla teoria della "cornice" di Kelsen, che a sua volta era rintracciabile nelle forme di cosiddetto giusrealismo moderato. In ogni caso, Hans Kelsen si occupò della teoria di John Chipman Gray in una delle sue opere più importanti (*General Theory of Law and State*, Harvard

trova ora, e proprio in Francia, nuovi stimoli teorici con la nota *Théorie réaliste de l'interprétation (TRI)*, che vede in Michel Troper uno dei suoi più autorevoli esponenti e ispiratori.

### **1. La *Théorie réaliste de l'interprétation (TRI)*: “una nuova scienza del diritto”**

Gli enunciati che compongono la Costituzione – ma vale anche per le leggi, i regolamenti e le altre categorie di norme astratte e generali – non possono mai acquistare uno statuto scientifico. Frutto di un discorso meramente ideologico, essi possono tutto al più costituire l'oggetto di una scienza della dogmatica giuridica. E questo perché la scienza del diritto non riesce ad evidenziare con la medesima efficacia la fondamentale importanza dell'«*interprétation authentique*»<sup>112</sup> dei testi normativi. In questo caso, per interpretazione autentica non s'intende quella del legislatore ordinario o costituzionale, come ritenevano i costituenti del 1790. Si tratta, invece, della decisione del giudice. Non tutti però gli organi appartenenti al giudiziario possono emettere un'interpretazione autentica, bensì solo quelli «*statuant en dernier ressort*»<sup>113</sup>. In tal caso, la decisione del giudice è l'unica capace di produrre degli effetti giuridici permanenti: «*parce qu'elle est créatrice d'une norme générale, qui est la signification du texte à appliquer*»<sup>114</sup>. Ad affermarlo è proprio Troper che, come si accennava, può ben essere considerato come il fondatore della *Théorie réaliste de l'interprétation*: «*une science du droit conçue sur le modèle des sciences empiriques*», dove l'oggetto d'indagine è la norma. Nel caso della *TRI*, però, la norma non è concepita nei termini di un *dover-essere*: essa è invece empiricamente desunta dal fatto normativo, ovvero dall'*effetto pratico* determinato dall'interpretazione del giudice. E «*ce fait reste un fait spécifique*»: la *TRI* serve pertanto a descrivere «*les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés*»<sup>115</sup>.

Questi, dunque, i presupposti metodologici, dai quali la *TRI* sviluppa l'analisi sui fenomeni normativi e sui concetti basilari ad essi collegati, tra cui troviamo la sovranità, la democrazia, la separazione dei poteri e, soprattutto, il ruolo della giustizia costituzionale<sup>116</sup>.

---

University Press, Cambridge-Mass, 1945, trad. it. a cura di Sergio Cotta, Giuseppino Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni Comunità, Milano, 1952), affermando che questa tesi è sostanzialmente in errore, «*allorché ritiene che il diritto viene creato soltanto dai tribunali. Soprattutto se si intende il rapporto dinamico fra la sentenza e la legislazione, diventa impossibile spiegare perché soltanto quella, ma non questa, dovrebbe rappresentare il diritto*». Ma, lo stesso Kelsen, poche parole più in là, ammette che la tesi di Gray comunque dà un importante contributo «*verso una comprensione più approfondita della struttura del diritto. Il passo successivo deve portare alla conoscenza intima della struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico*» (Hans Kelsen, *Teoria generale*, cit., pp. 156 ss.).

<sup>112</sup> Michel Troper, *Pour une Théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, p. 90.

<sup>113</sup> Ivi, p. 91.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> Michel Troper, "Réplique à Otto Pfersmann", *Rev. fr. dr. const.*, 2001, p. 353.

<sup>116</sup> Sull'interpretazione costituzionale si veda Riccardo Guastini, "Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale", *Giur. cost.*, 2006, pp. 743 ss., spec. 768-775; Riccardo Guastini, "Ancora sull'interpretazione costituzionale", *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 457 ss.

## 1.1. La TRI e l'interpretazione autentica

La TRI afferma che i giudici creano diritto o, meglio, che «la jurisprudence est ... une source de droit»<sup>117</sup>. Si precisa però che non sono solo i giudici a creare diritto: «il y a aussi bien d'autres autorités ayant la compétence pour donner des interprétations authentiques. Celles qui, bien que non juridictionnelles, peuvent donner une interprétation incontestable devant une juridiction quelconque»<sup>118</sup>. E se si accettano le premesse di un tale discorso, si dovrà aggiungere che anche le decisioni *de facto* non contestate, sebbene astrattamente contestabili, debbono essere ugualmente considerate come *authentiques*: «dès lors que l'interprétation est soustraite tout contrôle et qu'elle a une caractère authentique, la norme que'elle conduit à poser est la seule efficace et valable»<sup>119</sup>. Di conseguenza, per quanto riguarda il diritto costituzionale, «toutes les autorités chargées d'appliquer la Constitution l'interprètent et la recréent de concert»<sup>120</sup>. Cosicché, conformemente alla celebre definizione kelseniana, «une norme n'est pas d'autre chose que la signification d'un acte humaine, et si l'activité de l'interprète consiste à déterminer la signification d'un énoncé, c'est bien lui qui détermine la norme réputée contenue dans le texte qu'il interprète»<sup>121</sup>.

A parte la terminologia utilizzata, su cui da taluni ambienti si sono sollevate critiche<sup>122</sup>, fino a questo punto dalla TRI non sembra emerga nulla di particolarmente problematico. L'Autore ha affermato solo che la norma è una variabile del significato del testo, e che in dati limiti la scelta del giudice (*en dernier ressort*) non ammette un vaglio critico che la qualifichi come giuridicamente sbagliata. Ai fini della valutazione dell'operato del giudice risultano infatti poco interessanti la tensione psichica dei giudicanti e simili questioni. Può anche darsi che, dopo sforzi estenuanti e un lavoro rigorosamente impeccabile, abbiano scelto male e viceversa, secondo i canoni

---

<sup>117</sup> Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 171.

<sup>118</sup> Ivi, p. 80.

<sup>119</sup> Michel Troper, *Pour une Théorie juridique*, *op.cit.*, p. 305.

<sup>120</sup> Michel Troper, *Pour une Théorie juridique*, *op.cit.*, p. 313. Il carattere specifico dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali sta nel fatto che «celles qui interprètent la constitution disposent de tels moyens d'action, de sorte que chacune d'elles doit tenir compte non seulement des interprétations des autres, mais aussi de ses réactions»; Michel Troper, "L'interprétation constitutionnelle", in Ferdinand Mélin-Soucramanien (cur.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 19.

<sup>121</sup> Michel Troper, "L'interprétation constitutionnelle", *op. cit.*, p. 22.

<sup>122</sup> Mauro Barberis, ad esempio, afferma che la teoria giusrealista (nelle sue variabili "moderata" e "scettica") è animata soprattutto dal tentativo di rilevare e, eventualmente, risolvere il «dilemma fra dottrina della separazione dei poteri (in senso stretto) – il giudice non deve partecipare alla creazione di diritto – ... » e quello che al contrario si registra nella maggior parte degli Stati liberal-democratici, per cui «il giudice non può non partecipare a tale creazione». Ora, secondo Barberis per capire se la teoria sia giusta o meno – se vi sia o no un «dilemma da risolvere» e, in caso di risposta positiva, se questo sia o no risolvibile –, «dipende in gran parte dalla formulazione ... del senso del termine 'creazione'». Anche se, vale la pena precisare, che in tal caso «non ci si farà l'illusione, tipica degli analisti del linguaggio, che questa specificazione basti a risolvere il dilemma fondamentale: questo è problema non solo conoscitivo (analitico), ma anche normativo (etico), e richiede pure una soluzione normativa»; Mauro Barberis, "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione", in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

valutativi di un altro soggetto. Giudizio, quest'ultimo, che può risultare importante o meno. Tutto però dipende dall'efficacia giuridica della conclusione dissenziente. Quella del semplice spettatore lascia il tempo che trova.

Niente insomma che non sia già emerso dalla vicenda dei *référés législatifs*, nei termini stabiliti dall'art. 12 del decreto 16 agosto 1790, in cui si afferma che i giudici "devono" riferire al legislatore ogniqualvolta «qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi». Con tale formula i costituenti "credevano" di poter collocare il contenuto (astratto e generale) della legge su un piano di pura oggettività. Ma, come abbiamo osservato, era solo una mera illusione di sapore giusrazionalista<sup>123</sup>. Una volta che il giudice ha stabilito che il testo è *clair et précis* rimane difficile, in molti casi impossibile, capire se lo abbia fatto mentendo o sbagliando. È questione che resta al di qua del verificabile. In breve, è sempre il giudicante a «déterminer la signification d'un énoncé». Assunto per molti versi ovvio, ma il fatto che costi fatica accettarlo dimostra quanto possano essere incarnate ancor oggi, e a tutti i livelli, le abitudini del discorso metafisico.

Si pensi ad una sortita dell'ex maggioranza di Governo al Parlamento italiano di due legislature or sono: nel «Disegno di legge di delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario», tra i principi e i criteri direttivi a cui il Governo doveva attenersi v'era uno nel quale si dichiarava che «costituiscono illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni» giudiziarie le «attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia[no] contro la lettera e la volontà della legge o abbia[no] contenuto creativo»<sup>124</sup>. È interessante notare che il Ddl di cui si parla (n. 2296) è stato approvato dalla Commissione giustizia del Senato il 25 settembre 2003: ben lontani, dunque, dal 1790 e dalle fobiche atmosfere dei *référés*.

Sotto questo profilo, la tesi giusrealista dell'interpretazione sembra pertanto fin qui sostenuta da un discorso nel complesso chiaro e corretto. Ma bastano poche parole per far sì che il ragionamento cominci a declinare verso quello che i fautori di questa scuola definiscono un «empirisme générale [e un] empirisme sémantique»<sup>125</sup>: questi caratteri, se da un lato, costituiscono le fondamenta

---

<sup>123</sup> Eccone un esempio nelle parole di Cesare Beccaria (*"Dei delitti e delle pene"*, stampato per la prima volta a Livorno nel 1764, ora in *Cesare Beccaria e i riformatori lombardi piemontesi e toscani*, Biblioteca Treccani, Padova, 2006, p. 29), il quale vede nell'«interpretazione delle leggi un male»; anche se poi si ammette che «l'esserne l'oscurità [della legge] trascina seco necessariamente l'interpretazione». Allo stesso modo si esprime l'amico Pietro Verri (*"Sull'interpretazione delle leggi"*, Il caffè 1765-1766, ora nella ristampa, Bollati Boringhieri, Torino, 1960, p. 486): «... si proibisca al giudice l'interpretar la legge; ... eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione della lettera. ... "interpretare" vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e indagare cosa il legislatore avrebbe verosimilmente deciso nel tale o tal altro caso, su cui non parla chiaramente la legge. "Interpretare" significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e più è la misura della facoltà legislatrice, che si arroga il giudice».

<sup>124</sup> Art. 7, lettera C, numero 7; sulla vicenda si veda Roberto Romboli, *"Su progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario"*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 388 ss.; M. Cavino, *Attenzione a quello che chiedete! Potreste ottenerlo. Riflessioni sul posto dell'interpretazione giuridica nel progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>125</sup> Si veda Otto Pfersmann, *"Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation"*, *Rev. fr. dr. const.*, 2001, pp. 283 ss.

epistemologiche di tutta la *TRI*, dall'altro, comunicano alcune non trascurabili contraddizioni, sia sul piano teorico che su quello empirico.

La premessa su cui sostanzialmente si fonda la *TRI* riguarda proprio l'attività interpretativa delle disposizioni costituzionali. Questa attività «produit des normes constitutionnelles en attribuant à une disposition de la constitution la signification que telle conduite particulière doit avoir lieu. Mais elle attribue également à cette disposition la signification non seulement de contenir, mais "d'être" une norme constitutionnelle, indépendamment donc du point de savoir ce qu'elle prescrit»<sup>126</sup>. Sulla base di questo presupposto, nei passaggi successivi il discorso si caratterizza per un progressivo scivolamento concettuale, fino al punto in cui, in coerenza con la premessa iniziale, dal ragionamento si traggono le estreme e le inevitabili conseguenze: «à vrai dire, la formule "interprète de la constitution" est trompeuse, car elle présuppose que la constitution préexiste à l'interprétation». Si deve, quindi, cercare il diritto solamente nel dispositivo e, soprattutto, nella motivazione della sentenza. E questo vale sia per le norme inferiori che per quelle superiori: «l'interprétation authentique est donc une opération de création du Droit, non seulement dans le moment où elle est un moment du processus de création de la norme inférieure, mais aussi – et même surtout – en tant qu'elle est détermination, création ou "recréation", de la norme supérieure»<sup>127</sup>. In altri termini, il giudice crea, per un verso, la norma che applica e, per l'altro, la norma che è il risultato dell'applicazione. Sparito l'oggetto dell'interpretazione (la Costituzione), non rimane che il soggetto (il giudice)<sup>128</sup>, il quale è così «juridiquement libre de donner n'importe quelle signification à n'importe quel énoncé – ou même à n'importe quel fait – quel que soit sa forme linguistique»<sup>129</sup>.

Per vero, in tempi più recenti la Teoria giusrealista dell'interpretazione ha subito una sorta di evoluzione mediante la *Théorie de contraintes juridiques*<sup>130</sup>, che però non smentisce i pilastri (teorici portanti) della *TRI*, semmai li rafforza. In questo caso, infatti, si sostiene che «il ne faut évidemment pas en conclure que l'interprète fait ou même pourrait faire n'importe quoi»: esistono invero «des contraintes très réelles, qui tiennent tantôt à l'éducation des juges, à l'esprit de modération, aux conditions de travail et notamment au caractère collégial des juridictions, à la possibilité d'actions de la part des autorités politiques». Ma, s'aggiunge subito dopo, questi *contraintes* non sono di natura giuridica<sup>131</sup>: «elles ne s'en distinguent que par la classe de faits à laquelle elles se

---

<sup>126</sup> Michel Troper, *L'interprétation*, op. cit., p. 22.

<sup>127</sup> Michel Troper, *Pour une Théorie juridique*, op. cit., p. 304.

<sup>128</sup> Detto altrimenti, «prima dell'interpretazione, i testi non hanno ancora un significato, ma soltanto attendono di essere interpretati». «Il testo interpretato non ha né può avere altro significato che quello conferitogli dall'autorità competente, anche se in contrasto con tutte le interpretazioni altrui, anche se irragionevole, anche se in contrasto con tutto ciò che si può pensare dell'intenzione dell'autore del testo». M. Troper, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, pp. 478 ss.

<sup>129</sup> Michel Troper, *L'interprétation*, op. cit., p. 14.

<sup>130</sup> Michel Troper, *La théorie du droit*, op. cit., pp. 69 ss.

<sup>131</sup> «Le propre d'une contrainte, qui la distingue d'une obligation susceptible d'être transgressée» è la libertà «ou pouvoir discrétionnaire» de l'attore a «produire des normes ou d'interpréter les énoncés qu'il doit appliquer et ceux qui règlent les modalités de l'exercice de son pouvoir»; Michel Troper, *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., pp. 12-13.

rattachent». Pertanto, nata nel medesimo contesto dottrinale, la *Théorie de contraintes juridiques* non fa che riaffermare la validità dei presupposti metodologici e concettuali della *TRI*, rispondendo così «à certaines des objections suscitées» da quest'ultima «en constitue le prolongement»<sup>132</sup>.

Detto altrimenti, ancorché «certaines de ces contraintes proviennent-elles du système juridique lui-même ... elles doivent être considérées comme des contraintes de fait, parce qu'elles ne sont pas des obligations»: «elles pèsent sur la décision de la même manière que des facteurs socioculturels comme l'éducation, l'origine sociale ou les convictions religieuses ces juges». La *Théorie de contraintes juridiques* serve insomma ad “illuminare” le *ragioni* mediante le quali l'interprete autentico giustifica le sue scelte. Scelte che, tenendo conto dei presupposti che animano la *TRI*, sono idonee a produrre diritto<sup>133</sup>. In breve, «ce sont des contraintes de fait et elles ne limitent pas plus la liberté de l'interprète que l'idéologie ou les pressions politiques ne limite le pouvoir discrétionnaire»<sup>134</sup> del decisore *en dernier ressort*, che rimane comunque libero – “giuridicamente” parlando – di attribuire al testo *n'importe quelle signification*. E ciò sarebbe tanto più vero quanto più si affronta la delicata questione dell'interpretazione/applicazione delle disposizioni costituzionali.

Gli enunciati che compongono la Costituzione sarebbero privi di significato o largamente indeterminati. In questo caso, quello che conta nella determinazione della norma è solo, e soltanto, «l'acte de volonté»<sup>135</sup> dell'*interprète authentique*, indipendentemente dal testo interpretato<sup>136</sup>. Di più, andando avanti

---

<sup>132</sup> Michel Troper, *Réplique*, op. cit., p. 340.

<sup>133</sup> Cfr. Otto Pfersmann, *Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper*, in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (cur.), *Analisi e diritto 2004*, pp. 154 ss., spec. 158 ss.

<sup>134</sup> Michel Troper, *La liberté de L'interprète*, in intervento alla *Journées d'étude su L'Office du juge*, Paris, Palais du Luxembourg, 29-30 settembre 2006, reperibile in [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

<sup>135</sup> Ivi, p. 12.

<sup>136</sup> In una versione moderata, la tesi giusrealista afferma che non tutto il diritto sia creato dai giudici: qui il “realismo” porta ad ammettere «che non vi sono significati prima dell'interpretazione». Con ciò non s'intende «che prima dell'interpretazione i testi normativi siano privi di qualsivoglia significato», bensì che «ogni testo normativo ne esprime potenzialmente più di uno». In tal caso, «l'interpretazione consiste precisamente nella scelta di una pluralità di significati». Siamo dunque ben lontani dal realismo radicale, per cui «ogni testo normativo – e anzi: ogni singolo enunciato normativo – è, di fatto, interpretato in modi diversi e confliggenti» (Riccardo Guastini, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in *Ragion pratica*, 2001, p. 43). In altre parole, con il “realismo moderato” si recupera l'idea kelseniana, per la quale l'interpretazione di ogni disposizione avviene all'interno di “una cornice” di norme, registrate dall'interpretazione “scientifica”, per poi essere scelte caso per caso dal giudice al fine di applicarle; Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, pp. 386 ss. E pare ovvio che quest'ultimo dato di fatto non giustifichi l'assunto per cui «non esistono norme giuridiche generali determinanti le decisioni dei tribunali, e che il diritto consista soltanto di decisioni giurisdizionali»; Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 158. Insomma, sia la teoria c.d. della “cornice” di Kelsen che quella giusrealista moderata riconoscono i limiti dell'interpretazione; l'interpretazione del giudice non si confonde con la legislazione; in tal caso il giudice si limita a scegliere entro una cornice di significati che possono essere desunti dalla disposizione legislativa e/o costituzionale (cfr. Paolo Comanducci, *Quelques problèmes concernant l'application du droit*, in AA.VV., *L'architecture du droit*, cit., pp. 315 ss.).

nell'esposizione della teoria, con il "testo" sparisce anche il "contesto": il contesto giuridico non ha più molta importanza per l'attività interpretativa in sé considerata, avendola invece per gli effetti che produce la decisione del giudice *en dernier ressort*, la cui «interprétation ... s'impose juridiquement».

## **1.2. Scetticismo interpretativo, ovvero solipsismo ermeneutico**

L'interpretazione della Costituzione non ha nessun carattere peculiare rispetto all'interpretazione di un dipinto o di un'opera letteraria. In questo caso, si procede «d'une conception de l'interprétation qui n'est pas limitée à l'interprétation juridique. On considère en effet généralement, que l'on adhère à une théorie de l'interprétation-connaissance ou à une théorie de l'interprétation-volonté, que l'on ne peut interpréter qu'un objet déjà existant: avant d'interpréter une oeuvre littéraire, un tableau ou une constitution et de découvrir leur signification ou de décider de leur en attribuer une, il faudrait qu'il y ait une oeuvre littéraire, un tableau ou une constitution»<sup>137</sup>. Tuttavia, continua l'Autore, «on sait bien, au moins depuis Marcel Duchamp, qu'une chose peut parfaitement être interprétée soit comme route de bicyclette, soit comme un oeuvre d'art et de même que l'interprétation constitue l'objet comme l'oeuvre d'art, c'est l'interprétation qui constitue la Constitution»<sup>138</sup>. Saltati tutti i canoni di una qualche oggettiva valutazione, il discorso sfocia così in un solipsismo ermeneutico: ognuno ha una sua interpretazione del mondo (per dirla con Wittgenstein), e poiché la Costituzione fa parte del mondo, ognuno la interpreta come meglio crede. Tanti interpreti, tante possibili Costituzioni. Fermo restando che, sul piano degli effetti giuridici, la sola interpretazione – e, dunque, Costituzione – che conta è quella contenuta nel giudizio *en dernier ressort*.

Si possono così spiegare gli attacchi ad alcune teorie elaborate sotto l'etichetta del "positivismo giuridico": lontane dal «positivisme véritable», queste espressioni di «quasi-positivisme» sono considerate come il compimento storico della metafisica giusnaturalista, poiché confonderebbero il *dover-essere* della norma con il fatto normativo nudo e crudo, empiricamente considerato. Al contrario, la *TRI* eviterebbe la confusione epistemologica tra l'essere e il *dovere-essere* della norma giuridica, mostrando «clairement la possibilité d'une science du droit conçue sur le modèle des science empirique ... dont l'objet est bien la norme, mais la norme non conçue comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé»<sup>139</sup>.

Non è difficile riconoscere nelle premesse generali che animano la *TRI* molte delle concezioni elaborate in sede filosofica dal post-modernismo: l'idea dello slittamento continuo del senso<sup>140</sup>. Non è un caso, infatti, se la veduta post-moderna consideri il diritto, la scienza giuridica, come pura affabulazione o sofisticato inganno: in questo contesto, il diritto è dissolto in un assoluto scetticismo interpretativo. Ne consegue un processo d'interpretazione illimitata. Il testo è così liquefatto in un'infinità d'interpretazioni d'eguale dignità. Alla fine,

---

<sup>137</sup> Michel Troper, *L'interprétation*, op. cit., p. 22.

<sup>138</sup> Ivi, p. 23.

<sup>139</sup> Michel Troper, *Réplique*, op. cit., p. 353.

<sup>140</sup> Sul punto Nicola Fasciano, *Trascendenza, violenza e sintassi dei diritti*, in *Quaderni del dottorato 2004*, Torino, Giappichelli, 2007 pp. 317 ss.

s'aggiunge in ambito di *Théorie réaliste de l'interprétation*, quello che conta è soltanto la decisione del giudice in *dernier ressort*, ma solo perché, accidentalmente, questa produce effetti giuridici permanenti. L'unica verità che vive è dunque il caso che però, parafrasando M. Heidegger, è annegato nel nulleggiare del nulla<sup>141</sup>. Scetticismo interpretativo che, in ambito di teoria del diritto, sembrerebbe coincidere con la nota opinione di G. Vattimo, per cui al giurista non rimane che smascherare il fenomeno normativo come violenza originaria o tutt'al più, secondo le inclinazioni del pensiero debole, moderarne gli esiti<sup>142</sup>.

### **1.3. Tra "uso" e "interpretazione" delle disposizioni normative**

Ora, a parte le inferenze della filosofia post-moderna, quello che traspare dal discorso della *TRI* è prima di tutto una confusione, così pare, di carattere semantico. In tutto il ragionamento sembra infatti difficile distinguere l'"uso" del testo normativo da una sua "interpretazione"<sup>143</sup>. Posso usare la Costituzione italiana, il codice penale francese o quello civile spagnolo sia per cercarvi paragrammi del nome segreto di un'antica divinità egizia, sia per scovarvi parole atte ad insultare, magari elegantemente, un mio insopportabile interlocutore. Quello che è certo è che in entrambi i casi non sto interpretando quei testi. Un altro esempio servirà a chiarire quest'aspetto. Nel codice penale

---

<sup>141</sup> Martin Heidegger, *Essere e tempo*, UTET, Torino, 1994, pp. 344 ss.: «C'è verità solo perché è fin che l'esserci è. L'ente è scoperto solo quando, ed aperto solo fin che, in generale, l'Esserci "è". ... Se si muove dal modo di essere della verità esistenzialmente intesa, diviene comprensibile anche il senso della presupposizione della verità. Perché noi dobbiamo presupporre che c'è la verità? Che significa "presupporre"? Che stanno a significare "dobbiamo" e "noi"? Che significa "c'è la verità"? "Noi" presupponiamo la verità non come qualcosa che stia "al di fuori" e "al di sopra" di noi e a cui noi ci rapporteremmo come ci rapportiamo ad altri "valori". Non siamo noi a presupporre la "verità", ma essa è ciò che rende ontologicamente possibile che noi possiamo esser siffatti da "presupporre" qualcosa. È la verità che rende possibile qualcosa come il presupporre».

<sup>142</sup> Gianni Vattimo, *Nihilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Garzanti, Milano, 2003, p. 140 ss.: «il pensiero che prende atto della insuperabile infondatezza che segna da ultimo il diritto ... anche quando è scritta nei codici, messa in mano a giudici professionisti e indipendenti dagli altri poteri, affidata agli studiosi, discussa dagli avvocati, la legge mantiene la sua origine violenta»; Id., *Oltre l'interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 47: «che la conoscenza della verità sia interpretazione vuol dire che non c'è una verità neutrale, ma sempre caratterizzata in relazione a un momento storico, a una personalità, a una storia individuale determinata». Inoltre, si afferma che «le cose sono quelle che sono davvero soltanto nell'interpretazione e nel linguaggio» (Gianni Vattimo, *Interpretare il mondo è cambiare il mondo*, in Donatella Di Cesare (cur.), *Omaggio ad Hans Georg Gadamer*, Pensa Multimedia, Genova, 2001, pp. 62 ss.). Pare ovvio che, in questo caso, non si ha nessuna possibilità di poter accedere ad una qualche verità che si oggettivi nella comunità degli interpreti. Coerenza vorrebbe che Vattimo portasse ad estreme conseguenze il suo pensiero e "smettesse di parlare": la sua tesi, infatti, dissolve in partenza qualsiasi possibilità di conoscenza oggettiva; e in tal caso non resta che tacere, o quanto meno, come ben rileva U. Eco a proposito del "strutturalismo ontologico" (facente parte, per così dire, della stessa famiglia del post-modernismo), prima di intavolare qualunque dialogo con gli altri, bisogna prima di tutto chiedersi «Chi parla?». O, meglio, serve davvero parlare, visto che non possiamo arrivare a nessun punto di incontro coi nostri potenziali interlocutori?; Umberto Eco, *La struttura assente. La ricerca semiotica e il metodo strutturale*. Bompiani, Milano, 2002, pp. 357 ss. Si veda anche David Davidson, *Soggettivo, intersoggettivo, oggettivo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2003, pp. 175 ss.

<sup>143</sup> Umberto Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, pp. 126 ss.

italiano troviamo un articolo (art. 353) con il seguente titolo; «Turbata libertà degli incanti». Nulla e nessuno vieta di leggere questa espressione come un incipit poetico; verso scritto sui fremiti di una delusione d'amore. Ma ciò non toglie che le convenzioni linguistiche, vigenti nella comunità degli interpreti del diritto, mi dicano che, in quel "testo" e alla luce di quel "contesto", incanti voglia dire *aste* e che l'articolo si riferisca alla *turbativa d'asta*<sup>144</sup>.

Ed ecco spiegata (in modo elementare, s'intende) la differenza tra l'uso di un testo e la sua interpretazione. Distinguere l'interpretazione contro l'uso non significa che i testi non possono essere usati. Ma il loro libero uso non ha nulla da spartire con la loro interpretazione. E in ogni caso, sia l'interpretazione che l'uso presuppongono un riferimento al testo (fonte), se non altro come pretesto<sup>145</sup>.

Tutto ciò per dire che la norma è anche il prodotto del giudice che, interpretando la legge, l'applica al caso concreto. E si è ben consapevoli che non esiste "un significato in sé" del testo, a meno di naturalizzare il diritto, e che la disposizione normativa generale ed astratta non è più la stessa – qualunque cosa ciò voglia dire – nel momento in cui è applicata al caso particolare. Questo però non significa che la "creazione" giudiziaria del diritto è una creazione *ex nihilo*: l'applicazione del diritto da parte del giudice presuppone comunque l'esistenza di un testo, senza il quale non può esserci alcuna interpretazione. È una pura esigenza logica, oltre che pratica<sup>146</sup>. Se, al contrario, pensassimo alla norma solo come un effetto (produzione di effetti giuridici permanenti) legato ad un fatto (l'atto di volontà del giudice che interpreta un testo)<sup>147</sup>, senza tenere conto del testo che congiunge questi due elementi, cadremmo nella classe di quei falsi problemi che fioriscono nei dibattiti legati al mero dato linguistico. Anche qui, un esempio servirà a chiarire quello che si sta affermando.

Poniamo la frase «la pioggia cade». Supponiamo ora che qualcuno ingannato dal soggetto grammaticale, la pioggia, lo pensi come un soggetto logico: la pioggia diventa un "entità" passibile di predicati e costituente il termine di date relazioni. Possiamo così affermare che «una pioggia impetuosa ha allagato le strade della Città». Affinché la pioggia sia considerata come un soggetto logico occorre però pensarla indipendentemente da quei predicati e da quelle relazioni. Ed è proprio sul piano logico che sorgono dei problemi allorquando mi pongo una semplice domanda: «cosa succede alla pioggia quando non cade?». Questo per spiegare che la norma non lega il fatto X all'effetto Y più di quanto siano legati «la pioggia» e il «cadere» della stessa. Se infatti togliamo uno dei due termini o il segno che li congiunge il discorso decade nel nulla o, peggio, a vaniloquio: è il caso di frasi del tipo «la pioggia non cade» o di proposizioni quali «il vento non soffia».

---

<sup>144</sup> Cfr. Emilio Betti, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in Id., *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, (scritti scelti a cura di Gianni Grifò), Giuffrè, Milano, 1991, *passim*, spec. pp. 523 ss.

<sup>145</sup> Cfr. Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, Harv. L. Rev., 1995, pp. 108 ss.

<sup>146</sup> Cfr. Giuseppe Zaccaria, *Il giudice e l'Interpretazione*, Pol. dir., 2006, 3, pp. 461 ss., spec. pp. 468-469.

<sup>147</sup> Cfr. Patrick Wachsmann, *La volonté de l'interprète*, Droits, 1999, n. 28, pp. 29 ss.

La norma è il prodotto di tre elementi, ugualmente indispensabili. Da un lato abbiamo un insieme di segni di partenza X (il testo), che potremmo definire *intepretandum*, dall'altro l'insieme di segni d'arrivo Y, che potremmo invece definire come *interpretans*: ciò che congiunge Y a X è l'atto di Z, che potremmo definire *medium*. In tal modo, di fronte all'atto di un giudice, possiamo notare che qualcuno, il *medium* (Z), abbia congiunto l'*intepretandum* (X) all'*interpretans* (Y). Al prodotto di questa congiunzione compete il nome di norma.

Di solito a una fattispecie giuridica – vale a dire al modello di un fatto in vista del quale la norma dispone degli effetti giuridici<sup>148</sup> – corrispondono molte condotte tipiche: e una giurisprudenza scientifica<sup>149</sup> può in fondo essere definita come un catalogo di fattispecie. A volte la legge o la disposizione costituzionale, ne dissemina i frammenti in vari testi. E non è detto che da tale pluralità indefinita se ne possa ricavare una costante. Ma questo non significa che il testo non ha più nessun significato e che a determinare il diritto concorre solo l'*acte de volonté* del giudice. Pur considerando l'ipotesi decisionista

---

<sup>148</sup> Franco Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, op. cit., p- 762.

<sup>149</sup> Per quanto fin qui emerso, il termine “giurisprudenza” (da *providentia*) ha una storia filosofica particolarmente interessante. Nel lessico ciceroniano («rerum expetendarum fugiendarumque scientia») corrisponde a “*phronesis*” (Cicerone, *De natura deorum*, 1.43), definita in chiave stoica come virtù intellettuale orientata a scelte pratiche (Pierre Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF, Paris, 1963, pp. 53 ss. spec. la nota 2). Con queste caratteristiche la ritroviamo in Sant’Ambrogio, con il quale il termine passa nella tradizione latino-medioevale (Sant’Ambrogio, *In Epistolam Beati Pauli ad Corinthios primam*, citato in Franco Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, cit., pp. 43 ss.). In Platone, invece, equivale a “*sophia*” o scienza degli intelligibili (Platone, *Leggi*, 631 c.). Anche il giovane Aristotele presuppone archetipi e visioni intellettuali: qui “*phronesis*” significa «apprensione intuitiva al bene» (Werner Jaeger, *Aristoteles. Grundlegung einer Geschichte seiner entwicklung*, Weidmann, Berlin, 1955, pp. 81 ss.). Nell'*Etica nicomachea*, lo stesso Aristotele però contribuisce alla mutazione semantica del termine: da *episteme* platonicamente intesa, o geometria dei valori assoluti, la *phronesis* rimanda ora alla riflessione sui fatti contingenti e, in questo senso, è prossima alla politica e alla retorica (Ivi, pp. 84 ss.). Aristotele asserisce che è impossibile una dimostrazione dell'etica, essendo indimostrabili i contingenti; la *phronesis* figura così come un'attitudine pratica accompagnata da ragioni plausibili sugli interessi umani (Aristotele, *Etica nicomachea*, 1.3.1094b, 1.13.1102a). Questi elementi si ritrovano in embrione nel concetto di *prudentia*, coltivato in ambito giuridico. Infatti, la *prudentia*, giuridicamente intesa, cade su norme classificabili sotto due specie: alcune sono identificate *ab origine* nel testo; altre invece si formano lentamente attraverso quelli che possiamo definire “gesti collettivi”, finché nell'opinione comune essi vengono considerati come modelli di comportamento vincolanti. In quest'ultimo caso può anche accadere che prima o poi qualcuno trascriva queste formule, e dove la compilazione sia determinata da mani pubbliche, la fonte autentica della norma è l'atto pubblico apparentemente ricognitivo della consuetudine: ad esempio, nell'art. 125 dell'*Ordonnance Montils-les-Tours* del 1454, Carlo VII dispone che i Tribunali giudichino «selon iceulx usages, costume et styles ... sans en faire autre preuve que ce qui sera escript audit livre». In altri termini, in questo caso l'apparato regio ha fagocitato le *droit coutumier* (Vincenzo Piano Mortari, *Diritto, logica, metodo, nel secolo XIV*, Jovene, Napoli, 1976, pp. 49 ss.). Dal punto di vista generale si può osservare che, paradossalmente, simili operazioni determinano una chiusura dell'ordinamento, soprattutto a livello legislativo, espellendo dal sistema ogni altra norma giuridica che sia stata germinata (più o meno) spontaneamente all'interno della comunità (Ivi, pp. 103 ss.).

(l'*interprétation-volonté*)<sup>150</sup> si dovrà ammettere che in ogni caso esistono una gamma (più o meno vasta) d'azioni possibili entro le quali converrà scegliere. Se invece si fosse trattato di scegliere senza alcun limite preventivamente determinato, non avremmo potuto più parlare di un quadro d'azioni di riferimento. In questo caso, come giustamente è stato notato, ci situeremmo al di fuori di una prospettiva interpretativa per entrare, eventualmente, in quella morale, «pour la quelle il s'agit moins d'extraire une maxime d'action à partir de textes qu'à partir de principes établis par la raison pratique indépendamment de leur formulation linguistique»<sup>151</sup>.

A ciò s'aggiunga che di fronte ai fenomeni normativi, il metodo elaborato dalla *TRI*, oltre a sollevare molte difficoltà sul piano teorico ed empirico, si presta ad un uso pericoloso o, quantomeno, improprio dell'attività dell'interprete autentico; colui che, come afferma il Troper, è abilitato a decidere (*en dernier ressort*) il significato della norma. Se l'intenzione è quella di studiare scientificamente il fenomeno normativo avulso da valutazioni morali e politiche, di fatto si finisce per fornire un'arma formidabile a coloro che, partendo dal carattere convenzionale delle norme, sostengono che un *corpus* di leggi valga esattamente quanto un altro. Il pericolo è quello di mettere sullo stesso piano tutte le possibili interpretazioni del testo, rifiutando *a priori* quel minimo sforzo da parte della comunità degli interpreti – ivi compreso il giudice le cui decisioni producono effetti giuridici permanenti – intesi a raggiungere un qualche accordo, se non sulle interpretazioni migliori, almeno sul rifiuto di quelle insostenibili<sup>152</sup>.

In fin dei conti, quello che qui si prospetta non è altro che una semplice e modesta mozione sul metodo che però, a parere di chi scrive, risulterebbe utile soprattutto in merito all'applicazione/interpretazione della Costituzione in cui molto spesso, come si diceva, gli enunciati presentano un maggior grado d'indeterminatezza sul piano del senso e, dunque, un maggiore potenziale interpretativo rispetto ad altre disposizioni legislative (o regolamentari), chiaramente articolate e con un contenuto più concreto, meglio determinato e preciso. Per chiarire ulteriormente i termini della questione si può affermare che i limiti dell'interpretazione coincidono con i diritti del testo. Ciò non significa che essi coincidano con quelli del suo autore (sia esso il legislatore ordinario o il potere costituente). Donde i presupposti per una più rigorosa ricerca della *intentio* del testo (Costituzione, legge, regolamento), che diventa pertanto uno dei criteri per valutare le manifestazioni della *intentio lectoris* (del giudice). Una ricerca, questa, legittima sul piano scientifico perché valutabile *a posteriori* attraverso un'indagine empiricamente adeguata. Si stabilisce così una sorta di principio popperiano<sup>153</sup> che serve non a legittimare le "buone" interpretazioni,

---

<sup>150</sup> Sul punto cfr. Patrick Wachsmann, *La volonté de l'interprète*, in *Droits*, 1999, 29: «rapprocher les deux mots "volonté" et "interprétation" évoque immédiatement l'opposition établie par Hans Kelsen entre les théories qui considèrent l'interprétation comme un acte de connaissance et celles qui la regardent comme un acte de volonté». Cfr. Otto Pfersmann, *Le statut de volonté dans la définition positiviste de la norme juridique*, *Droits*, 1999, pp. 83 ss.

<sup>151</sup> Otto Pfersmann, *Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution*, in F. Mélin-Soucramanien, *op. cit.*, p. 44.

<sup>152</sup> Cfr. E. Millard, *Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation*, in AA.VV., *L'architecture du droit*, *op. cit.*, pp. 725 ss., spec. pp. 728-730.

<sup>153</sup> Karl R. Popper, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1998, pp. 20 ss.

ma quantomeno a delegittimare le cattive. Al contrario, l'ipotesi della *Théorie réaliste de l'interprétation* sposta vistosamente l'accento sull'iniziativa del destinatario (il giudice) e sull'irriducibile ambiguità del testo. Cosicché quest'ultimo diventa un puro stimolo per la deriva interpretativa<sup>154</sup> che, per le stesse ragioni, sfugge sia all'attenzione sperimentale che al vaglio di un linguaggio lucido e corretto: « ... une chose peut parfaitement être interprétée soit comme route de bicyclette, soit comme une oeuvre d'art et de même que l'interprétation constitue l'objet comme l'oeuvre d'art, c'est l'interprétation qui constitue la Constitution ... »<sup>155</sup>.

### III. *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES* DELLA CARTA COSTITUZIONALE?

Le tesi avanzate dalla *TRI* comportano peraltro tutta una serie di conseguenze circa lo studio di quei fenomeni normativi in cui vige una Costituzione scritta e un Tribunale costituzionale: cioè a dire, la maggior parte degli attuali Stati democratici europei, e fors'anche occidentali. Quello che emerge è una particolare lettura della dottrina della separazione dei poteri, della democrazia e della sovranità, declinata in tal caso nella versione della *souveraineté populaire*.

In merito alla figura del giudice costituzionale si afferma infatti che, «lorsqu'il interprète la Constitution [e che] détermine lui-même la norme constitutionnelle»<sup>156</sup>, il controllo giurisdizionale sulla conformità costituzionale delle leggi è incompatibile con la democrazia: «Le peuple est souverain, ce qui signifie qu'il dispose d'un pouvoir sans limite, qu'il peut exercer dans n'importe quelle forme, et cela exclut évidemment tout contrôle de constitutionnalité»<sup>157</sup>. In particolare, secondo la *TRI* nelle moderne democrazie la sovranità popolare sia afferma essenzialmente in due ambiti: nella rappresentanza del corpo legislativo; e in quel soggetto che invece incarna il potere costituente.

Quanto alla prima, se s'identifica la sovranità popolare con il potere legislativo del Parlamento, i cui membri sono eletti dai cittadini, il controllo di legittimità costituzionale è in contraddizione con la democrazia: «si l'on s'en tient à la définition classique de la démocratie (un système dans lequel le pouvoir est exercé exclusivement au moyen de règles générales adoptées par le peuple lui même ou ses représentants élus), le gouvernement sous lequel nous vivons n'est pas un, puisqu'un très grand nombre de règles générales sont créés par des juges, qui ne sont pas des représentants élus»<sup>158</sup>. Questo

---

<sup>154</sup> Dal punto di vista della teoria semiotica dell'interpretazione si vedano sul punto Jonathan C. Culler, *On Deconstruction* Cornell University Press, Ithaca, 1982, *passim*; Maurizio Ferraris, *La svolta testuale*, Unicopli, Pavia, 1984, *passim*; Giovanna Franci, *L'ansia dell'interpretazione*, Modena, Mucchi, 1989, *passim*; Umberto Eco, *La struttura*, cit., spec. il cap. 2, *L'universo del senso*, pp. 31 ss.; Id., *I limiti dell'interpretazione*, op. cit., pp. 21 ss.

<sup>155</sup> Michel Troper, *L'interprétation*, op. cit., p. 22.

<sup>156</sup> Michel Troper, *La théorie du droit*, op. cit., p. 192.

<sup>157</sup> Michel Troper, *Pour une Théorie juridique*, op. cit., p. 329.

<sup>158</sup> Michel Troper, "Le pouvoir judiciaire et la démocratie", in AA. VV., *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 385-386. Si veda anche Michel Troper, *Le projet de Constitution européenne et la*

perché il giudice, autorizzando o impedendo (come succede attualmente in Francia) la promulgazione di una legge, ovvero annullando una legge già promulgata (è il caso di molti altri Paesi europei, tra cui l'Italia e, in parte, la stessa Francia dopo la Grande riforma del luglio 2008<sup>159</sup>) partecipa, di fatto, alla creazione della legge. E «dans une démocratie ... la fonction législative doit être exercée non par le juge, mais par les élus, c'est-à-dire par le Parlement»<sup>160</sup>. Ora, secondo le analisi della *TRI*, l'autore *concreto* della legge «n'est pas le Parlement, [ma] c'est l'ensemble de ceux qui participent à sa confection, y compris le juge»<sup>161</sup>. Anzi: il giudice, lo abbiamo visto, parteciperebbe «de manière décisionnelle au processus d'édiction de la loi». A sostegno di quest'ultimo assunto si porta come esempio proprio il sistema francese, ove il consenso del *Conseil constitutionnel* sarebbe «nécessaire à la formation de l'acte»<sup>162</sup>.

Per quanto riguarda il potere costituente, secondo l'Autore la situazione non cambia, semmai accentua alcuni dei suoi caratteri. Se si identifica il *souverain* con un sistema nel quale «le peuple est seulement titulaire ultime»<sup>163</sup> del potere di suprema decisione normativa (potere costituente), la figura del giudice costituzionale risulta di tutta evidenza incompatibile con una visione democratica del potere costituente. E questo perché, come già detto, secondo la nota formula della *TRI* «la norme constitutionnelle est créée par l'autorité qui l'applique, au moment où elle l'applique et par le moyen de l'interprétation»<sup>164</sup>. Il giudice, interpretando gli enunciati costituzionali, crea la Costituzione. Le norme costituzionali non sono espresse dalla Costituzione formale (il testo), bensì dagli enunciati prodotti dagli organi di applicazione. Di più: a voler essere precisi, per la *TRI* «cette dénomination d'«organe d'application» paraît largement inadéquante, puisque ces organes n'appliquent pas réellement une norme

---

*question du pouvoir constituant*, op. cit., pp. 103-106. In chiave critica rispetto alla visione della democrazia di Michel Troper Otto Pfersmann, "Principe majoritaire et démocratie juridique. À propos d'un argument de Kelsen revisité par Michel Troper", in AA. VV., *L'architecture du droit*, op. cit., pp. 859 ss.

<sup>159</sup> Legge cost. 2008-724 del 23 luglio 2008, *de modernisation des institutions de la Ve République*. In particolare l'art. 46-I della presente legge costituzionale, da cui il novellato art. 61-1 della Costituzione francese del 1958: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé».

<sup>160</sup> Michel Troper, *La théorie du droit*, op. cit., p. 185.

<sup>161</sup> Michel Troper, *Pour une Théorie juridique*, op. cit., p. 337.

<sup>162</sup> Michel Troper, *La théorie du droit*, op. cit., p. 187. A tal proposito è bene ricordare che solo con l'avvento della V Repubblica che s'assiste all'affermazione del *Conseil constitutionnel* e di un relativo controllo di costituzionalità delle leggi. Repubblica nata peraltro sotto i colpi della rivolta algerina, e con la chiara intenzione dell'allora legislatore costituzionale di ridimensionare i pericoli di un esasperato parlamentarismo, quale quello che si era affermato durante la IV Repubblica. Da questo punto di vista, il Consiglio costituzionale era considerato uno degli strumenti che dovevano servire a sottrarre alla legge del Parlamento la sua centralità. Si veda Gerri Ferrara, "Una repubblica per de Gaulle. Il referendum del 28 ottobre 1962", in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, op. cit., pp. 103 ss.

<sup>163</sup> Michel Troper, *La théorie du droit*, op. cit., p. 247.

<sup>164</sup> Michel Troper, "La motivation des décisions constitutionnelles", in Chaïm Perelman Paul Foirers (cur.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 298.

produit par un autre organe, mais une norme qu'ils ont eux-même déterminé»<sup>165</sup>. Detto altrimenti, il giudice costituzionale «exerce un pouvoir constituant»<sup>166</sup>. Ragione per cui la giustizia costituzionale è in contraddizione con la sovranità popolare e, dunque, con la formula di un governo ed uno Stato democratici.

Dalla *TRI* sembra emergere il classico armamentario concettuale della democrazia elettiva: «un système dans lequel les normes générales, principalement les lois, sont produites par le peuple ou ses élus»<sup>167</sup>. Il che porta a due principali conseguenze: la concentrazione del potere normativo nelle mani del corpo legislativo<sup>168</sup>; la negazione della dottrina della separazione dei poteri, ivi compresa nella sua accezione di bilanciamento dei poteri, che fa riferimento al sistema cosiddetto di *checks and balances*<sup>169</sup>. Donde tutte le difficoltà già intraviste con la sovranità e la volontà generale<sup>170</sup>.

Stando infatti ai ragionamenti testé richiamati o la *Théorie réaliste de l'interprétation* è del tutto incommensurabile con la dottrina della separazione dei poteri oppure è incompatibile con essa. In altre parole, se, come si afferma in questo ambito, tutte le norme fossero davvero prodotte dal giudice (*en dernier ressort*), il principio dei poteri separati prescriverebbe l'impossibile. Non resta che prenderne atto. A questo punto pare perfino inutile parlare della

---

<sup>165</sup> Michel Troper, "Le jugement en droit: l'exemple des jugements de constitutionnalité", in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. II, p. 575.

<sup>166</sup> Michel Troper, *La théorie du droit*, op. cit., p. 192.

<sup>167</sup> Michel Troper, *La théorie du droit*, op. cit., p. 193.

<sup>168</sup> E qui pare opportuno rimandare alle memorabili riflessioni di Alexis de Tocqueville sulla «omnipotence de la majorité». Quando abbia mano libera, l'organismo collettivo differisce poco dall'individuo. Troppo potere nuoce e il Partito vittorioso costituisce una «force irrésistible», che nel lessico teologale è definita *potentia absoluta*: l'opinione pubblica «forme la majorité», rappresentata nell'organo legislativo; i governi gli ubbidiscono, lo stesso fa «la force publique». In tal caso i *jury* le prestano la voce: del resto, gli stessi giudici sono talvolta eletti. Insomma, iniqua o dissennata che sia «la mesure qui vous frappe», bisogna subirla: pertanto, a detta di Tocqueville «l'omnipotence de la majorité» può superare ogni dominio subito fino ad allora dai sudditi europei. Alexis de Tocqueville, "Democratie en Amérique", in Jacob-Peter Mayer (cur.), *Alexis de Tocqueville. Oeuvres Complètes*, Gallimard, Paris, 1961, pp. 261 ss.

<sup>169</sup> Non dimentichiamo che gran parte del costituzionalismo francese-rivoluzionario, in modo paradigmatico Sieyès, rispetta il criterio tecnico della specializzazione delle funzioni dei poteri statali, e guarda con ostilità alla dottrina del bilanciamento, percepita, addirittura, come strumento di conservazione del vecchio regime (si veda in proposito Mauro Barberis, *Bernjamin Constant. Rivoluzione, Costituzione, Progresso*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 122 ss.). Non è certamente il caso di Troper, e pur tuttavia emerge dal discorso sviluppato nella *TRI* un modo di ragionare che per molti aspetti rievoca le elaborazioni teoriche della democrazia, della sovranità e della separazione dei poteri così come concepiti nella dottrina classica del costituzionalismo francese.

<sup>170</sup> Concetti già demoliti dall'abile "rasoio" di Hans Kelsen che li svela per quello che sono: sistemi logici atti a giustificare una preventiva presa di posizione. Anzi: Kelsen considera orgogliosamente tale demolizione come «uno dei risultati più importanti della dottrina pura del diritto»; Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, p. 140, sul punto si veda Norberto Bobbio, "Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen", in M.G. Losano (cur), *Hans Kelsen – Umberto Campagnolo*, op. cit., pp. 82 ss.; si veda anche Charles Leben, "Campagnolo et Kelsen ou les mésaventures d'un maître avec son disciple", in AA.VV., *L'architecture du droit*, cit., pp. 603 ss. Cfr. Gianluigi Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997, pp. 55 ss.

separazione dei poteri; in qualunque ipotesi, ciò che “crea” il diritto è la volontà dell’interprete-decisore-ultimo, indipendentemente dal testo (legislativo, costituzionale) che si trova ad applicare. Addirittura sarebbe errato parlare di “applicazione” e, conseguentemente, di “organo d’applicazione”: ciò presupporrebbe che vi sia una norma da applicare, ma « ... ces organes n’appliquent pas réellement une norme produit par un autre organe, mais une norme qu’ils ont eux-même déterminé»<sup>171</sup>.

A parere di chi scrive, però, l’antinomia non sussiste tra la dottrina della separazione dei poteri e il fatto che il giudice non può non creare diritto. L’antinomia, l’incommensurabilità sussiste, invece, tra la teoria giusrealista dell’interpretazione e il principio dei poteri separati così come esso è concepito nell’ambito della *TRI*. Partendo dagli elementi originari del costituzionalismo moderno, del *rule of law*<sup>172</sup>, nel senso liberale della formula, scopriremmo infatti che quello del giudice che partecipa alla determinazione del diritto non è un difetto né, tanto meno, una contraddizione con la democrazia<sup>173</sup>. Esso è invece il risultato di quel faticoso tentativo di evitare che qualcuno diventi padrone unico della macchina normativa, abusandone<sup>174</sup>. Questo, però, non significa aderire alla tesi di una netta separazione funzionale dei poteri; ciò che, di fatto, non si è quasi mai realizzato. Ma è proprio sotto quest’ultimo profilo che può trovare una qualche giustificazione il fenomeno delle Carte costituzionali “rigide”, in cui rientrano sempre più spesso i diritti che sono appunto fondamentali in «quanto le loro violazioni compromettono, direttamente o indirettamente, la pace e conseguentemente la vita dei loro titolari»<sup>175</sup>. Motivo per cui occorre garantirne il rispetto ossia la loro giustiziabilità. Compito che, in un modo o nell’altro, è principalmente affidato al giudice apicale<sup>176</sup>.

Le disposizioni costituzionali rendono palese il fatto che, man mano che si sale nell’ipotetica scala gerarchica delle fonti giuridiche, ad un certo punto è inevitabile che si arrivi in quell’area dell’ordinamento ove la validità della norma non può più desumersi da un’altra norma giuridica, a meno, lo ripetiamo, di naturalizzare il diritto. La validità della norma verrà dunque desunta soltanto dalla sua efficacia. Ed è qui che la dimensione politica e quella giuridica dell’ordinamento tendono a confondersi. Lo si percepisce proprio dall’indeterminatezza delle disposizioni costituzionali, ove gli ideali politici trovano una più diretta corrispondenza con il contenuto (giuridico-positivo) delle norme costituzionali. Da cui la presenza di un custode che “sanzioni” atti e comportamenti (di altri soggetti istituzionali) che si ritengono contrari alla

---

<sup>171</sup> Michel Troper, "Le jugement en droit: l'exemple des jugements de constitutionnalité", in, AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, op. cit., p. 575.

<sup>172</sup> *Supra*, Nota 4.

<sup>173</sup> Cfr. Luciano Violante, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, *passim*.

<sup>174</sup> Paolo Ridola, "Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali", in AA.VV. *Studi in onore di Gianni Ferrara*, op. cit., 293 ss.; Nicola Matteucci, *Lo Stato moderno*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 127 ss.; Ralf Dahrendorf, *La società riaperta*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 53 ss. e pp. 303 ss.; Guido De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, pp. 167 ss.

<sup>175</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., Tomo 1, p. 888.

<sup>176</sup> Peter Häberle, "Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit", in Peter Häberle (cur.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 2 ss.

Costituzione<sup>177</sup>. Ma ecco emergere l'obiezione che colpisce al "cuore" della problematica, e che è legata al controllo di costituzionalità: «Quis custodiet ipsos custodes»<sup>178</sup> della Carta costituzionale? Con un altro custode che controlli il controllore, si può rispondere, procedendo (o regredendo) così sino all'infinito ovvero inclinando il discorso su quelli che Benedetto Croce definiva «un preteso problema; cioè un non problema», ossia quei problemi che paiono reali e al tempo stesso insolubili<sup>179</sup>. Ma è proprio per evitare simili aporie che occorre tenere a mente il "travaglio" storico che ha portato all'affermazione dell'odierno modello di democrazia costituzionale, legato indissolubilmente con la questione dei diritti fondamentali, la loro garanzia e giustiziabilità.

Nato dall'evoluzione dello Stato di diritto, lo Stato costituzionale si configura come quel fenomeno normativo alla cui base troviamo un determinato modello di Carta costituzionale, ove sono disposti alcuni diritti fondamentali, la cui tutela passa anche e soprattutto dai limiti imposti agli altri poteri costituzionalmente riconosciuti, ivi compreso il legislatore ordinario<sup>180</sup>. La novità introdotta dal «costituzionalismo *nella struttura delle democrazie* è infatti che in base ad esso anche il supremo potere» (costituzionale e legislativo) è «giuridicamente disciplinato e limitato, con riguardo non solo alle forme, predisposte a garanzia dell'affermazione della volontà della maggioranza, ma anche alla sostanza del suo esercizio, *vincolato al rispetto di quelle specifiche norme costituzionali che sono il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali*»<sup>181</sup>. I limiti alla democrazia, assicurati con il rispetto di questi diritti, sono "condizioni" essenziali o, addirittura, "pre-condizioni" ovvero "presupposti della stessa democrazia". Ma quello che preme sottolineare in questa sede è che non trova nessun appiglio nei fatti, né tanto meno nella logica costituzionalistica, l'idea per la quale sia esistito (e che esista tuttora) un consenso diffuso, o comunque maggioritario, su questi diritti. Un ordinamento è democratico perché garantisce tutti, e non perché è voluto da tutti: lo possiamo definire come democratico in base al contenuto, assiologicamente connotato, delle norme che lo compongono, indipendentemente dal fatto che l'atto costituente sia o meno imputabile al popolo sovrano<sup>182</sup>. È l'insieme delle condizioni, formali e sostanziali, contenute nelle disposizioni costituzionali, e non il grado di consenso popolare (*sovranità popolare*) accordato ai prodotti del potere costituente, che stabiliscono il livello di democraticità di un ordinamento giuridico<sup>183</sup>. Dicendo democrazia,

---

<sup>177</sup> Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Éric Maulin, Patrick Wachsmann (cur.), *La notion de "Justice constitutionnelle"*, Dalloz, Paris, 2005, *passim*.

<sup>178</sup> Giovenale, *Satire*, VI, 247.

<sup>179</sup> Benedetto Croce, *Sulla filosofia teologizzante e le sue sopravvivenze. Problemi sussistenti e problemi insussistenti*, Biblioteca Treccani, Padova, 2006, pp. 80-81.

<sup>180</sup> Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, *passim*.

<sup>181</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., Tomo 2, pp. 6-7 (corsivi nostri).

<sup>182</sup> Maurizio Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, il Mulino, Bologna, 2004, *passim*, spec. il par. 3 del cap. I, *Sovranità e costituzione: un rapporto problematico*, pp. 56 ss.

<sup>183</sup> Ciò spiega la particolare valenza che, in uno Stato costituzionale e di diritto, è attribuita alla separazione tra *poteri costituiti* e *potere costituente*: non è un caso se il nucleo pratico da cui origina questo concetto s'informa sulla necessità di trovare un «dispositif technique destiné à éviter le despotisme» (Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, cit., p. 206)

intendiamo in realtà dire *democrazia costituzionale*. Un sistema giuridico-politico che, come afferma Riccardo Guastini, non aderisce al «concept naïf» della democrazia, così come definita in ambito di *TRI*: «Autrement dit, d'un point de vue "réaliste" (au sens du réalisme politique), même en absence de toute rigidité constitutionnelle et de tout contrôle de constitutionnalité, le peuple et ses élus ne sont jamais les véritables titulaires du pouvoir politique sinon dans le ciel des idéologies. Et donc il n'existe aucune véritable démocratie à contredire»<sup>184</sup>.

Rispetto a quelle di grado legislativo, il contenuto delle norme che informano la Carta fondamentale di un regime democratico diventa costituzionalmente vincolato, sottratto cioè al volere di maggioranze contingenti<sup>185</sup>. In questo senso, il costituzionalismo si identifica «anche come *scienza della limitazione del potere*»<sup>186</sup>, con riguardo non solo alle forme, predisposte a garanzia dell'affermazione della volontà della maggioranza, ma anche ai modi di attuazione del suo esercizio<sup>187</sup>. Ragione per cui in una democrazia costituzionale si consente e si preserva il dissenso che non a caso si trova oggi sempre più spesso istituzionalizzato nelle forme dell'opposizione politica, che diventa così «un organo della sovranità popolare altrettanto vitale quanto il Governo. Sopprimere l'opposizione significa sopprimere la sovranità del popolo»<sup>188</sup>.

Di qui, ancora una volta, l'importanza del ruolo attribuito alle giurisdizioni, e in particolare alle giurisdizioni costituzionali o apicali, che assurgono ad importante strumento per garantire la tutela e il rispetto delle regole (del gioco) *fondamentali* in uno scenario di comune e pacifica convivenza<sup>189</sup>. Si evita in tal

---

espressione, invece, di un sistema giuridico di tipo assolutista, vale a dire anti-costituzionalista. Massimo Luciani, "Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente", *Democrazia e diritto*, 1995, pp. 104 ss.; Massimo Luciani, "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni", *Rivista di Diritto costituzionale*, 1996, n. 1, pp. 124 ss.; Carlos Santiago Nino, "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica", in Eugenio Bulygin, Martin Diego. Farrell, Carlos Santiago Nino, Eduardo A. Rabossi (cur.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 339 ss.

<sup>184</sup> Riccardo Guastini, "Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle", *Droits*, 2003, n. 37, p. 122.

<sup>185</sup> Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, "Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale", *Giur. cost.*, 1994, pp. 3313 ss.

<sup>186</sup> Massimo Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, op. cit., *Giur. cost.*, 2006, p. 1651.

<sup>187</sup> In tal senso, «a democracy is a political regime in which the decision-makers have been selected by voters, where they are obliged to act within a context of the limitation of powers and are judicially constrained to respect the fundamental rights of citizens»; Sergio Fabbrini, *Compound Democracies: Why the United States and Europe are Becoming Similar*, Oxford University Press, Oxford, 2007, spec. p. 197.

<sup>188</sup> Guglielmo Ferrero, *Potere*, Edizioni di Comunità, Milano, 1947, p. 217.

<sup>189</sup> Giurisdizione che Kelsen interpretò come un «législateur négatif» (Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1928, pp. 224-225). A ben vedere, però, la prassi ha smentito Kelsen: basti pensare alle tecniche decisionali adottate dalla Corte costituzionale italiana – qui vengono soprattutto in rilievo le sentenze «manipolative sostitutive» e quelle «additive» (Antonio Ruggeri, Antonio Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 139 ss. e pp. 144 ss.) – alla tecnica decisoria utilizzata dal *Conseil constitutionnel*, che spesso si risolve in una vera e propria «interferenza funzionale» (anche, ma non solo di tipo negativa, come invece

modo che un “sistema democratico” diventi autofagico: «La democrazia, infatti, può diventare il regime delle fazioni; una parte, sia pure la maggioranza, può pretendere di valere come totalità e così impadronirsi della cosa comune, di farsene cosa propria. Le leggi che obbediscono a interessi di parte sono manifestazione di questa corruzione; le leggi personali, ne sono la manifestazione estrema». Coticché, «senza che nessuno si scandalizzi, possiamo dire che le *istituzioni giudiziarie non fanno parte della democrazia*»<sup>190</sup>: «la giustizia costituzionale protegge» la cosa comune e «per questo limita la democrazia», perché vale a preservarne il carattere di democrazia costituzionale; è precisamente una sua funzione<sup>191</sup>. Insomma, si può anche assumere, come fa il Troper, che la giustizia costituzionale non faccia parte della democrazia. Ma è pressoché innegabile che essa «serve alla democrazia»<sup>192</sup>, nel senso costituzionale della formula.

Tutto ciò non elimina però la questione, piuttosto delicata, per cui il controllo di legittimità costituzionale delle leggi, o degli atti aventi forza di legge, premette sempre e comunque un certo margine di discrezionalità da parte del giudicante. Ma, anche qui, tutto sta nel definire correttamente cosa s'intende per *potere discrezionale del giudice*. Qualora un Tribunale costituzionale fosse adito per un caso specifico, esso deve, in quanto giurisdizione costituzionale, risolvere un problema d'applicazione della Costituzione ad un caso particolare: sapere, ad esempio, se una legge o una sua disposizione sia conforme o meno alla Costituzione; oppure se un organo dello Stato sia obbligato ad agire in un certo modo o se questo stesso organo, nell'esercizio delle sue funzioni, abbia prevaricato le competenze assegnategli dalla Carta. La risposta a questi ed altri problemi risulta necessariamente da un'attività interpretativa: si tratta di individuare quali comportamenti le disposizioni costituzionali autorizzano, obbligano o interdicono. Come in tutti quei casi in cui v'è di mezzo una formula normativa, la risposta è raramente iscritta in modo chiaro e netto nel testo scritto. Anzi, come abbiamo visto, gli enunciati costituzionali sono, generalmente, molto più indeterminati sul piano del significato di quanto lo possano essere le disposizioni legislative o regolamentari: questi, generalmente, sono più tecnici e più specifici di quelli. Perciò, nel caso della

---

teorizzava Kelsen) nei confronti del legislatore. Infatti, «Il sindacato di costituzionalità esercitato dal “Conseil constitutionnel” consiste nel confrontare la norma giuridica (sia essa legge ordinaria, legge organica, regolamento parlamentare, impegno internazionale) al “bloc de constitutionnalité”: l'apparente semplicità delle funzioni nasconde in realtà una complessa tipologia di forme di controllo e di decisioni, la cui varietà è direttamente proporzionata all'intensità dei riflessi delle pronunce sul potere legislativo ... gli “arrêts” producono un effetto indiretto, più “nuancé” ma non per questo meno incisivo, dovuto all'interpretazione e alla manipolazione del progetto di legge da parte del Consiglio costituzionale, che finisce con l'interferire nell'indirizzo politico parlamentare, se non col sostituirsi al legislatore» (Marina Calamo Specchia, *La Costituzione garantita. Dalla sovranità alla ragionevolezza: itinerari francesi*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 228-229). Cfr. L. Favoreu, “*La notion de Cour constitutionnelle*”, in AA.VV., *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 15 ss., spec. p. 18; Pierre Brunet, *Le juge constitutionnelle est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle*, in Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Éric Maulin, Patrick Wachsmann (cur.), *La notion de “Justice constitutionnelle”*, op. cit., pp. 115 ss.

<sup>190</sup> Gustavo Zagrebelsky, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, p. 119 (corsivo nostro).

<sup>191</sup> Gustavo Zagrebelsky, *Principi e voti*, op. cit., pp. 121-122

<sup>192</sup> *Ibidem*.

Costituzione, l'interpretazione delle sue disposizioni si risolve innanzitutto nell'individuazione di un insieme di soluzioni possibili. Sapere quale tra queste soluzioni sia la più idonea a risolvere il caso in concreto rimane, come già detto, al di qua del verificabile. Non esiste, perlomeno fino ad oggi, alcun mezzo o strumento giuridico che permetta di ridurre la gamma delle scelte possibili o, addirittura, sapere con certezza quale sia "la risposta giusta". Di certo v'è solo la sussistenza di un obbligo nei confronti del giudice costituzionale, che deve procedere ad una scelta, motivandola: e «en vue d'effectuer une choix, il convient d'abord de montrer qu'il fait partie des choix admissibles. Ce qu'on appelle habituellement "motivation", contiendra ainsi deux partis conceptuellement distinctes, mais textuellement indiscernables»<sup>193</sup>.

Si è così spiegato cosa s'intende per potere discrezionale del giudice. E in questo non v'è nulla d'eccezionale o di scandaloso: sembra, infatti, meno pericoloso agli effetti pratici, e dunque più ragionevole, lasciare ad un organo competente la scelta tra le differenti opzioni possibili – e la cui "discrezionalità" è quantomeno condizionata dall'obbligo di motivare quella scelta; motivazione che diventa così il materiale su cui s'esprime il controllo o il "giudizio" della comunità degli interpreti del diritto –, che affidare l'intera macchina normativa nelle mani di un solo soggetto, sia esso un singolo individuo o organo collegiale<sup>194</sup>. A ciò s'aggiunga che, a partire dal secondo dopoguerra, in tutte le democrazie costituzionali si sono via via affermati, e affinati, forme di controllo sul lavoro dei giudicenti. Meccanismi che operano sin dal momento della selezione dei giudici e che, sebbene imperfetti, cercano nondimeno di ridurre il pericolo di una gestione corporativa della giustizia.

### **Epilogo. Il giudicante costituzionale? "Figlio" dello Stato costituzionale**

Non si può negare che, nella quotidiana fatica della giurisprudenza, l'atteggiamento del giudice sia stato a volte più quello di un legislatore che di un soggetto che si limita ad applicare rigorosamente la legge. E, allo stesso modo, non si può negare che i giudicenti possano talvolta deliberatamente nascondere il desiderio che qualche causa sia decisa in un certo senso, forzandone l'interpretazione sino al punto di sgretolare il «testo», di corrodere le leggi «dal di dentro come i tarli, e alla fine farle cadere in polvere, ridotte a formule vuote»<sup>195</sup>. Questo però è per molti versi nell'ordine delle cose. Il lavoro delle Corti, e soprattutto quello delle Corti costituzionali, inevitabilmente si espone al pericolo (se di pericolo si deve parlare) della discrezionalità più o meno ampia (dipendendo questa dalla norma da applicare, dal ruolo e dal sistema in cui opera) dei suoi componenti. L'applicazione al caso concreto di una regola giuridica, vale a dire una norma astratta generale e preesistente al giudicante, comporta sempre e comunque un'opera di interpretazione. E in

---

<sup>193</sup> Otto Pfersmann, *Le sophisme onomastique*, cit., p. 52.

<sup>194</sup> Cfr. Carlos-Miguel Pimentel, *De l'État de droit à l'État de jurisprudence? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs*, in Alain Pariente (cur.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, op. cit., pp. 9 ss.

<sup>195</sup> Piero Calamandrei, "La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina", in Piero Calamandrei, *Opere giuridiche*, Edizioni Morano, Napoli, 1965, I, p. 511.

fondo, quello del potere interpretativo del giudice non è altro che il prezzo da pagare in un regime giuridico informato sulla base dei valori dello Stato costituzionale di diritto, del *rule of law*<sup>196</sup>, che premette anche è soprattutto una separazione-autonomia dei giudici combinata con una serie istituzionalizzata di limiti giuridici posti a tutela dei governati contro i soprusi delle autorità statali; quelle che Shakespeare chiamava *the insolences of office*, che possono covare anche durante l'esercizio della funzione giudiziaria. Ora, è facile scorgere in queste formule altrettante mistificazioni. E forse lo sono. Ma quantomeno consentono di evitare la tragica illusione «di realizzare il paradiso in terra», quando invece, di fatto, si sta «preparando per gli altri un molto rispettabile inferno»<sup>197</sup>.

Insomma, i poteri separati, le garanzie costituzionali, l'indipendenza del giudice sono strumenti usciti dalla formula dello Stato costituzionale di diritto: vale a dire, dal faticoso, lungo e, molto spesso, tragico tentativo di rimediare alla "naturale" imperfezione umana<sup>198</sup>. È bene tenerlo sempre a mente quando si ragiona attorno a concetti di Stato, separazione dei poteri, volontà generale, democrazia, popolo sovrano *et similia*.

---

<sup>196</sup> Non è un caso, infatti, se il *rule of law* richiami invero «un diritto caratterizzato storicamente ... dal suo sorgere e svilupparsi in seno ad una società "senza Stato" o meglio articolata in una pluralità di centri (autonomi) di potere»; Luigi Moccia, "Rule of law", in Luigi Moccia, *Glossario per uno studio della "common law"*, Unicopli, Milano, 1983, par. 1.

<sup>197</sup> Karl R. Popper, *La miseria dello Storicismo*, Feltrinelli, 2002, Milano, p. 22.

<sup>198</sup> A rilevarlo è, tra gli altri, lo stesso Charles MacIwain, il quale individua le origini del costituzionalismo nella distinzione, che fa tempo dal Medio Evo, tra sfera del *gubernaculum* – nell'ambito della quale si esercitava un'autorità autocratica e, conseguentemente, irresponsabile – e sfera della *jurisdictio*, mediante la quale si imponevano limiti al potere discrezionale del monarca; limiti stabiliti da una legge positiva e coercitiva. Si può così affermare che «il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi non è un'invenzione americana ma un'antica norma costituzionale, senza la quale non si sarebbe mai potuti giungere al costituzionalismo»; Charles McIwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, *op. cit.*, pp. 88 ss. Dello stesso Autore si veda anche, *Constitutionalism and the Chancing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 1939, 278 ss. Cfr. Gianni Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, pp. 11 ss.; Alessandro Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. Barbera, G. Zanetti (cur.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia costituzionale*, *op. cit.*, pp. 4 ss.; Francis D. Wormuth, *The Origins of Modern Constitutionalism*, Harper & Brothers, New York, 1949, pp. 3 ss.; George Burton Adams, *The Origin of the English Constitution*, Beard Books, Frederick, 2000, spec. chap. I, Note B, *Anglo-Saxon Feudalism and Political and Economic Feudalism*, pp. 40 ss.; Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origin of the Modern State*, Princeton University Press, Princeton, 1972, pp. 31-32; Laurent Mayali, *Lex animata. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XIIème-XIVème siècles)*, Société Histoire Droit, Montpellier, 1988, pp. 155 ss.; Anthony Musson, *Medieval law in Context, The Growth of Legal Consciousness from Magna Carta to the Peasant's Revolt*, Manchester University Press, Manchester and New York, 2001, pp. 220 ss.